



# **UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DEL MOLISE CAMPOBASSO**

**DIPARTIMENTO GIURIDICO**

**CORSO DI DOTTORATO IN INNOVAZIONE E GESTIONE DELLE RISORSE  
PUBBLICHE**

**CURRICULUM SCIENZE GIURIDICHE ORGANIZZATIVE E MANAGERIALI**

**CICLO XXIX**

## **LA BANCAROTTA FRAUDOLENTA PER DISTRAZIONE NEI GRUPPI DI SOCIETA'**

**Tutor/ Relatore**

**Chiar.mo. Prof. Francesco Fimmanò**

**Coordinatore**

**Chiar.mo. Prof. Massimo Franco**

**Candidata**

**Raffaella Mancini**

**Anno Accademico**

**2016-2017**

# **LA BANCAROTTA FRAUDOLENTA PER DISTRAZIONE NEI GRUPPI DI SOCIETA'**

## **INDICE**

### **Premessa**

### **CAPITOLO PRIMO**

#### **IL GRUPPO DI SOCIETA': EVOLUZIONE E RILEVANZA NEGLI SCHEMI GENERALI DELLA RESPONSABILITA' CIVILE E OPERATIVITA' IN AMBITO PENALE**

- 1.1. Il fenomeno dei gruppi: indagine preliminare sulla sua evoluzione.
- 1.2. L'attitudine criminale del gruppo.
- 1.3. La disciplina civilistica prima e dopo la riforma societaria introdotta dal D.Lgs. n. 6 del 2003.
- 1.4. "Controllo" e "collegamento" nella legislazione comune e speciale.
- 1.5. Dal controllo al gruppo: la "*direzione unitaria*".
- 1.6. Attività di direzione e coordinamento: la valorizzazione della nuova disciplina civilistica dei gruppi (art. 2497 c.c.).
- 1.7. Dibattito sulla natura della responsabilità da direzione e coordinamento di società: tesi a confronto.
- 1.8. Prime riflessioni sui rapporti tra la disciplina civilistica dei gruppi di società e quella penale.
- 1.9. Il gruppo nell'esperienza penalistica.
- 1.10. La mancata previsione del fenomeno dei gruppi di imprese nel D.Lgs. 231/2001: tesi a confronto.

### **CAPITOLO SECONDO**

#### **INTERESSE DI GRUPPO E VANTAGGI COMPENSATIVI**

- 2.1. L'autonomo ruolo di un interesse del gruppo.
- 2.2. L'interesse del gruppo nella nuova formulazione dell'art. 2634 c.c..
- 2.3. Interesse del gruppo e bancarotta: impostazione della giurisprudenza penale.
- 2.4. La teoria dei vantaggi compensativi.

- 2.5. L'operatività dei vantaggi compensativi in materia penale: le iniziali difficoltà e le successive aperture della giurisprudenza.
- 2.6. Il vantaggio compensativo tra i gruppi di società: natura della clausola di esenzione del reato.
- 2.7. I criteri della compensazione: il *quantum* ed il *quomodo*.
- 2.8. I “vantaggi conseguiti e i vantaggi fondatamente prevedibili” .
- 2.9. Il fenomeno del c.d. “*bad companies*”.
- 2.10. Le operazioni infragruppo.
- 2.11. Considerazioni conclusive.

### **CAPITOLO TERZO**

#### **L'INQUADRAMENTO DEL DELITTO DI BANCAROTTA FRAUDOLENTA PER DISTRAZIONE**

- 3.1. La dichiarazione di fallimento tra condizione obiettiva di punibilità ed elemento costitutivo del reato: interpretazione, efficacia e conseguenze.
- 3.2. La pregiudizialità fallimentare.
- 3.3. Collocazione sistematica dell'articolo 219 L.F. e rilevanza “sostanziale” della dichiarazione di fallimento.
- 3.4. Considerazioni generali sul delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione.
- 3.5. La “distrazione” nel codice Rocco.
- 3.6. “Distrazione” ed “appropriazione”: un difficile distinguo.
- 3.7. Crisi d'impresa e condotte distrattive: il ruolo dell' “insolvenza” nella struttura del reato.
- 3.8. Indagine preliminare sull'oggetto giuridico.
- 3.9. La delimitazione della “distrazione” prefallimentare sul piano della tipicità del fatto: l'offesa in concreto alla garanzia dei creditori.
- 3.10. Il profilo soggettivo del reato: un intreccio non facilmente districabile.
- 3.11. Il momento “finalistico” della distrazione.

### **CAPITOLO QUARTO**

#### **L'INSOLVENZA NEI GRUPPI DI SOCIETÀ': COMPARAZIONE CON L'ORDINAMENTO BULGARO**

- 4.1. Finalità dell'attività di ricerca in Bulgaria.

- 4.2. L'interesse all'ordinamento e all'economia bulgara.
- 4.3. Nozioni sulla genesi dell'ordinamento bulgaro.
- 4.4. Il diritto societario bulgaro e normativa fiscale.
- 4.5. La Legge sulla contabilità.
- 4.6 Il gruppo di società: applicazione dei principi contabili IAS/IFRS per l'individuazione dei presupposti contabili del gruppo nell'ordinamento italiano e bulgaro.
- 4.7. Il gruppo di società ed il bilancio consolidato secondo l'applicazione dei principi contabili IAS/IFRS.
- 4.8. L'insolvenza transfrontaliera in ambito comunitario.
- 4.9. Il trasferimento della sede legale in Bulgaria e l'insolvenza bulgara.

## **Bibliografia**

## PREMESSA

L'attività di studio e di ricerca oggetto della presente tesi è incentrata sull'analisi del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione e sull'analisi della *ratio* della rilevanza penale delle operazioni di trasferimento di risorse tra società appartenenti allo stesso gruppo imprenditoriale, a vantaggio di una società già in difficoltà economiche.

L'impegno della scrivente è quello di valutare l'eventuale non punibilità delle condotte di operazioni infragruppo che abbiano arrecato dei vantaggi indiretti in favore di una società fallita tali da neutralizzare gli effetti negativi dell'operazione contestata, nonché di capire se l'appartenenza al "gruppo" sia suscettibile di incidere sulla valutazione relativa alla natura distrattiva delle dette operazioni.

Il lavoro è incentrato sul vaglio del reato di bancarotta fraudolenta per distrazione nei gruppi di società. Infatti prodromica alle dette valutazioni sarà l'analisi della natura del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione, con l'intento di analizzare in modo critico la rilevanza e gli effetti della dichiarazione di fallimento, che rappresenta il perno su cui ruotano le fattispecie di bancarotta.

Si percorrerà l'intero percorso giurisprudenziale e dottrinale circa la possibilità di escludere la configurabilità del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione in favore di altra società del medesimo gruppo in caso di vantaggio compensativo.

L'obiettivo della ricerca sarà quello di fornire un'interpretazione e una possibile risposta all'incerta natura del vantaggio compensativo che può escludere la configurabilità del reato.

L'approfondimento comporterà l'analisi degli artt. 2497 e 2634 c.c.: per il primo, le società o gli enti che esercitano il coordinamento di altre società sono responsabili nei confronti dei soci delle controllate. Viene tuttavia affermato il principio in base al quale non può esservi responsabilità senza danno sostanziale, nel senso che l'eventuale danno va valutato in base al risultato complessivo della attività di direzione e coordinamento; per il secondo, l'ingiustizia del profitto della società collegata è esclusa se tale profitto trova compensazione in vantaggi (effettivi o ragionevolmente prevedibili) che possano derivare dallo stesso collegamento tra le società o comunque dalla appartenenza delle stesse al medesimo gruppo.

Sarà necessario partire dallo studio del fenomeno dei gruppi di società, che si è sviluppato in maniera costante nella realtà fattuale in un contesto caratterizzato dalla perdurante assenza di normative specifiche che ne regolassero i caratteri propri, necessari per consentirne l'individuazione, nonché il funzionamento, l'attività, e i rapporti con i terzi.

La presenza di un gruppo societario non legittima, per ciò solo, qualsivoglia condotta di asservimento di una società all'interesse delle altre società del gruppo, dovendosi, per contro, ritenere che l'autonomia soggettiva e patrimoniale che contraddistingue ogni singola società imponga all'amministratore di perseguire prioritariamente l'interesse della specifica società cui sia preposto e, pertanto, di non sacrificarne l'interesse in nome di un diverso interesse, ancorché riconducibile a quello di chi sia collocato al vertice del gruppo, che non procurerebbe alcun effetto a favore dei terzi creditori dell'organismo impoverito

L'evoluzione giuridica nell'ambito civile del fenomeno del gruppo ha condotto ad un riconoscimento normativo del "gruppo di società". Difatti, la riconoscibilità del gruppo ha consentito di vagliare l'utilità delle operazioni compiute dalle singole società che ne fanno parte nel più ampio contesto caratterizzato dall'esistenza di legami tra le stesse e quindi, in un'analisi a largo raggio, ha consentito di individuare per una società un vantaggio nascente da una operazione diversa da quella da lei posta in essere.

Dal riconoscimento normativo del gruppo di società si giunge ad una valutazione attenta e accurata della teoria dei vantaggi compensativi, la quale, come si vedrà, rappresenta un altro tema di forte dibattito e contrasto tanto dottrinale quanto giurisprudenziale. Infatti si cercherà di valutare la sussistenza di eventuali responsabilità penali a carico di chi, a capo del gruppo societario, sacrifica gli interessi delle altre imprese per l'ottenimento di un interesse di gruppo.

Quindi si affronterà il problema di determinare se in presenza di interesse di una società controllata sacrificato in nome dell'interesse di gruppo possa configurarsi il delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione.

Il lavoro mira, quindi, a stabilire i confini e i limiti dell'applicabilità in campo penale societario della teoria dei vantaggi compensativi nell'ambito di operazioni poste in essere nell'ambito di un gruppo di società.

L'indagine della scrivente è stata rivolta, altresì, ad operare un'indagine comparativa con gli "omologhi" istituti previsti dall'ordinamento bulgaro che individuano il fenomeno del gruppo di

società e la procedura fallimentare. Ciò ha imposto un approfondimento in detto ordinamento dell'impatto e dell'evoluzione delle norme che consentono di qualificare il gruppo di società soprattutto alla luce dei principi contabili "IAS e IFRS", non senza delineare un breve ritratto della normativa fiscale, dell'insolvenza bulgare e del fenomeno del trasferimento di società italiane in Bulgaria al fine di ottenere benefici in termini giuridici (civili e penali) e fiscali.

## CAPITOLO PRIMO

### **IL GRUPPO DI SOCIETA': EVOLUZIONE E RILEVANZA NEGLI SCHEMI GENERALI DELLA RESPONSABILITA' CIVILE E OPERATIVITA' IN AMBITO PENALE**

1.1. Il fenomeno dei gruppi: indagine preliminare sulla sua evoluzione; 1.2. L'attitudine criminale del gruppo; 1.3. La disciplina civilistica dopo la riforma societaria introdotta dal D.Lgs. n. 6 del 2003; 1.4. "Controllo" e "collegamento" nella legislazione comune e speciale; 1.5. Dal controllo al gruppo: la "*direzione unitaria*"; 1.6. Attività di direzione e coordinamento: la valorizzazione della nuova disciplina civilistica dei gruppi (art. 2497 c.c.); 1.7. Dibattito sulla natura della responsabilità da direzione e coordinamento di società: tesi a confronto; 1.8. Prime riflessioni sui rapporti tra la disciplina civilistica dei gruppi di società e quella penale; 1.9. Il gruppo nell'esperienza penalistica; 1.10. La mancata previsione del fenomeno dei gruppi di imprese nel D.Lgs. 231/2001: tesi a confronto.

#### **1.1. Il fenomeno dei gruppi: indagine preliminare sulla sua evoluzione.**

Il fenomeno dei gruppi di società si è sviluppato in maniera costante nella realtà fattuale in un contesto caratterizzato dalla perdurante assenza, dovuta all'inerzia del legislatore, di normative specifiche che ne regolassero i caratteri propri, necessari per consentirne l'individuazione, nonché il funzionamento, l'attività e i rapporti con i terzi.

Il nostro codice civile e la legge fallimentare sono incentrati su una concezione atomistica della società, secondo la quale l'attività della stessa deve essere diretta al raggiungimento dell'interesse sociale, rispondente all'oggetto che orienta le operazioni di ogni unità imprenditoriale.

Con il fenomeno dei gruppi nasce invece una nuova prospettiva che tende ad individuare un complesso di unità giuridiche, dette figlie, che guidate da una società madre, operano per l'ottenimento di un ideale interesse di gruppo, che può non solo essere diverso, ma anche in contrasto con quello delle singole società <sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> PERDONO', *La teoria dei vantaggi compensativi alla conquista del territorio dei reati fallimentari*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, I, p. 373 ss.



Infatti il raggruppamento di società è fenomeno soprattutto economico, di cui l'ordinamento non fornisce una definizione giuridica univoca, dettando in materia una disciplina episodica e parziale.

La diffusione di tale fenomeno, la cui natura è prettamente economica, ha conosciuto negli ultimi decenni una diffusione esponenziale e ha dato origine a varie questioni giuridiche negli ambiti più diversi.

Con riferimento al diritto penale fallimentare, come si vedrà successivamente, il dibattito dottrinale e l'interesse giurisprudenziale si sono principalmente concentrati su unica ed importante questione: se la peculiare natura delle operazioni economiche poste in essere tra due società del medesimo gruppo sia suscettibile di incidere sulla valutazione relativa alla natura distrattiva o dissipativa di tali operazioni.

Tra i diversi e complessi ambiti di analisi che possono venire all'evidenza rispetto allo studio del fenomeno dei gruppi di società, sussiste, ad oggi, un aperto ed acceso dibattito intorno alla problematica ricerca di una definizione e qualificazione giuridica di tale figura, che siano il più possibili unitarie ed uniformi.

Il problema, già avvertito, si presenta con maggiore incisività in seguito alla riforma intervenuta con il D.Lgs. n. 61/2002, che ha riscritto diverse norme del codice civile ed, in particolare, l'art. 2634 c.c., in tema di infedeltà patrimoniale, il cui comma 3 oggi recita *“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”*.

Quindi, la mancanza di una specifica definizione normativa del fenomeno da un lato, ed il suo radicamento nella prassi sempre più crescente dall'altro, ha portato gli studiosi che si sono accostati alla materia a condividere il pensiero, ormai diffuso, secondo cui il gruppo di società “non è una realtà creata dal diritto”, ma piuttosto “da esso trovata”<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> L'espressione è di Galgano, *Direzione e coordinamento di società. Artt. 2497-2497 septies*, in *Commentario del codice civile* Scialoja-Branca, Libro V – Del Lavoro, a cura di Galgano, Bologna, 2005, p. 4 il quale, oltre a richiamare la più recente normativa in tema di gruppi entrata in vigore col D.Lgs. n. 6 del 2003, rinvia altresì alla legge azionaria tedesca del 1965 – che per prima è intervenuta a prendere atto di un fenomeno già consolidato nella prassi – al fine di correggerne taluni effetti distorsivi che l'autore rinviene, in particolare, nella potenzialità dannosa che le politiche di gruppo assumono rispetto agli azionisti esterni ed ai creditori delle singole aggregate. La considerazione secondo cui il fenomeno della concentrazione societaria appaia tanto nuovo ai primi tentativi di regolamentazione giuridica, quanto già radicato nella esperienza imprenditoriale ed economica, è condivisa dalla maggior parte degli autori che, sia sul versante del diritto commerciale che su quello extracivilistico, hanno avuto modo di analizzare la complessa figura delle aggregazioni societarie: v., tra gli altri, ABBADESSA, *I gruppi di società nel diritto italiano*, in AA.VV., *I gruppi di società. Ricerche per uno studio critico*, a cura di PAVONE LA ROSA, Bologna, 1982, p. 103-104; COTTINO, *Diritto societario*, (V<sup>a</sup> ed. di *Diritto Commerciale*), vol. I, tomo II, Padova, 2006, p. 680 e ss.; ROSSI, *Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo da risolvere*, in *Riv. soc.*, 1995, p. 1152; nella letteratura penalistica si veda CONTI, *Responsabilità penali degli amministratori e politiche di gruppo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, p. 436; FLICK, *Gruppi e monopolio nelle nuove prospettive del diritto penale*, in *Riv. soc.*, 1988, p. 471.

In particolare, il gruppo si configura come una pluralità di imprese, prevalentemente organizzate in forma societaria, alle quali corrisponde, come proprio oggetto sociale, un distinto settore di attività, o una diversa fase del processo produttivo, e che operano tutte sotto la direzione unitaria di una società-madre, c.d. *holding*, la quale coordina unitariamente le varie componenti del gruppo mediante un unico e comune disegno economico.

Sulla base di tali peculiarità operative il fenomeno dei gruppi è caratterizzato dalla *unitarietà economica* della sua attività, contrapposta alla *molteplicità giuridica* delle sue componenti, che mantengono la loro personalità giuridica, e quindi la loro autonomia patrimoniale e gestionale rispetto all'operato complessivo che svolgono in attuazione dell'oggetto sociale, assieme ai rispettivi doveri, imposti loro dalla legge, rispetto alla tutela dei soci, dei dipendenti e dei creditori sociali<sup>3</sup>.

Nella letteratura economica si suole qualificare il gruppo come un insieme di unità produttive, ovvero di imprese giuridicamente autonome, operanti in modo coordinato per il raggiungimento di un fine comune, e controllate direttamente o indirettamente da un unico soggetto economico<sup>4</sup>. Siffatta *unitarietà*, realizzata mediante un processo di integrazione economica e finanziaria tra i vari operatori facenti parte del gruppo, ed accompagnata da una contestuale *molteplicità* degli stessi, che a sua volta permette un decentramento operativo e gestionale delle singole società che lo compongono, porterebbe, sempre secondo gli studiosi delle scienze economiche, al raggiungimento di una dimensione ottimale dell'impresa<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> SBISÀ, *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, in *Contr.e impr.*, 2003, p. 592. La doppia valenza del gruppo in termini di unità economica e molteplicità giuridica è confermata altresì dalla giurisprudenza lavoristica che ribadisce che “il fenomeno del collegamento societario non comporta l’insorgere di un autonomo soggetto di diritto o di un centro di imputazione di rapporti, diverso dalle società collegate, le quali conservano la rispettiva personalità” (cfr. Cass. civ., 2.5.97, n. 3805, in *Giur. it.*, 1998, p. 727; Cass. civ., 13.2.92, n. 1759, in *Dir. fall.*, 1992, II, p. 685; Cass. civ., 29.11.96, n. 10688; Cass. civ., 12.3.96, n. 2008; 2.2.88 n., 957, in *Foro it.*, 1988, I, c. 1898; Cass. civ., 8.2.89 n., 795, in *Giur. It.*, 1989, I, 1, 1123); nonché da quella penalistica, secondo cui “il gruppo di società non costituisce un unico soggetto giuridico o un autonomo soggetto di imputazione rispetto alle società che ne fanno parte, le quali conservano una distinta e autonoma soggettività giuridica” (cfr. Cass. pen., 23.5.97, n. 2787; Cass. pen., 8.4.99, n. 4424; Cass. pen., 11.11.99, n. 12897; Cass. pen., 1.2.2000, n. 1070).

<sup>4</sup> Si veda sul punto BUTTÀ, *Una metodologia per l'approccio economico-aziendale allo studio dei gruppi di imprese*, in AA.VV., *I gruppi di società. Ricerche per uno studio critico*, a cura di PAVONE LA ROSA, Bologna, 1982, p. 61.

<sup>5</sup> In argomento PETRICCIONE, voce *Gruppi di società*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Comm.*, VI, 1991, p. 430. Parla di “massimo sfruttamento con le minori risorse finanziarie possibili” DI SABATO, *Riflessioni sparse sui gruppi: direzione unitaria, rapporti intragruppo, rapporti creditizi di gruppo*, in *Riv. dir. impr.*, 1995, p. 246; per una dettagliata ed approfondita rassegna della letteratura economica sul tema cfr. JAEGER, *Le società del gruppo tra unificazione e autonomia*, in *I gruppi di società*, vol. II, Atti del convegno internazionale di studi, Venezia 16-17-18 novembre, 1995, a cura di BALZARINI, CARCANO, MUCCIARELLI, Milano, 1996, p.1442 e ss., il quale propone di qualificare il gruppo come un tipo di *Corporate governance*, ovvero come “sistema di gestione della società che risulta da un complesso di regole di natura diversa” poste al fine di “dirimere i conflitti di interessi, assicurandone la composizione o garantendo il risarcimento degli interessi ingiustificatamente sacrificati” nonché di “rendere il più possibile efficienti le imprese esercitate dalle società”. Secondo l'autore, infatti, intendere il gruppo come un tipo di *Corporate governance* “consente di perseguire entrambi gli obiettivi, mirando a contemperare la difesa degli interessi «deboli» dei soci di minoranza e

Il connotato fondamentale del gruppo di società è dato dalla presenza di un binomio: unitarietà di gestione economico – finanziaria tra le varie compagini sociali e pluralità di società che concorrono nella detta gestione <sup>6</sup>.

In relazione all'*unitarietà del disegno economico*, infatti, non può non constatarsi come tale forma di organizzazione dell'impresa sia idonea a soddisfare l'esigenza della *concentrazione*, ovvero della creazione di sinergie e di economie di scala che permettano, mediante il collegamento economico e funzionale delle singole società operanti sotto un'unica e comune strategia (portata avanti dalla capogruppo), di presentarsi sul mercato come un'aggregazione stabile ed organica<sup>7</sup>.

In relazione, invece, alla *distinta soggettività giuridica* e, quindi, anche all'autonomia patrimoniale delle varie componenti del gruppo, emerge, primo fra tutti, il vantaggio della c.d. *diversificazione dei rischi* connessi a ciascun settore o mercato in cui la singola aggregata si trova ad operare. Rispetto, infatti, alla specifica attività economica svolta, la controllata risponde autonomamente, assumendo i propri debiti senza che questi possano influire sul bilancio delle altre società del gruppo, o della società-madre.

In altre parole, ogni società del gruppo, compresa la *holding*, è terza rispetto alle altre nell'ambito delle obbligazioni da esse singolarmente assunte nella realizzazione del proprio oggetto sociale.

In ultima analisi, si può chiaramente ritenere che l'espressione "raggruppamento di società" non richiede necessariamente scale dimensionali rilevanti ed articolazioni complesse atteso che si è al cospetto di una dinamica di gruppo tutte le volte in cui vi sia un collegamento economico tra due o più società, anche di dimensioni molto ridotte.

Infatti nella nostra realtà economica ricorre frequentemente il fenomeno dei gruppi societari dalla struttura elementare, caratterizzata dal collegamento tra due o tre società riferibili ad un singolo imprenditore o ad un ristretto gruppo familiare<sup>8</sup>.

## **1.2. L'attitudine criminale del gruppo.**

Il fenomeno del gruppo assume notevole rilevanza anche in campo penale.

---

dei creditori delle società sottoposte alla gestione della capogruppo, con l'*ottimizzazione* del funzionamento dell'impresa di gruppo".

<sup>6</sup> Sul punto si veda BUSSON, *Operazioni infragruppo e bancarotta mediante distrazione*, DPP, 2001, 6, p. 764.

<sup>7</sup> SCOGNAMIGLIO, *I gruppi di società*, in AA.VV., *Diritto commerciale*, V<sup>a</sup>ed., Bologna, 2007, p. 415 e ss.; nonché DI SABATO, *Riflessioni sparse sui gruppi: direzione unitaria, rapporti intragruppo, rapporti creditizi di gruppo*, in *Riv. dir. impr.*, 1995, p. 246.

<sup>8</sup> GHIA, PICCININNI, SEVERINI, *Trattato delle procedure concorsuali*, Milano, 2012, p. 214.

L'organizzazione dell'impresa mediante un gruppo societario può incidere, altresì, sulla liceità penale di determinate operazioni realizzate dagli amministratori o da altri soggetti che rivestono particolari qualifiche e funzioni all'interno della *holding* o della singola società figlia.

In considerazione della circostanza che siffatte condotte assumano rilevanza penale per il sol fatto di essere state realizzate nell'ambito di un gruppo o che l'appartenenza al gruppo possa comportare la non punizione proprio in virtù della sussistenza dell'aggregazione societaria<sup>9</sup>, appare fondamentale tentare di operare una ricostruzione della nozione di gruppo societario.

In particolare, alla luce della complessità della struttura con cui il gruppo opera nella realtà economica ed alla luce dell'oggettiva difficoltà del terzo di ricostruire i legami e gli intrecci tra le diverse situazioni patrimoniali e gestionali delle singole componenti, si è parlato in dottrina della valenza del gruppo come "fattore di oscuramento" delle vicende societarie<sup>10</sup>.

Il riconoscimento normativo di tale attitudine "criminale" può facilmente riscontrarsi in quei testi legislativi che, in diverse forme e con diversa intensità, mirano a preservare l'interesse alla *trasparenza*, intesa come bene strumentale rispetto alla tutela di altri interessi protetti.

Si pensi, in questo senso, agli artt. 12 e 19, primo comma, lett. h), del D.Lgs. n. 58 del 1998 (testo unico in materia di intermediazione finanziaria), che mirano a garantire il corretto espletamento delle attività di vigilanza da parte delle autorità competenti (Banca d'Italia o Consob), sull'attività di una SIM o di una società di gestione del risparmio che faccia parte di un gruppo ai sensi dello stesso testo unico (c.d. *vigilanza su base consolidata*). Tali disposizioni, oltre a sancire un generale obbligo di collaborazione informativa tra i "soggetti abilitati" alla gestione del credito e del risparmio, ed i rispettivi organi preposti al controllo, sembrano altresì far emergere una effettiva presa di coscienza da parte del legislatore del rischio che l'adozione del modello del gruppo può determinare, secondo il noto espediente delle "scatole cinesi", rispetto al corretto espletamento delle funzioni di vigilanza.

Rischio che assume particolare rilevanza, anche in ambito penalistico, allorquando la legge, oltre a prevedere delle specifiche sanzioni amministrative rispetto alle condotte di inosservanza degli obblighi informativi o collaborativi che gravano sulle componenti del gruppo e sulla

---

<sup>9</sup>Sulla duplicità degli ambiti di rilevanza del gruppo in materia penale cfr. FLICK, *Gruppi e monopolio nelle nuove prospettive del diritto penale*, in *Riv. soc.*, 1988, p. 479 e ss.; MILITELLO, *Attività del gruppo e comportamenti illeciti: il gruppo come fattore criminogeno*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, p. 368; PEDRAZZI, *Dal diritto penale delle società al diritto penale dei gruppi: un difficile percorso*, in *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, vol. III, Milano, 2003, p. 821; BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e sanzioni penali*, Milano, 2006, p. 136.

<sup>10</sup> MILITELLO, *Attività del gruppo e comportamenti illeciti: il gruppo come fattore criminogeno*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, p. 380;

*holding*, in ossequio al principio della *extrema ratio* utilizza, talvolta, anche lo strumento penale.

La rilevanza del gruppo rispetto al possibile intervento della sanzione penale non si esaurisce nella mera idoneità lesiva rispetto alla trasparenza delle operazioni realizzate nell'ambito societario, o alla corretta circolazione delle informazioni all'interno ed all'esterno del gruppo stesso, o ancora all'equilibrio dei rapporti di potere tra gli amministratori della *holding* e quelli delle singole aggregate, che influiscono inevitabilmente sugli interessi dei soci di minoranza e dei creditori: la già citata ambivalenza delle concentrazioni societarie in materia penale, infatti, fa sì che queste possano essere utilizzate come possibili contesti o strumenti di frode, o possano al contrario valere come fattori di giustificazione di condotte apparentemente contrarie alla legge.

Un primo segnale in tal senso può riscontrarsi nella fisiologica articolazione dei legami di gruppo, tale per cui la controllante dispone del potere di nomina degli amministratori della controllata i quali, a loro volta, sono portatori di un interesse, diretto o indiretto, necessariamente collegato a quello della *holding*. I singoli soggetti preposti alla gestione delle varie società facenti parte del gruppo sono, in virtù del collegamento societario, altresì portati ad adempiere alle direttive promanate dalla controllante, a loro volta espressive di un "interesse di gruppo" che sovente può trascendere l'interesse specifico delle singole società partecipi, e talvolta può accadere, come fisiologicamente spesso accade, che lo stesso amministratore della società figlia occupi contestualmente un posto nel consiglio di amministrazione della società madre o di altra società del gruppo, di fatto trovandosi nel contempo portatore degli interessi dell'una e delle altre.

Da ciò ne deriva la rilevanza che, in materia penale, possano assumere le operazioni infragruppo realizzate dagli amministratori delle singole in ossequio agli ordini impartiti dalla *holding*, e che si presentino svantaggiose rispetto alla situazione patrimoniale delle prime e ciò a causa dell'utilizzo abusivo dei poteri gestori da parte degli amministratori delle singole in danno ai soci di minoranza ed ai creditori delle stesse (si pensi, in tal senso, alle operazioni di fornitura di merci o servizi a prezzi eccessivamente favorevoli per il beneficiario - società del gruppo o capogruppo- e svantaggiose per la società del gruppo che le abbia prestate o, ai finanziamenti infragruppo concessi senza interesse, o con tassi inferiori alla misura corrente).

In presenza di situazioni nelle quali la scelta gestoria (presumibilmente) infedele dell'amministratore della controllata, esecutiva delle direttive impartite dalla *holding* nell'ottica di una "politica unitaria di gruppo", provochi un effettivo depauperamento del patrimonio della

società da lui gestita, la giurisprudenza in passato è ricorsa alla fattispecie di appropriazione indebita di cui all'art. 646 c.p., come figura generale tesa a punire l'esercizio di una signoria su un bene, da parte del possessore, che si pone in radicale antitesi con l'interesse del proprietario<sup>11</sup>.

In particolare, tale rinvio veniva utilizzato, prima della introduzione della fattispecie di infedeltà patrimoniale di cui all'art. 2634 c.c., a fronte di condotte di utilizzo di fondi di una società controllata mediante la costituzione di riserve extrabilancio (c.d. fondi neri), impiegati poi nell'interesse del gruppo o della *holding*<sup>12</sup>.

Per sanzionare siffatte operazioni, quali ipotesi di *mala gestio*, si ricorreva ad una interpretazione piuttosto estesa del concetto di "appropriazione", riconoscendone la sussistenza non solo nei casi in cui si annetta al proprio patrimonio il denaro o la cosa mobile altrui, ma anche quando se ne disponga, arbitrariamente, *uti dominus*, sotto qualsiasi forma, cagionando l'irreversibile perdita per il proprietario dell'uno o dell'altra<sup>13</sup>.

Alla luce dei riferiti orientamenti si riteneva configurabile l'ipotesi delittuosa prevista dall'art. 646 c.p. qualora l'amministratore, costituendo riserve di denaro extrabilancio, con gestione occulta, le distraeva in favore di terzi per scopi illeciti ed estranei all'oggetto sociale e alle finalità aziendali, così procurando a sé stesso o ad altri (in questo caso ai destinatari delle porzioni patrimoniali distratte mediante la costituzione di fondi neri) un profitto ingiusto.

Quindi, la presenza di un collegamento societario può assumere un ruolo non trascurabile nella definizione della illiceità dei trasferimenti patrimoniali infragruppo realizzati a danno di un'affiliata ed a vantaggio di altra società sorella o della capogruppo, o del gruppo inteso nel suo complesso.

### **1.3. La disciplina civilistica dopo la riforma societaria.**

L'avvento della riforma delle società di capitali e, in particolare, l'introduzione di una specifica disciplina del gruppo di società, che prevede espressamente una responsabilità diretta della

---

<sup>11</sup> PEDRAZZI, *Sui limiti dell' "appropriazione"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1444; ID, voce *Appropriazione indebita*, in *Enc. Dir.*, II, 1958, p. 843; PAGLIARO, voce *Appropriazione indebita*, in *Dig. Disc. Pen.*, I, Torino, 1987, p. 228; PROTO, *Analisi del concetto di appropriazione e abuso del possesso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1953, p. 329 e ss.

<sup>12</sup> Si tratta delle numerose sentenze emesse nell'ambito delle tormentate vicende giurisprudenziali risalenti agli anni Ottanta e Novanta relative a fatti di corruzione o di pagamenti di tangenti realizzati mediante operazioni distrattive di risorse ricavate dalla costituzione di fondi neri: in particolare, Cass. pen., sez. II, 23.12.1989, Bernabei, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 266 e ss., con nota di MILITELLO, relativa al processo sui fondi neri dell'I.R.I.; Cass. pen., sez. V, 9.7.1992, Boyer, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2108; Cass. pen., sez. II, 4 aprile 1997, Bussei, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1435 con nota di PEDRAZZI; Cass. pen., sez. V, 21.1.1998, Cusani, in *Foro. it.*, 1998, II, p. 517 e ss., che conclude il processo instaurato intorno all'affare ENIMONT.

<sup>13</sup> In questi termini Cass. pen., 4 aprile 1997, Bussei, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1435;

capogruppo nei confronti dei soci e dei creditori sociali delle società figlie, impone di esaminare il delicato problema dell'inquadramento dogmatico del gruppo di società, nonché di analizzare i diversi approcci e le diverse soluzioni fornite dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Con il D.Lgs. n. 6 del 2003, intervenuto in riforma dell'intero diritto societario, il legislatore ha finalmente preso posizione riguardo al fenomeno dei gruppi, decretando una disciplina generale che, da un lato, ha in parte risolto il controverso problema relativo al rapporto tra "controllo" e "gruppo", contribuendo a delineare le caratteristiche del secondo e conferendogli "autonomia sostanziale" rispetto al primo; dall'altro, ha introdotto un particolare regime di responsabilità delle società o degli enti che esercitano "*attività di direzione e coordinamento*" di altre società, nei casi di gestione scorretta o abusiva delle stesse, dalla quale derivi un danno ai soci o ai creditori, riconoscendo, così, generale liceità alle condotte di eterodirezione e fissandone allo stesso tempo i limiti<sup>14</sup>.

Per quanto concerne il primo versante, la norma di riferimento è sicuramente l'art. 2497-*sexies* c.c. che introduce una presunzione *iuris tantum* circa la sussistenza dell'attività di direzione e coordinamento, collegandola alla titolarità della società o dell'ente dell'obbligo di tenere i bilanci consolidati, ovvero alla titolarità di un potere di controllo sulle aggregate.

La norma, utilizzando lo strumento della presunzione, appare assumere un doppio significato: da un lato, conferma la volontà del legislatore di non dare una definizione univoca e generale di gruppo di società; dall'altro, riconosce la eterogeneità logica e fattuale tra "gruppo" e "controllo" (azionario o contrattuale), rilevando che il secondo non esaurisce il primo, il quale si caratterizza per l'elemento *ulteriore* della direzione e del coordinamento da parte della *holding*, non necessariamente sussistente nei casi di cui all'art. 2359 c.c.<sup>15</sup>.

A conferma di ciò si pone, peraltro, l'art. 2497-*septies* c.c., che estende l'applicabilità della disciplina generale sulla direzione e coordinamento di società (artt. 2497 e ss. c.c.) anche ai casi

---

<sup>14</sup> Gli artt. 2497 c.c. e ss. sembrano recepire in pieno i criteri direttivi dettati dalla legge delega del 3 ottobre 2001 n. 366, la quale all'art. 10 fissa i principi guida in materia di gruppi ed in particolare impone al legislatore delegato di: a) prevedere una disciplina del gruppo secondo principi di trasparenza e tale da assicurare che l'attività di direzione e coordinamento contemperino adeguatamente l'interesse del gruppo, della società controllata, e dei soci di minoranza di quest'ultima; b) prevedere che le decisioni conseguenti alla valutazione dell'interesse di 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 dalla società del gruppo, ed eventualmente il diritto di recesso quando non sussistano le condizioni per l'obbligo di offerta pubblica di acquisto.

<sup>15</sup> Sulla impossibilità di accavallare i due concetti si veda, per tutti, PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, in Riv. soc., 2003, p. 773. V. anche 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. 1021-1022. Identificavano, invece, i due fenomeni ALESSI, *Il gruppo multinazionale. Il controllo unilaterale nel sistema societario italiano*, Firenze, 1985, p. 19-20; FERRI, *Concetto di controllo e di gruppo*, in *Disciplina del gruppo di imprese*, Milano, 1982, p. 71 e ss.

in cui questa venga esercitata al di fuori delle ipotesi di controllo azionario, ma piuttosto in virtù di un contratto o di clausole statutarie (c.d. gruppo paritetico)<sup>16</sup>. Detta norma riconosce la sussistenza di un collegamento contrattuale tra le distinte società del gruppo, che legittima una società del gruppo ad intervenire in giudizio per sostenere le ragioni della società collegata. Infatti ogni società partecipata è titolare di un interesse reale all'esito favorevole della controversia per la società controllante, determinato dalla necessità di impedire che nella propria sfera giuridica possano ripercuotersi, sia pure in via mediata, le conseguenze pregiudizievoli di una pronuncia giurisdizionale sfavorevole<sup>17</sup>.

Pur essendo innegabile che l'espressa previsione legislativa di una disciplina dell'attività di direzione e coordinamento abbia eliminato in radice il problema della sua legittimazione, rimane irrisolta la questione relativa ai limiti dell'attività del gruppo: fino a che punto tale attività direttiva può spingersi penetrando nell'area dell'autonomia giuridica delle singole società controllate e dirette?

Se infatti si può affermare oggi che l'attività direttiva del gruppo venga riconosciuta e disciplinata nel suo esplicarsi attraverso l'introduzione di articolati oneri di trasparenza ed obblighi risarcitori, non si può con altrettanta disinvoltura ritenere superata la complessa indagine dei meccanismi di compensazione con cui si intende risolvere il delicato problema del coordinamento dell'interesse di gruppo con l'interesse delle singole società aggregate.

Sulla base di tali disposizioni può, quindi, affermarsi che la direzione unitaria (*rectius* la attività di direzione e coordinamento) costituisce l'elemento qualificante il gruppo, intendendosi con tale espressione quel "potere-dovere che ha la capogruppo e, per essa, i suoi amministratori, di impartire e/o imporre le direttive, le regole e le istruzioni a cui devono attenersi tutte le società appartenenti al gruppo"<sup>18</sup>.

Il riconoscimento normativo di tale potere non deve, però, portare l'interprete a disconoscere il principio di autonomia che governa, *de iure condito*, il nostro sistema societario, tutt'ora caratterizzato da una visione atomistica delle società per azioni. In questo senso, la riforma del 2003 non fa che confermare implicitamente quanto già sostenuto dalla prevalente dottrina commercialistica in relazione al ruolo che il fenomeno del gruppo ha svolto e svolge nell'ambito

---

<sup>16</sup> La norma è stata introdotta successivamente alla riforma del 2003, con il c.d. decreto correttivo n. 37 del 6 febbraio 2004: con esso il legislatore ha voluto ribadire il contenuto di quei precedenti normativi rinvenibili nella già citata legislazione speciale, che estendono la rilevanza del controllo (ed ora del gruppo), anche ai casi in cui questo sia il frutto di una mera volontà negoziale. Sulle problematiche sottese al c.d. controllo "paritetico" o "orizzontale", avvertite anche e soprattutto prima della riforma v., fra gli altri, SANTAGATA, *Il gruppo paritetico*, Torino, 2001.

<sup>17</sup> GIOVANNINI, *Le responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, Milano, 2007, p.82.

<sup>18</sup> Si esprime in questi termini BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, Milano, 2009, p. 60.



della organizzazione dell'impresa: la formula della aggregazione, finalizzata al più facile perseguimento di interessi ed obiettivi economici comuni, non spoglia, infatti, le singole affiliate della propria autonomia né, di conseguenza, è idonea a porre in secondo piano gli interessi dei soci di minoranza e dei creditori, i quali rimangono titolari di posizioni giuridiche riconosciute e tutelate, anche a fronte del più ampio e generale "interesse di gruppo".

L'inserimento del capo IX del Titolo V del libro V del nostro codice sulla disciplina della direzione e coordinamento di società non ha affatto mutato tale prospettiva: l'esistenza di una influenza dominante da parte di una società su un'altra, ovvero sui suoi organi gestori, non fa venir meno gli obblighi di fedeltà che questi devono mantenere nei confronti dell'ente che dirigono, e dei soci che lo compongono.

Tale affermazione risulta, peraltro, confermata dal fatto che, in caso di abuso di direzione unitaria come ricostruita dall'art. 2497, primo comma, c.c., i soci esterni al gruppo o i creditori della singola aggregata possono agire contro la *holding* solo se non siano stati precedentemente soddisfatti dalla società soggetta all'attività di direzione e coordinamento (art. 2497, terzo comma, c.c.). Ciò significa che questi, in caso di pregiudizio alla redditività o al valore della partecipazione o alla integrità del patrimonio sociale, devono esperire in primo luogo l'azione diretta contro la società controllata che ha eseguito l'ordine impartito dalla capogruppo per essi dannoso, e solo in via residuale possono agire contro quest'ultima.

Nello stesso senso si pone l'art. 2497-ter c.c. che impone un obbligo di motivazione in capo agli amministratori della controllata in ordine alle decisioni da essa adottate in esecuzione delle direttive impartite dalla capogruppo, lasciando intendere che questi rimangano, comunque, titolari di una propria autonomia anche nei confronti della *holding*; autonomia che si traduce nella possibilità di rifiutare di adempiere agli ordini impartiti, ovvero di scegliere liberamente, sotto la propria responsabilità, di eseguirli valutandone la opportunità e la non contrarietà al proprio oggetto sociale, ed indicando nella relazione sulla gestione le ragioni e gli interessi la cui valutazione ha inciso su tale decisione.

Il secondo aspetto innovativo della riforma, invece, ricade sul regime di responsabilità derivante dalla *violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale* da parte della società o dell'ente che eserciti l'attività di direzione e coordinamento.

Con l'art. 2497 c.c., infatti, il legislatore prende espressa posizione, sulla scia dell'art. 90 della Legge n. 127 del 1999 sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, in ordine alle situazioni di "abuso di direzione unitaria" da parte della capogruppo, dal quale scaturisca un pregiudizio alla redditività ed al valore delle partecipazioni dei soci di minoranza (cioè coloro i

quali rimangono “esterni” rispetto al centro di potere incardinato nella *holding*), ovvero una lesione alla integrità del patrimonio della controllata che si ripercuote negativamente sui suoi creditori.

Tale situazione di abuso viene ricostruita richiamando l’obbligo gravante sulla capogruppo di agire, nell’ambito del suo potere gestorio accentrato, tenendo sempre in considerazione gli interessi delle singole società dipendenti e del gruppo nel suo complesso. Siffatto dovere si trasforma, *mutatis mutandis*, nel divieto di promuovere operazioni o attività nel solo interesse imprenditoriale proprio o di altri, allorquando questo si traduca nel compimento di atti pregiudizievoli per le singole e, quindi, per i soci esterni e per i creditori.

Alle significative novità in tema di disciplina dei gruppi conseguite alle disposizioni introdotte nel codice civile non ha corrisposto un’innovazione di omologa portata nella legge fallimentare, con esito che è parso in controtendenza rispetto alle previsioni formulabili alla luce del numero di progetti di riforma della legge fallimentare elaborati all’inizio dello scorso decennio. Siffatti progetti erano, infatti, caratterizzati da una specifica attenzione al fenomeno del gruppo; con essi, in linea di massima, si proponeva di mantenere ferma la distinta soggettività giuridica delle imprese che compongono il gruppo, ma a questo era attribuita rilevanza, tra l’altro, proprio ai fini dell’accertamento dello stato di insolvenza, ed erano espressamente considerati presupposti e limiti del principio della propagazione della procedura concorsuale e dell’unificazione di quelle già aperte.

Nella legge fallimentare mancano, infatti, disposizioni in grado di far ritenere che sia stata offerta una specifica disciplina della *fisiologia* del fenomeno del gruppo <sup>19</sup>, evidenziando in tal modo una lacuna normativa alla quale la giurisprudenza cerca di porre rimedio anche con rimedi di tipo processuale, per dare risposta alle esigenze imposte dalla peculiarità dello stato di crisi concernente una pluralità di società riconducibili ad uno stesso gruppo <sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Non possono essere, infatti, ritenute tali: l’art. 124, primo comma, L. F., il quale si limita a prevedere che la proposta di concordato fallimentare non può essere presentata da società cui il fallito partecipi o da società sottoposte a comune controllo, se non dopo il decorso di un anno dalla dichiarazione di fallimento e purché non siano decorsi due anni dal decreto che rende esecutivo lo stato passivo; l’art. 127, sesto comma, L.F., il quale, sempre in tema di concordato fallimentare, estende ai crediti delle società controllanti o controllate o sottoposte a comune controllo le limitazioni di voto previste dal quinto comma della norma.

<sup>20</sup> Il riferimento è all’omologazione degli accordi di ristrutturazione del Gruppo Risanamento s.p.a., in relazione ai quali il Tribunale di Milano, dopo avere posto in luce «l’esigenza di decidere in modo unitario e contestuale i predetti nove accordi di ristrutturazione», in quanto derivanti «dalla connessione reciproca che li lega, atteso che ciascuno di essi ha un’efficacia espressamente condizionata al passaggio in giudicato dei decreti di omologa di tutti gli altri accordi», ha ritenuto sussistente «un collegamento funzionale inscindibile tra i suddetti procedimenti», legittimante il «provvedimento di riunione» degli stessi. Inoltre, i giudici milanesi hanno precisato che tale provvedimento «non può non comprendere, peraltro, anche il procedimento riguardante la residua istanza di fallimento ancora in essere — quella presentata dal pubblico ministero nei confronti di Risanamento s.p.a. —: la riunione trova giustificazione in tal caso nell’evidente rapporto di connessione e di pregiudizialità tra la richiesta di omologa degli accordi di ristrutturazione e

In particolare, in seguito al detto intervento legislativo la giurisprudenza della Suprema Corte, superando i precedenti orientamenti, riconosce l'esistenza di un complesso di norme che, nonostante non forniscano una puntuale definizione di gruppo societario, ne ammettano pacificamente l'esistenza, individua nei caratteri della direzione e del controllo, e nell'effettivo svolgimento di essi, il ruolo di discriminare idoneo all'individuazione del collegamento tra società, e, infine, perviene alla constatazione che con la prima parte dell'art. 2497 c.c. si configura una concreta responsabilità civile della capogruppo per pregiudizi arrecati alle società collegate, ai soci e ai creditori di queste, per operazioni tendenti al raggiungimento di interessi di gruppo<sup>21</sup>.

Nel contesto dei gruppi societari il conflitto di interessi assume natura, per così dire, "fisiologica" e, quindi, è intervenuto il legislatore al fine di evitare una probabile contraddizione tra la volontà di riconoscere legittimità generale (e utilità economico - aziendale) di tale modello organizzativo d'impresa, e l'esigenza di tutelare gli interessi dei soci di minoranza e dei terzi rispetto a possibili abusi di gestione. Quindi, il legislatore ha scelto di imporre un particolare e severo regime di pubblicità, al fine di contemperare i due "contrapposti" interessi, riconoscendo piena operatività al gruppo nei limiti in cui i soci ed i terzi siano informati della sua esistenza e siano messi in condizione di conoscere gli effetti che l'attività di direzione e coordinamento può arrecare sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria delle singole.

A tal fine l'art. 2497-bis c.c. impone alle società soggette alla direzione ed al coordinamento l'obbligo di indicare tale "status" nei propri atti e nella corrispondenza, nonché di iscriversi presso un'apposita sezione del registro delle imprese in cui devono apparire, altresì, le società che esercitano tale attività. I dati essenziali dell'ultimo bilancio della *holding* devono, inoltre, emergere dalla nota integrativa e dalla relazione degli amministratori sulla gestione (artt. 2427 e 2428 c.c.) che accompagnano il bilancio della controllata.

L'art. 2497-ter c.c., su questa stessa scia, richiede, peraltro, che le decisioni assunte dalle società soggette alla direzione unitaria, quando da questa influenzate, siano analiticamente motivate indicando le ragioni e gli interessi che abbiano su di esse inciso o che le abbiano determinate<sup>22</sup>.

---

l'istanza di fallimento proposta dal p.m.», Trib. Milano 10 novembre 2009, in *Fallimento*, 2010, 205, con nota di Perugini, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: omologazione richiesta da gruppi societari e condizioni di attuabilità (il caso Risanamento) - Prime considerazioni*.

<sup>21</sup> Cass. pen., 18.03.2005, n. 10688, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p.747.

<sup>22</sup> Siffatti obblighi di pubblicità e trasparenza sono stati inseriti nel codice dal legislatore delegato in ottemperanza al dettato dell'art. 10 della legge delega per la riforma del diritto societario, n. 366 del 2001. Tale norma assume rilevanza fondamentale in materia di gruppi, dal momento che ne ordina il riconoscimento formale quale legittima modalità di gestione dell'attività di impresa, prendendo atto allo stesso tempo del pericolo che tale forma organizzativa può arrecare rispetto alla tutela degli interessi dei soci esterni e dei creditori. Per tali ragioni le camere hanno scelto di recepire il

La responsabilità della capogruppo, nelle persone dei suoi amministratori, non esaurisce, però, la sua estensione con mero riferimento alle violazioni di siffatti obblighi informativi o di pubblicità: l'inadempimento rispetto ai vincoli di trasparenza, infatti, può essere un segnale di *mala gestio*, ma non contribuisce, di per sé, a delimitare il significato dell'abuso di direzione unitaria.

Questo si realizza, invero, in tutti quei casi in cui gli amministratori della *holding*, violando i principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale, indirizzino le politiche del gruppo in modo tale da realizzare un interesse proprio o altrui a danno delle società controllate (o l'interesse di una controllata a danno di un'altra), in modo pregiudizievole rispetto al bene "partecipazione sociale" o al bene "integrità del patrimonio", senza che alcun interesse delle singole (così sacrificate) sia soddisfatto nemmeno per effetto dell'appartenenza al gruppo.

Anche se la legge non utilizza espressamente tale formula, questa è ricostruibile *a contrario* mediante l'analisi della parte finale dell'art. 2497 c.c. che recita: "*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*".

Da tale disposizione emerge la scelta del legislatore di recepire, in forma speculare rispetto a quanto stabilito in materia penale dall'art. 2634, terzo comma, c.c., introdotto nell'ordinamento penale ad opera del D.Lgs. n. 61 del 2002, la c.d. teoria dei vantaggi compensativi, secondo la quale, ai fini del giudizio sulla sussistenza di una responsabilità per *mala gestio* della *holding*, si rende necessario valutare la legittimità delle sue decisioni sulla scorta non già del risultato (negativo) immediato che queste apportano rispetto al patrimonio della singola controllata, quanto piuttosto alla luce della *complessiva situazione economica del gruppo*, e della utilità che nel medio e lungo periodo esso può ricavare da tali scelte; utilità che si può indirettamente ripercuotere anche a favore della società apparentemente depauperata, proprio in virtù del suo collegamento al gruppo<sup>23</sup>.

---

modello del gruppo subordinandone la legittimità al rispetto di criteri generali di trasparenza ed ad un adeguato contemperamento degli interessi coinvolti nell'attività di direzione e coordinamento. In particolare l'art. 10 cit. recita: "*la riforma in materia di gruppi è ispirata ai seguenti principi e criteri direttivi: a) prevedere una disciplina del gruppo secondo principi di trasparenza e tale da assicurare che l'attività di direzione e di coordinamento contemperi 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*".

<sup>23</sup> Sul tema si veda ABRIANI, *Gruppi di società e criterio dei vantaggi compensativi nella riforma del diritto societario*, in *Giur. Comm.*, 2002, p. 618; CARIELLO, *Primi appunti sulla c.d. responsabilità da attività di direzione e coordinamento di società*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2003, p. 331; CERRATO, *Osservazioni in tema di operazioni infragruppo e di vantaggi compensativi*, in *Giur. it.*, 2001, p. 1675; CIAMPOLI, *I "vantaggi compensativi" nei gruppi di società*, in *Le*

Ecco, allora, che sulla base di tale teoria, la cui analisi verrà ripresa più nel dettaglio successivamente, il legislatore segna espressamente il confine tra l'area dell'agire lecito della capogruppo, la quale, nell'ambito della sua attività di direzione e coordinamento, sacrifichi, talvolta, gli interessi delle singole controllate in vista di un risultato positivo complessivo, di cui le stesse possono avvantaggiarsi in seguito; e l'area dell'abuso di direzione unitaria, che, invece, viene all'evidenza ogniqualevolta la *holding*, nelle persone dei suoi amministratori, agisca egoisticamente per il conseguimento di scopi individualistici, al di fuori di una strategia operativa che tenga conto degli interessi del gruppo, delle singole controllate e dei rispettivi soci di minoranza e creditori<sup>24</sup>.

La legittimità delle scelte gestorie che fanno capo alla controllante deve essere, pertanto, ai fini di un giudizio di responsabilità ai sensi dell'art. 2497 c.c., valutata in un'ottica di ampio respiro, tenendo conto della logica unitaria di indirizzo dell'attività del gruppo e dei suoi risultati complessivi. Se alla luce di siffatto giudizio globale risulterà che il danno subito dalla singola sia momentaneo o, comunque, rimanga neutralizzato per effetto di un'operazione di segno contrario a ciò mirata, o per effetto di concreti benefici derivanti dalla strategia complessiva della *holding*, allora non potrà attribuirsi a quest'ultima alcuna responsabilità.

Tuttavia detti interventi legislativi non hanno offerto una compiuta definizione di gruppo atteso che il legislatore si è preoccupato di disciplinare il caso di società soggette alla direzione e coordinamento di altre società, fornendo, quindi, una disciplina civilistica generale.

Sembrerebbe che il legislatore abbia volutamente evitato di dettare formule definitorie che potevano rivelarsi inadeguate rispetto al detto fenomeno economico, soggetto per natura a continue evoluzioni.

La disciplina è stata, pertanto, modulata non tanto sul concetto di gruppo, ma con riferimento, come accennato e come si vedrà in modo più approfondito in seguito, all'attività di direzione e coordinamento e limitatamente a situazioni specifiche<sup>25</sup>.

---

*soc.*, 2005, p. 164; ENRIQUES, *Vaghezza e furore. Ancora sul conflitto di interessi nei gruppi di società in vista dell'attuazione della delega per la riforma del diritto societario*, in ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Verso un nuovo diritto societario*, Bologna, 2002, p. 247; GUIZZI, *Eterodirezione dell'attività sociale e responsabilità per mala gestione nel nuovo diritto dei gruppi*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2003, 439; MONTALENTI, *Conflitto d'interessi nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, I, p. 710 e ss.; PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina sui gruppi societari*, in *Riv. Soc.*, 2003, p. 765; SBISA, *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, in *Contr. Impr.*, 2003, p. 591. Per una ricostruzione della teoria dei vantaggi compensativi in materia civile e penale v. *infra*, cap. II.

<sup>24</sup> Come, invece, si preoccupava di dover evitare il già citato art. 10 della legge delega n. 366 del 2001 per la riforma del diritto societario, in base al quale il legislatore delegato avrebbe dovuto "prevedere una disciplina del gruppo secondo principi di trasparenza e tale da assicurare che l'attività di direzione e di coordinamento contemperasse adeguatamente l'interesse del gruppo, delle società controllate e dei soci di minoranza di queste ultime".

<sup>25</sup> Per approfondimento della disciplina del gruppo di società anteriormente alle riforme del 2003 e del 2006 si veda

Inoltre, va ricordato che nella giurisprudenza di merito è emerso un contrasto in ordine alla necessità della spendita del nome ai fini della configurazione di una *holding* <sup>26</sup>.

Il superamento da parte del legislatore dell'antico problema dell'ammissibilità della partecipazione da parte di una società di capitali ad una società di persone, ha, poi, da un canto, posto la questione della configurabilità di una società di fatto tra le società facenti parte di uno stesso gruppo (cd. *super-società* di fatto); dall'altro, nel caso in cui sia offerta a detta questione soluzione positiva, ha fatto emergere l'ulteriore problema dell'identificazione della linea di demarcazione tra la *super-società* di fatto ed il fenomeno del gruppo di società <sup>27</sup>.

Sulla prima questione la giurisprudenza si è divisa tra un orientamento favorevole alla configurabilità della *super-società* di fatto <sup>28</sup>, ferma, secondo un indirizzo, l'assunzione della partecipazione previa delibera assembleare <sup>29</sup>, ed un diverso orientamento pervenuto ad opposta soluzione <sup>30</sup>.

Nella dottrina si è manifestato analogo contrasto e la complessità delle argomentazioni svolte dai contrapposti orientamenti non rende semplice delineare le diverse posizioni emerse. Un primo indirizzo reputa ammissibile la *super-società* di fatto, indipendentemente dall'osservanza delle prescrizioni codicistiche poste a carico delle società di capitali. La tesi è sostenuta valorizzando l'irrelevanza di dette prescrizioni rispetto alla costituzione del rapporto sociale in

---

SALVATO, *Accertamento dell'insolvenza di società di capitali facente parte di un gruppo*, in *Fallimento*, 2011, p. 3 e ss..

<sup>26</sup> Secondo Trib. Vicenza 23 novembre 2006, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), con nota di F. Fimmanò, *Il fallimento del dominus abusivo ed il crepuscolo del socio tiranno*, ai fini della responsabilità della *holding* il requisito della spendita del nome non avrebbe «più oggi la rilevanza in passato richiesta»; inoltre, l'art. 2497 cod. civ. sarebbe «espressione del principio secondo cui la conservazione del beneficio della responsabilità limitata non può prescindere dal rispetto di certe regole ovvero solo il rispetto delle norme codicistiche e dei principi che regolano il diritto societario consente al socio di evitare la commistione delle proprie obbligazioni con quelle della società partecipata». Diversamente, per Trib. Napoli 8 gennaio 2006, *ivi*, per la configurazione di una *holding* personale ed occulta suscettibile di fallimento occorre accertare la spendita del nome proprio delle persone che agiscono attraverso le società di fatto controllate, l'esistenza di un'organizzazione imprenditoriale ed autonoma rispetto alle singole società ed infine l'economicità aggiuntiva o produzione di un *plus* valore dovuto all'attività di direzione e controllo.

<sup>27</sup> Per la chiara e puntuale enunciazione dei termini del problema, ABETE, *L'insolvenza nel gruppo e del gruppo*, in *Fallimento*, 2009,9, p. 1111.

<sup>28</sup> Trib. Prato, 15 novembre 2010, in *Merito extra* n. 2011.3.10 e 3.11; Trib. S.Maria C.V., 8 luglio 2008, in *Fallimento*, 2009, 89 con nota di F. Fimmanò, *Il fallimento della supersocietà di fatto*; Trib. Forlì, 9 febbraio 2008, in *Giur. it.*, 2008, 1425; in *Fallimento*, 2008, 1328 con nota di Irrera, *La società di fatto tra società di capitali e il suo fallimento per estensione*. In particolare, secondo il Tribunale di Forlì, la mancanza degli adempimenti dell'art. 2361 c.c., non precluderebbe la configurabilità di un rapporto societario di fatto, in quanto l'art. 2384 c.c. esprimerebbe un principio generale alla cui luce occorre valutare tutte le condotte degli amministratori, anche illegittime, travolgendo, nell'interesse dei terzi, i limiti all'efficacia esterna degli atti da questi posti in essere.

<sup>29</sup> App. Bologna 11 giugno 2008, in *Fallimento*, 2008, p. 1293 con nota di Platania, *Il fallimento della società di fatto partecipata da società di capitali*; App. Torino 30 luglio 2007, in *Giur. it.*, 2007, p. 2219, con nota di Cottino, *Note minime su società di capitali (presunta) socia di società di persone e fallimento*.

<sup>30</sup> Trib. Torino 4 aprile 2007, in *Nuovo dir. soc.*, 2007, n. 9, 59, con nota di Irrera, *Un primo no all'ipotesi di società di fatto tra società di capitali*.

base ad un comportamento concludente<sup>31</sup>, enfatizzando l'esigenza di reprimere condotte elusive della disciplina della responsabilità, in virtù di una concezione che rischia di vulnerare il dovere di soggezione alla legge dell'interprete, esposto ad un'esegesi che, forse, forza il dato formale oltre quanto consentito dagli ordinari strumenti ermeneutici. La ritenuta configurabilità della *super-società* di fatto e l'affermazione della responsabilità di quest'ultima conducono, in definitiva, ad inglobare e riassumere in questa l'intero gruppo<sup>32</sup>.

#### **1.4. “Controllo” e “collegamento” nella legislazione comune e speciale.**

In mancanza di una completa ed esauriente definizione del gruppo di società, gli interpreti si sono nel tempo dritti nell'arduo compito di ricostruire la natura giuridica del fenomeno sulla base della disciplina generale fornita dal nostro codice con riferimento alle nozioni di “controllo” e “collegamento”, e della disciplina complementare che, di volta in volta, è intervenuta a regolare il modello del gruppo, a seconda dei diversi settori in cui questo assumeva rilevanza<sup>33</sup>.

La definitiva affermazione del controllo fra società si è avuta soltanto con l'introduzione nell'attuale codice civile dell'art. 2359 c.c. relativo alla definizione di società controllate e società collegate.

Nel nostro ordinamento giuridico è possibile scorgere una pluralità di ipotesi di controllo alle quali la legge collega una serie di precetti finalizzati alla tutela degli interessi distinti.

---

<sup>31</sup> BARTALENA, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber Amicorum Gianfranco Campobasso, diretto da Abbatessa e Portale, Torino, 2006, p. 99 ss.

<sup>32</sup> Per un migliore approfondimento della questione si veda SALVATO, *La disciplina del gruppo di società dopo le riforme del 2003 e del 2006*, in *Fallimento*, 2011, p. 8.

<sup>33</sup> Per quanto concerne la normativa di diritto comune, rilevante ai fini della *disciplina* del gruppo di società e, si badi bene, non anche rispetto ad una *definizione* dello stesso, il legislatore è intervenuto due volte in modifica del codice civile del 1942: da un lato, con la legge 7 giugno 1974, n. 216 (che ha, tra le altre cose, ridisegnato la nozione di “controllo” ai sensi dell'art. 2359 c.c.) e dall'altro, con il più recente d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 (che ha, invece, inserito nell'impianto codicistico il nuovo capo IX, dedicato alla regolamentazione della attività di “*direzione e coordinamento di società*”). La disciplina speciale, invece, presenta per sua natura carattere maggiormente frammentata e frammentaria, occupandosi del tema del gruppo, di una sua nozione e del suo funzionamento solo in relazione agli specifici problemi affrontati, ed in funzione degli scopi contingenti che si intendono di volta in volta conseguire con la singola legge complementare. Si pensi, in tal senso, alle leggi sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, l'una del 3 aprile 1979, n. 95 (c.d. Legge Prodi), e l'altra dell'8 luglio 1999, n. 270 (c.d. Legge Prodi *bis*); o alla disciplina sul bilancio consolidato, recepita in Italia col d.lgs. 9 aprile 1991, n. 127 in attuazione della IV e VII direttiva comunitaria sui conti annuali e consolidati in materia societaria. O, ancora, alla regolamentazione del gruppo bancario contenuta nel testo unico in materia bancaria e creditizia (d.lgs. dell'1 settembre 1993, n. 385) cui fa riferimento anche il d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 sull'intermediazione finanziaria.

La nozione di controllo non presenta un nucleo concettuale identificabile per tutte le definizioni presenti nel sistema in quanto non è possibile rinvenire un fattore comune a tutte le fattispecie nella c.d. “influenza dominante”<sup>34</sup>.

Con tale locuzione si intende il potere di dirigere l’attività medesima della società controllata in base alle regole organizzative prescelte per l’esercizio dell’attività<sup>35</sup>.

Secondo questa interpretazione, il controllo sarebbe un “tipo” e non un “concetto” in quanto modello ricavabile intuitivamente in base alla presenza, nella fattispecie concreta, di dati caratteristici anche se non tutti necessari. In tal modo gli indici posti dal legislatore al controllo dovrebbero essere intesi nella massima estensione del tipo che sia compatibile con la norma da applicare<sup>36</sup>.

Questa tesi, tuttavia, è stata criticata da chi ha ritenuto che il metodo tipologico si possa utilizzare solo in casi particolari, come quando è assente la definizione legale del concetto, quando è necessario identificare elementi di disciplina applicabili a fattispecie che non possono essere inquadrare ad alcuna “nozione legale”; oppure quando all’interno di una determinata disciplina bisogna inquadrare determinate disposizioni che “non possono essere derogate se non snaturando il fenomeno regolato, trasformandolo cioè in altro “tipo” di realtà giuridica”<sup>37</sup>.

Dunque, l’interprete è chiamato ad operare una lettura sistematica e ad analizzare le norme non solo attraverso il metodo esegetico, ma anche in una prospettiva in grado di consentire di selezionare le varie ipotesi in relazione alla congruità di ciascuna nozione al proprio sistema normativo<sup>38</sup>.

In base alla disciplina codicistica la figura del “controllo” societario ruota attorno al concetto di “influenza dominante” contenuto all’art. 2359 c.c.<sup>39</sup>, cui il legislatore riconnette il potere, in capo ad una società, di indirizzare l’assemblea ordinaria di altra società (art. 2359, primo

---

<sup>34</sup> Sul concetto di influenza dominante cfr: A. PATRONI GRIFFI in AA.VV., *Diritto antitrust italiano*, Bologna, 1993, vol.II, sub. art. 27, p.1231; M. MIOLA, *Le garanzie infragruppo*, Napoli, 1993, p. 34; V. DONATIVI, *Impresa e gruppo nella legge antitrust*, Milano, 1996, 70 ss.; G. SBISA’, *Società e imprese controllate nel d.l. 9 aprile 1991 n. 127*, in Riv. soc. 1992, p.921 ss.

<sup>35</sup> LAMANDINI, *Il “controllo”. Nozione e “tipo” nella legislazione economica*, Milano, 1995, 51 e ss.

<sup>36</sup> LAMANDINI, *Il “controllo”. Nozione e “tipo” nella legislazione economica*, Milano, 1995, 124 e ss. Il “tipo”, a differenza del “concetto” resta unitario anche laddove l’elemento aggregante della fattispecie, e cioè il tratto minimale del potere, abbia un contenuto che va, anche a seconda che ricorra o non ricorra la partecipazione al capitale, lungo una “retta continua” da un minimo consistente nel potere di influire in modo determinante sulle deliberazioni assembleari al fine della nomina e revoca degli amministratori della società ad un massimo consistente nella direzione esterna dell’azione imprenditoriale della società, e cioè nell’esercizio concreto di direzione e coordinamento.

<sup>37</sup> SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella disciplina antitrust*, in Riv. soc., 1995, p.457 e ss.

<sup>38</sup> SCHIUMA, *Controllo, governo e partecipazione al capitale*, Padova, 1997, p. 24.

<sup>39</sup> Introdotto dalla legge n. 216 del 1974 di riforma del diritto societario.



comma, nn. 1 e 2, c.c.), ovvero di intervenire sulle politiche di gestione della stessa mediante particolari vincoli contrattuali (art. 2359, primo comma, n. 3, c.c.)<sup>40</sup>.

Nella prima ipotesi si parla di “*controllo interno*” (o azionario), modulato su una scala di intensità decrescente che va dal controllo interno “di diritto”, esercitabile a fronte della titolarità della maggioranza del capitale sociale della controllata, al controllo interno “di fatto”, che invece, presuppone il possesso di un pacchetto azionario che, ancorché non maggioritario, sia tale, però, da permettere, in concreto, una “influenza dominante” sull’assemblea ordinaria.

Nella seconda ipotesi, invece, si parla di “*controllo esterno*” (o contrattuale), non già fondato sulla partecipazione al capitale di altra società, ma piuttosto sulla esistenza di legami negoziali, che siano tali da determinare una sorta di dipendenza economica di una società rispetto all’altra. Il controllo contrattuale presuppone, dunque, una effettiva subordinazione di tipo economico della controllata rispetto alla controllante, tale per cui la prima non potrebbe esistere o sopravvivere senza la seconda.

La motivazione di questo differente ambito di rilevanza del controllo va probabilmente ricercata nel fatto che il “controllo interno”, nella misura in cui sussiste, rappresenta l’esplicazione di un potere (diritto di voto), di cui sono formalmente definibili e valutabili la portata e l’incidenza; al contrario, l’influenza fondata su rapporti contrattuali presenta generalmente un grado più attenuato di incisività e stabilità.

Dunque se opportuna appare la previsione della limitazione relativa al divieto di voto per le azioni della controllante posseduta dalla controllata a carico della società che si trova sotto il dominio di un’altra in forza di un immediato vincolo contrattuale, a differente valutazione poteva e può condurre la posizione di una controllata “indiretta”, cioè quella legata contrattualmente alla prima di dette società (controllata esterna di primo grado) non potendo affermarsi con la stessa attendibilità che la società che esercita il controllo su quest’ultima, sia in grado di svolgere la propria influenza dominante anche sulla controllata di “secondo grado”. Poiché poi resta una differenza tra l’influenza dominante effettiva sulla società e l’influenza dominante potenziale ed effettiva in assemblea, la norma ammette il controllante interno, qualificato in base alla sussistenza dell’influenza in assemblea, a provare che lo stesso non

---

<sup>40</sup>Tra le numerose opere sul tema si veda, nella letteratura commercialistica, BASSI, *Gruppi di imprese*, in AA.VV., *Manuale di diritto commerciale*, a cura di BUONOCUORE, Torino, 2007, p. 600 e ss.; CAMPOBASSO, *Gruppi e gruppi bancari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1995, I, p. 737; JAEGER, *Considerazioni parasistematiche sui controllo e sui gruppi*, in *Giur. comm.*, 1994, I, p. 476 e ss.; LAMANDINI, *Il “controllo”. Nozioni e “tipo” nella legislazione economica*, Milano, 1995, p. 51 e ss.; MARCHETTI, *Note sulla nozione di controllo nella legislazione speciale*, in *Riv. soc.*, 1992, p. 1 e ss.; PAVONE LA ROSA, *Le società controllate. I gruppi*, in *Trattato delle società per azioni*, a cura di COLOMBO-PORTALE, vol. II, tomo I, Torino, 1991, p. 590 e ss.; SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, in *Riv. soc.*, 1995, p. 457 e ss.

esercita anche un'influenza dominante effettiva sulla società (cioè sulle scelte gestionali e strategiche riguardanti l'azione complessiva della stessa), dimostrando che la nomina degli amministratori esaurisce l'influenza concretamente esercitata sulla società, perché il socio "di controllo" concede piena autonomia gestionale all'organo amministrativo o, ancora, provando che la nomina degli amministratori non dipende affatto da una scelta "libera" del socio di controllo ma dipende dalle alleanze tra tutti gli altri soci, nonostante l'entità della partecipazione dal primo detenuta.

Dunque è esatto affermare che la linea unificante delle varie nozioni di controllo descritte dall'art. 2359 c.c. è rappresentata dal potere di influenza dominante sulla società controllata, sebbene siffatto potere non coincida con la direzione unitaria o la direzione e coordinamento<sup>41</sup>. Rileva semplicemente nelle ipotesi di controllo interno come "semplice possibilità di influire in modo determinante sulla nomina in assemblea dell'organo amministrativo". Al contrario, nell'ipotesi di controllo esterno, che verrà di seguito spiegato, ci si trova in presenza di un potere effettivo nei confronti della società che prescinde dalle regole organizzative della stessa<sup>42</sup>.

Diverso è il fenomeno del c.d. "*controllo congiunto*", che si verifica allorché due o più società partecipino congiuntamente al capitale di un altro ente, e riescano a gestire la maggioranza dei voti in assemblea, conseguendo così un dominio sulla controllata che da sole non avrebbero (è il caso delle c.d. *joint venture corporations*)<sup>43</sup>.

L'art. 2359, secondo comma, c.c. regola, invece, il "*controllo indiretto*", ovvero quel controllo mediato che una società (A) può vantare su un'altra (B), per mezzo della partecipazione al capitale della stessa da parte di una terza società (C), a sua volta controllata dalla prima. In questi casi la situazione di "dominio" è, appunto, indiretta, proprio perché la società A può, di fatto, indirizzare l'attività di B senza possederne azioni o quote, ovvero "cumulando" le sue partecipazioni al capitale di B con quelle di C, a sua volta subordinata al poteri di indirizzo di A<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> ANGIOLINI, *Abuso di dipendenza economica ed eterodirezione contrattuale*, Milano, 2012, p. 72 ss.

<sup>42</sup> LAMANDINI, *Commento agli artt. 2359 e ss.*, in *Società di capitali, Commentario* a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, vol. I., p.399.

<sup>43</sup> La formula descrittiva è offerta dalla direttiva 2001/34/CEE all'art. 92 co. I, lett. d) che lo individua in quella fattispecie in cui più persone o enti "*hanno concluso un accordo scritto che li obbliga ad adottare, con un esercizio concertato dei diritti di voto che detengono, una politica comune durevole nei confronti della gestione della società in questione*".

<sup>44</sup> Sulla possibilità di cumulare le azioni possedute dalla controllante e dalla controllata "intermedia" per poter esercitare un'influenza dominante sulla controllata "finale" v. PAVONE LA ROSA, *Le società controllate. I gruppi*, p. 583.

L'art. 2359 secondo comma c.c. esclude, ai fini della rilevanza del controllo indiretto, il computo dei voti spettanti alla società-madre per conto terzi<sup>45</sup>.

Accanto alla nozione di “influenza dominante”, presunta nel caso di controllo interno di diritto, e da verificare in concreto nel caso di controllo interno di fatto, l'art. 2359 c.c., al terzo comma, richiama espressamente il concetto di “*influenza notevole*”.

L'influenza notevole sussiste allorché una società possa esercitare nell'assemblea ordinaria di un'altra, almeno un quinto dei voti, ovvero un decimo se la società abbia azioni quotate in mercati regolamentati.

In questi casi il rapporto tra le due persone giuridiche assume il connotato del “*collegamento*”<sup>46</sup> che rileva, ai sensi della disciplina codicistica, solo in senso “discendente”: dalla situazione di collegamento societario, infatti, derivano degli obblighi informativi che gravano soltanto sulla partecipante e che hanno ad oggetto le indicazioni in ordine alle partecipazioni “dirette” che questa possieda in altre società<sup>47</sup>.

I rapporti richiamati evidenziano che il gruppo di società persegue la finalità di realizzare un frazionamento del rischio d'impresa attraverso una struttura basata sulla distinta soggettività giuridica delle società aggregate, che deve però conciliarsi con l'esigenza di realizzare una gestione unitaria e coordinata volta al perseguimento dell'interesse di gruppo.

Questa difficile convivenza tra “unità” e “pluralità” è riconducibile all'istituto del cd. “collegamento contrattuale”<sup>48</sup>.

E' opinione ricorrente che si verifichi il “collegamento contrattuale” ogni volta in cui le parti, nell'esercizio della loro autonomia negoziale, danno vita ad un coordinamento tra una pluralità di negozi autonomi e distinti l'uno dall'altro, creando tra gli stessi uno stretto nesso economico o teleologico, in vista della realizzazione di uno scopo pratico unitario<sup>49</sup>.

---

<sup>45</sup> Tale clausola è stata inserita dalla legge n. 127 del 1991 in materia di conti annuali e consolidati.

<sup>46</sup> La figura del collegamento societario è stata riformulata dalla legge n. 127 del 1991, attuativa delle già citate direttive CEE sui conti annuali e consolidati. Prima di tale intervento la partecipazione rilevante riferibile alla nozione di “collegamento” era connessa al superamento della soglia del 10% del capitale dell'ente partecipato, ovvero del 5% quando questo fosse una società con titoli negoziati nei mercati ufficiali. Cfr. FOFFANI, *Le aggregazioni societarie di fronte al diritto penale: appunti sulle nozioni di partecipazione rilevante, controllo, collegamento e gruppo*, in *Riv. trim.dir.pen. ec.*, 1993, p. 146.

<sup>47</sup> In questi termini PAVONE LA ROSA, *Le società controllate. I gruppi*, in *Tratt. delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, Vol. II, Torino, 1991, p. 588; D'ALESSANDRO, *La nuova disciplina dei gruppi di società (note esegetiche)*, in AMATUCCI-CANDI-D'ALESSANDRO-FANELLI, *La disciplina dei gruppi di società nella “novella” del 1974*, Milano, 1978, p. 108.

<sup>48</sup> GIOVANNINI, *Le responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, Milano, 2007, p.19.

<sup>49</sup> Sulla nozione e rilevanza giuridica e pratica del collegamento contrattuale si segnalano i seguenti contributi: OPPO, *I contratti parasociali*, Milano, 1942, 67 e ss.; GASPERONI, *Collegamento e connessione tra negozi*, in *Riv. Dir.Comm.*, 1955, I, p. 357; DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1959, I, p.412; RAPPAZZO, *I contratti collegati*, Milano, 1998.

Il richiamo dell'art. 2359, secondo comma, c.c. ai voti esercitabili in assemblea lascia dedurre, inoltre, che l'eventuale sussistenza di vincoli contrattuali tra due società non abbia alcun rilievo ai fini della configurabilità dell'influenza notevole; mentre, invece, il collegamento ben potrebbe connettersi alla stipula di sindacati di maggioranza o di minoranza che orientino in qualche modo le decisioni assembleari.

Alla teoria del collegamento la dottrina ricorre per spiegare il fenomeno del subcontratto o del contratto derivato<sup>50</sup>, del contratto parasociale<sup>51</sup>, del contratto indiretto o di quello fiduciario oppure del patto successorio, del contratto di leasing seguito dalla vendita del bene oggetto della concessione, della vendita a scopo di garanzia, del trasporto di merce venduta<sup>52</sup>, oppure ancora dei contratti per l'utilizzazione di *computers* o di *Project Financing*<sup>53</sup>.

Il collegamento negoziale nasce, pertanto, dall'esigenza di superare una concezione puramente formale di contratto dando rilievo allo scopo pratico che le parti intendono realizzare con l'impiego di distinti, ma collegati, schemi contrattuali.

Di qui la necessità di distinguere il collegamento occasionale, come coesistenza nel medesimo documento, ovvero collegamento necessario, voluto dalla legge o dalla natura stessa del contratto, e il collegamento volontario e occasionale voluto dai contraenti per realizzare un determinato interesse negoziale.

Quindi, è possibile affermare che il gruppo di società trova il proprio fondamento nell'autonomia privata, in virtù della quale si dà vita ad una concatenazione di contratti sociali, con cui si può legittimamente limitare l'autonomia giuridica delle singole società raggruppate, in quanto tale collegamento è volto a realizzare un interesse che certamente è considerato meritevole di tutela nell'ordinamento giuridico.

Alle figure del controllo e del collegamento previste dall'art. 2359 c.c., che in apparenza sembrano riflettere un fenomeno prettamente economico, il legislatore del 1942 riconnetteva in realtà una rilevanza giuridica ristretta alle sole ipotesi patologiche relative al fenomeno delle partecipazioni incrociate<sup>54</sup>.

---

<sup>50</sup> MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, 1973, p. 733 e ss.

<sup>51</sup> OPPO, *I contratti parasociali*, Milano, 1942, p. 67 e ss.

<sup>52</sup> FERRANDO, *I contratti collegati*, in ALPA e BESSONE, *I contratti in generale*, III, in *Giur. Sist. Dir. Civ. e Comm.*, diretta da BIGIARI, Torino, 1991, p. 574 e ss.; RAPPAZZO, *I contratti collegati*, Milano, 1998.

<sup>53</sup> RABITTI, *Project Finance e collegamento contrattuale*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario* in *Trattato diretto da F. Galgano*, Torino, 1997, p. 185 e ss.

<sup>54</sup> COTTINO, *Diritto societario*, vol. II, tomo II, Padova, 2006, p. 680; CAMPOBASSO, *Controllo societario e poteri della capogruppo nei gruppi e nei gruppi bancari*, in *I gruppi di società*, Atti del convegno internazionale di studi, Venezia, 16-17-18 novembre, 1995, Milano, 1996, vol. II, p. 788.

Su questa scia qualche novità di rilievo è stata introdotta con la riforma del diritto societario ad opera della legge n. 216 del 1974, che ha introdotto il concetto di “influenza dominante” quale indice utilizzato per individuare quelle situazioni rischiose rispetto ad operazioni di annacquamento del capitale sociale, o a manovre sui voti che influiscono sull’equilibrio dei poteri interni alle società, a loro volta collegate con la disciplina sulle partecipazioni reciproche e sugli incroci azionari (art. 2359-*bis* c.c.).

A seguito della citata novella le figure del controllo e del collegamento hanno assunto rilevanza, altresì, ai fini della tutela della trasparenza societaria: alla partecipazione “qualificata” di una società su un’altra, così, sono stati ricondotti particolari obblighi informativi relativi a dati da inserire nel bilancio di esercizio, nella relazione degli amministratori e negli allegati (art. 2424 c.c.)<sup>55</sup>.

Tuttavia, mentre in base all’iniziale impostazione codicistica, i diversi fenomeni di concentrazione societaria si apprezzavano solo in relazione a tali materie o situazioni specifiche, con l’evoluzione della normativa complementare la nozione di controllo e collegamento è stata non solo allargata (o ristretta, a seconda dei casi), ma indirizzata alla soluzione o alla disciplina di fenomeni diversi ed ulteriori, evidenziando l’interesse del legislatore ad una evoluzione del modello del “raggruppamento societario”.

L’intervento normativo ha riguardato non solo le mere problematiche relative alle operazioni sul capitale sociale o alla tutela della trasparenza societaria, ma anche la sussistenza nella realtà di un fenomeno nuovo inteso come strumento economico ultroneo rispetto al modello classico di gestione dell’impresa costituito dalla società per azioni, acquisendo, così, autonoma “pregnanza”.

Il modello del gruppo come nuovo strumento di gestione dell’impresa ha negli anni assunto un peso ed un rilievo tali da portare taluno a parlare di passaggio del diritto societario dall’epoca “atomistica” a quella “molecolare”<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> Cfr. FOFFANI, *Le aggregazioni societarie di fronte al diritto penale: appunti sulla nozione di “partecipazione rilevante”, “collegamento”, “controllo” e “gruppo”*, in *RTDPE*, 1993, p. 146; PAVONE LA ROSA, *Le società controllate. I gruppi*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol.2, Torino, 1991, p. 605; JAEGER, *Considerazioni parasistematiche sui controlli e sui gruppi*, in *Giur. Comm.*, 1994, I, p. 477-478. La disciplina in materia di informazione contabile nell’ambito delle aggregazioni societarie è stata poi ampliata e specificata dalla legge n. 127 del 1991 intervenuta, tra le altre cose, anche sugli artt. 2424 e ss. e sugli obblighi di pubblicità previsti a carico della controllante e delle controllate, volti ad evidenziare i reciproci rapporti di partecipazione. Un contributo fondamentale, in tal senso, è stato apportato dalla suddetta legge in riferimento alla normativa sul “bilancio consolidato di gruppo”, che consente di conoscere la situazione patrimoniale, finanziaria ed economica del gruppo considerato “unitariamente”, attraverso l’eliminazione delle operazioni intercorse tra le società del gruppo.

### 1.5. Dal controllo al gruppo: la “*direzione unitaria*”.

Numerose sono state le disposizioni legislative in materia di controllo che negli anni hanno affiancato la norma di cui all’art. 2359 c.c..

Tra le definizioni extracodicistiche che ridisegnano il concetto di controllo in termini più ampi emerge, prima fra tutte, quella contenuta nella legge sull’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi del 1979 (3 aprile, n. 95, c.d. legge Prodi)<sup>57</sup>. L’art. 3 infatti, sottopone alla procedura da esso introdotta quelle società che, anche se non presentino i requisiti richiesti dalla legge a tale fine, siano in qualche modo “connesse” con l’ente in stato di insolvenza. In questo senso la norma richiama le società che, direttamente o indirettamente, controllano o sono controllate da quella sottoposta all’amministrazione straordinaria (art. 3, primo comma, lett. a) e b); quelle che “*in base alla composizione dei rispettivi organi amministrativi risultano sottoposte alla stessa direzione della società in amministrazione straordinaria*” (art. 3, primo comma, lett. c); o, ancora, le società che “*hanno concesso crediti o garanzie alla società in amministrazione straordinaria e alle società di cui alle precedenti lettere, per un importo superiore, secondo le risultanze dell’ultimo bilancio, ad un terzo del valore complessivo delle proprie attività*” (art. 3, primo comma, lett. d).

La disposizione sembra chiara nel voler introdurre e tipizzare ulteriori forme di influenza dominante, ricostruite, stavolta, non già sul mero controllo azionario, ma sulla base di criteri “soggettivi”, collegabili alla presenza, nelle varie aggregate, di organi gestori composti in tutto o in parte dalle medesime persone fisiche (c.d. *interlocking directorate*), o comunque da soggetti che operano sinergicamente, attuando una politica d’indirizzo unitaria impartita dalla società-madre. Accanto a detti criteri “soggettivi” la norma affianca, altresì, dei requisiti di tipo “oggettivo”, quali la sussistenza di rapporti creditorî o debitori di particolare entità che determinino una situazione di soggezione (o supremazia, a seconda dell’angolo visuale che si adotta) tra le varie società<sup>58</sup>.

L’art. 3 della legge sull’amministrazione straordinaria del 1979 introduce, poi, nell’ordinamento un ulteriore elemento che contribuisce ad integrare, senza esaurirla, la ricostruzione definitoria del fenomeno dell’aggregazione societaria: in particolare, il legislatore contempla, ai fini del riconoscimento della responsabilità in solido degli amministratori della controllante per i danni

---

<sup>57</sup> Sul tema vedi LIBONATI, *Holding e investment trust*, Milano, 1959, p. 151 e ss.; MARCHETTI, *Note sulla nozione di controllo nella legislazione speciale*, in *Riv. soc.*, 1992, p. 1 e ss.; NIUTTA, *Il finanziamento infragruppo*, Milano, 2000, p. 20 e ss.; SBISÀ, *Società ed imprese collegate nel d. l. 9 aprile 1991 n. 127*, in *Riv. soc.*, 1992, p. 916; LAMANDINI, *Il controllo. Nozione e “tipo” nella legislazione economica*, Milano, 1995, p. 22; SCHIUMA, *Controllo, governo e partecipazione al capitale*, Padova, 1997, p. 15.

<sup>58</sup> Vedi, sul punto, LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, Firenze, 1981, p. 59 e ss.

subiti dalla società soggetta alla procedura, l'effettivo esercizio da parte di costoro della “*direzione unitaria*”<sup>59</sup>, da intendersi come fenomeno *diverso* ed *ulteriore* rispetto a quello del collegamento disegnato, nelle sue diverse forme, dal primo comma della norma in esame<sup>60</sup>.

Tale formula sembra costituire il primo strumento messo a disposizione dal legislatore in favore dell'interprete al fine di conferire forma e sostanza ad un fenomeno “economico” ormai radicato nella prassi, ma ancora privo di copertura normativa: il gruppo di imprese<sup>61</sup>.

Successivamente sono intervenute in materia di gruppi ulteriori legislazioni speciali che hanno ampliato o, talvolta, specificato la nozione di “controllo”.

A tal proposito si pensi alle leggi in tema di liquidazione coatta amministrativa di società fiduciarie e di revisione (Legge n. 430 del 1986) e di enti di gestione fiduciaria (L. n. 148 del 1987), che distinguono il controllo “semplice”, conseguente da rapporti di partecipazione o di coordinamento gestionale o finanziario, dal controllo “qualificato” attuato mediante “*direzione unitaria*”, a sua volta rilevante quale presupposto per la responsabilità solidale degli amministratori della società che ha esercitato tale direzione per i danni cagionati alla società sottoposta alla procedura di liquidazione coatta amministrativa.

Un ulteriore riferimento alla nozione “differenziata” di controllo viene, invece, espressamente effettuato dalla Legge n. 287 del 1990 in tema di tutela del mercato e della concorrenza (c.d. legge *antitrust*) che, nell'ambito della normativa sul divieto di intese restrittive della concorrenza e sull'abuso di posizione dominante, all'art. 7 estende il concetto, oltre a quanto riferito dall'art. 2359 c.c., anche ai casi in cui si sia “*in presenza di diritti, contratti o altri rapporti giuridici che*

---

<sup>59</sup> Per un approfondimento sul dibattito circa le problematiche sottese alla natura della responsabilità degli amministratori della controllante v. ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, Milano, 1979, p. 188 e ss.; BONELLI, *Imprese collegate (o di gruppo): la responsabilità di chi esercita la direzione unitaria*, in *Fall.*, 1984, p. 578 e ss.; PAVONE LA ROSA, *La responsabilità degli amministratori della controllante nella crisi del gruppo societario*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 793 e ss.; JAEGER, “*Direzione unitaria*” di gruppo e responsabilità degli amministratori, *ibidem*, 1985, p. 817 e ss.; BORGIOLI, “*Direzione unitaria*” e responsabilità nell'amministrazione straordinaria, *ibidem*, 1982, p. 29 e ss.; SCOGNAMIGLIO, *La responsabilità della società capogruppo: problemi ed orientamenti*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, p. 370 e ss.

<sup>60</sup> Così FOFFANI, *Le aggregazioni societarie di fronte al diritto penale*, cit., p. 132; sulla stessa scia PETRICCIONE, *Gruppi di società*, cit., p. 435. Ricostruisce, invece, la figura del controllo di cui alla lettera c) dell'art. 3 in termini di sostanziale omogeneità con la nozione di “direzione unitaria” SBISÀ, *Il gruppo di società nell'amministrazione delle grandi imprese in crisi (criteri di individuazione)*, in *Giur. comm.*, 1980, I, p. 274.

<sup>61</sup> La figura del gruppo viene richiamata per la prima volta in un testo normativo con la legge n. 216 del 1974 che, nell'atto di istituzione della CONSOB, quale organo di vigilanza sulla trasparenza delle società quotate in borsa, attribuisce a quest'ultima il potere di prescrivere a società o a enti quotati la redazione di bilanci consolidati “*di gruppo*”. Nonostante il riferimento esplicito alla formula del gruppo, il legislatore non azzarda, in tale contesto, alcuna definizione, né lo farà in seguito: neppure con la novella del 2003, infatti, intervenuta, da ultima, in modifica del diritto societario, si è pervenuti ad una nozione unitaria del modello del gruppo di imprese, o del gruppo di società. Il riconoscimento normativo della rilevanza del fenomeno emerge, però, in tutta la sua evidenza a fronte della introduzione, ad opera, appunto, del d.lgs. n. 6 del 2003, di un intero capo nel codice civile (capo IX del libro V) dedicato all' “*attività di direzione e coordinamento di società*” (artt. 2497 e ss. c.c.).

*conferiscono, da soli o congiuntamente, e tenuto conto delle circostanze di fatto e di diritto, la possibilità di esercitare un'influenza determinante sulle attività di un'impresa"*<sup>62</sup>.

Un elemento innovativo ed integrativo rispetto alla disciplina codicistica può rinvenirsi, peraltro, nel capoverso dell'art. 7 che riconosce la possibilità di acquisire il controllo anche alle persone fisiche, alle imprese, o ai gruppi di persone fisiche o di imprese, ed interrompe, così, la tradizionale impostazione tracciata dal legislatore del 1942 che focalizzava l'attenzione solo sulle relazioni tra singole società.

I provvedimenti legislativi indicati sembrano manifestare un'importante presa di coscienza da parte del legislatore rispetto al fenomeno del gruppo di società, ma tuttavia non contribuiscono in alcun modo a definirne il significato, né, di conseguenza, a ricostruirne una unitaria disciplina.

Una vera e propria svolta nell'ambito dell'evoluzione normativa delle aggregazioni societarie in generale, e dei gruppi di società in particolare, si avrà solo con la normativa settoriale dei *gruppi bancari*, prevista dal testo unico in materia bancaria e creditizia (D.lgs. n. 385 del 1993)<sup>63</sup>.

Oltre ad integrare ulteriormente la nozione di controllo rispetto a quella codicistica, il testo unico prende, infatti, espressamente posizione in ordine alla qualificazione del gruppo come categoria giuridica *direttamente rilevante*, sempre, però, ai fini dell'applicazione della disciplina specifica in esso contenuta. Così, in ordine alla sussistenza del controllo questa viene collegata, all'art. 23, oltre che alla titolarità di un pacchetto azionario che permetta di indirizzare la volontà assembleare, anche alla presenza di contratti o di clausole statutarie che abbiano per oggetto o per effetto il potere di esercitare "*l'attività di direzione e coordinamento*". Mediante il richiamo espresso a tale particolare potere di indirizzo, il decreto sembra confermare il *trend* già avviato dalle precedenti leggi speciali che hanno preso in considerazione la tematica, adottando una nozione di controllo in senso "sostanziale", non più legato al mero possesso di partecipazioni al capitale sociale, o riconnesso ad un calcolo quantitativo di tipo matematico, ma piuttosto riconducibile all'*effettivo* esercizio di un potere qualitativamente differenziato, la cui fonte può rinvenirsi anche nella volontà negoziale (espressa nella forma del contratto o della clausola

---

<sup>62</sup> In particolare, la disposizione specifica che tale "influenza determinante" può ottenersi mediante: a) diritti di proprietà o di godimento sulla totalità o su parti del patrimonio di un'impresa; b) diritti, contratti o altri rapporti giuridici che conferiscono un'influenza determinante sulla composizione, sulle deliberazioni o sulle decisioni degli organi di un'impresa.

<sup>63</sup> In argomento CAMPOBASSO, *Le partecipazioni delle banche e dei gruppi societari*, in *Banca borsa*, 1995, I, p. 281 e ss.; COSTI, *L'ordinamento bancario*, 4<sup>a</sup> ed., Bologna, 2007, *passim*; PENNINI, *Attività di direzione e poteri della capogruppo nei gruppi bancari*, Torino, 1997, *passim*; MINERVINI, *I poteri della capogruppo nei gruppi bancari plurifunzionali*, in *Banca borsa*, 1992, I, p. 461.



statutaria) dei soggetti coinvolti<sup>64</sup>. L'elemento innovativo ed originale del testo unico, infatti, consiste nel fissare dei criteri mediante i quali individuare le società che compongono il *gruppo bancario* da un lato, e la società *capogruppo* dall'altro, alla quale vengono riconosciuti espressamente specifici poteri di *direzione e coordinamento* rispetto alle attività esercitate dalle singole (artt. 60 e 61), che si risolvono in un potere di indirizzo unitario destinato ad incidere sulle decisioni imprenditoriali delle varie società componenti il gruppo bancario. Tali figure assumono nel testo unico autonoma rilevanza sia ai fini del sistema di vigilanza informativa e regolamentare su base consolidata (artt. 65-69), sia in riferimento alla specifica disciplina del gruppo in crisi (artt. 98-105).

Quindi, la direzione unitaria si manifesta, dunque, nel collegamento della direzione di tutte le imprese facenti parte del gruppo al fine di armonizzare le singole operazioni<sup>65</sup>.

#### **1.6. Attività di direzione e coordinamento: la valorizzazione della nuova disciplina civilistica dei gruppi (art. 2497 c.c.).**

Il gruppo di società prende vita da una complessa fattispecie negoziale inquadrabile nell'istituto del collegamento contrattuale, che viene ad instaurarsi per effetto di comportamenti meramente esecutivi e quindi per *facta concludentia*.

L'esercizio in concreto di un'attività di direzione e di coordinamento di società rappresenta, infatti, un "contatto sociale" idoneo a dare vita ad un contratto di fatto che, nella fattispecie, realizza un collegamento tra contratti sociali volto alla realizzazione di uno scopo pratico unitario e comune a tutte le società del gruppo, ossia l'interesse di gruppo<sup>66</sup>.

L'attività di direzione e di coordinamento, a sua volta, si presume esercitata dalla società o dall'ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci o, comunque, in ogni caso in cui sussista una relazione di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c.<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup> L'art. 23 del testo unico bancario, peraltro, specifica ed elenca una serie di indici la cui sussistenza può rilevare ai fini della ricostruzione del concetto di influenza dominante: questa si ritiene, infatti, presunta in capo al soggetto che, sulla base di accordi, abbia il diritto di *nominare o revocare la maggioranza degli amministratori o del consiglio di sorveglianza*; o che sia in possesso di partecipazioni idonee a *consentire la nomina o la revoca della maggioranza dei membri del consiglio di amministrazione o del consiglio di sorveglianza*. Ai fini della esistenza del controllo la norma richiama, inoltre, quei rapporti, anche tra soci, di natura finanziaria ed organizzativa, idonei a conseguire *la trasmissione degli utili e delle perdite, od il coordinamento della gestione per il perseguimento di uno scopo comune, o l'attribuzione di poteri maggiori rispetto a quelli che derivano dalle azioni o quote possedute, o ancora l'attribuzione a terzi di poteri nella scelta degli amministratori e dirigenti*.

<sup>65</sup> Per un maggiore approfondimento sulla nozione di direzione unitaria si veda D'AQUINO, *La nozione di direzione unitaria e la dipendenza economica di società*, in *Giur. Merito*, 2010, 11, p. 2748.

<sup>66</sup> Per un maggiore approfondimento sull'attività di direzione e di coordinamento si veda Trib. Milano, ordinanza 20.12.2013, caso Ligresti.

Tale presunzione, introdotta con l'art. 2497 *sexies* c.c., ha la funzione di agevolare la prova dell'esistenza del gruppo di società e, quindi, la prova della volontà di creare un collegamento tra società, in tutti i casi in cui tale volontà non sia espressa in modo esplicito, ma risulti dal comportamento concludente delle parti.

Tale norma viene in ausilio in tutti i casi in cui ci si trovi di fronte ad un c.d. rapporto contrattuale di fatto e, quindi, quando il perfezionamento della complessa fattispecie contrattuale suddetta sia desumibile da un comportamento socialmente rilevante quale appunto la direzione unitaria del gruppo<sup>68</sup>.

Si può, quindi, affermare che in tale norma il legislatore definisce quale sia il fatto "socialmente rilevante" idoneo a far sorgere il collegamento negoziale tra società: la redazione del bilancio consolidato o l'assunzione del controllo ex art. 2359 c.c..

Se l'attività di direzione e di coordinamento può considerarsi legittima e meritevole di tutela deve allora ammettersi che di tale strumento possono usufruirne tutte le imprese che intendano operare in una prospettiva di coordinamento e di reciproca limitazione della propria autonomia, anche senza ricorrere al meccanismo delle partecipazioni di controllo, in vista del raggiungimento di un fine unitario che sarebbe, da parte della piccola singola impresa, irraggiungibile ed irrealizzabile.

Soltanto con l'introduzione nel 2003 degli artt. 2497 e ss. c.c. il legislatore ha previsto una disciplina improntata a "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"<sup>69</sup>.

Il sistema normativo disciplina con l'art. 2497 c.c. un singolare profilo di responsabilità nei confronti della società o ente capogruppo sancendo poi uno speciale regime pubblicitario (art. 2497 bis).

L'art. 2497 c.c., che disciplina la responsabilità civile dell'amministratore in caso di operazioni *intercompany*, ha come punto di riferimento la coerenza dell'operazione patrimoniale posta in essere con i principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale e prevede una responsabilità autonoma derivante dall'abuso del potere di direzione e coordinamento.

Responsabile principale dell'abuso di eterodirezione è la società o l'ente capogruppo, cioè il soggetto che, tramite i propri amministratori, dovrebbe svolgere, nella logica della legge

---

<sup>68</sup> GIOVANNINI, *Le responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, Milano, 2007, p. 84 ss.

<sup>69</sup> IRACE, *Direzione e coordinamento di società*, in SANDULLI e SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, Torino, 2003, III, p. 314.

sull'amministrazione straordinaria, il ruolo di istigatore. Al contrario, la posizione degli amministratori della società etero diretta diviene quella di meri compartecipi ad un fatto altrui<sup>70</sup>. La sorte dell'eventuale responsabilità da concorso degli amministratori della dominata segue la responsabilità di chi ha abusato dei poteri di direzione e di coordinamento<sup>71</sup>.

Tanto il controllo quanto la direzione unitaria del gruppo sono, dunque, certamente legittimi.

Agli occhi degli interpreti le problematiche maggiori si presentano nell'ipotesi in cui, al contrario, l'esercizio delle predette società vengono esercitate in maniera abusiva e quindi in violazione dei *criteri di corretta gestione societaria ed imprenditoriale*, in base a quanto indicato dall'art. 2497 c.c..

Le perplessità sono sorte in relazione all'individuazione dei comportamenti idonei ad essere configurati come illegittimi in quanto l'art. 2359 c.c. nulla dice a riguardo, mentre l'art. 2497 c.c. individua un criterio generale lasciando poi agli operatori del diritto il compito non semplice di individuare, di volta in volta, le ipotesi che concretizzano l'abuso.

In una situazione di dipendenza la linea di confine che consente di distinguere un comportamento lecito da uno illecito è in realtà labile ed imprecisa. Può essere sufficiente, ad esempio, anche solo la parziale difformità di una clausola contrattuale rispetto agli *standards* generali dell'accordo per creare uno squilibrio tra le parti ed implementare la situazione di dominio o di dipendenza<sup>72</sup>.

La norma così qualifica la direzione unitaria come attività diretta a coordinare la politica economica e le strategie complessive delle società collegate, imprimendo una "identità o conformità di indirizzi operativi" ad una pluralità di soggetti formalmente distinti, di modo che il gruppo venga ad essere gestito come se fosse una sola impresa<sup>73</sup>.

In particolare, gli amministratori della controllata sono privi del potere di alta amministrazione e, talvolta, possono vedersi limitati anche nell'esercizio dell'amministrazione ordinaria; inoltre devono eseguire le direttive della capogruppo e collaborare con la stessa mantenendo una funzione di filtro qualora vengano imposte direttive non conformi ai criteri dettati dall'art. 2497

---

<sup>70</sup> Così si esprime GUIZZI, *Eterodirezione dell'attività sociale e responsabilità per mala gestio nel nuovo diritto dei gruppi*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, p.449.

<sup>71</sup> VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società fra fatto e contratto*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di ABADESSA, PORTALE, Torino, 2007, p. 851.

<sup>72</sup> ANGIOLINI, *Abuso di dipendenza economica ed eterodirezione contrattuale*, Milano, 2012, p.141.

<sup>73</sup> FAVA, *I gruppi di società e la responsabilità da direzione unitaria*, in *Società*, 2003, 9, p.1198.

c.c.; pertanto, gli stessi dovranno eseguire tutte le direttive lecite nel rispetto del dovere loro imposto dalla legge di amministrare diligentemente ed in conformità con l'interesse sociale<sup>74</sup>.

Poi bisogna individuare gli strumenti di tutela di cui dispone la società abusata e i soggetti terzi, entrati in contatto con la stessa.

L'art. 2497 c.c. dispone poi che le azioni attraverso le quali viene esercitata l'attività di direzione e coordinamento debbano essere poste essere *nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui*. E' stato osservato come il termine imprenditoriale non sia inteso dalla legge esclusivamente come lucrativo, ma volto ad individuare un'attività di impresa la quale è naturalmente esercitata con metodo economico finalizzato a perseguire il pareggio dei costi con i ricavi. Ai fini dell'applicazione della norma è poi sufficiente che la direzione unitaria sia condotta al fine di raggiungere l'interesse della capogruppo, secondo i criteri individuati dagli amministratori. Di conseguenza non vi sarà responsabilità quando l'interesse perseguito non sia identificabile con quello della capogruppo, ma con quello di altri soggetti alla stessa estranei, sebbene la holding potrà essere chiamata a rispondere degli eventuali danni qualora abbia curato gli interessi personali degli amministratori o dei soci<sup>75</sup>.

Le condizioni per esercitare la direzione e il coordinamento possono essere differenti.

Quella tipica è la detenzione di quote di partecipazione al capitale sociale tale da garantire diritti di voto in assemblea in misura sufficiente ad influenzare in modo notevole o dominante le politiche finanziarie e gestionali di un'entità. Sotto un profilo sostanziale il vero potere decisionale in un ente spetta a chi apporta le risorse principali e non sempre queste sono rappresentate esclusivamente dal capitale, specie quando la società, per raggiungere i propri obiettivi, ha bisogno di fattori non liberamente disponibili sul mercato e non facilmente acquisibili pur disponendo di denaro<sup>76</sup>.

I principi di correttezza dovranno avere ad oggetto la preventiva raccolta delle informazioni sul mercato prima di dare inizio a nuove operazioni; la valutazione dell'entità e della natura degli eventuali rischi, oltre poi alla possibilità di finanziamento ed al calcolo del rapporto tra rischi, costi e benefici presenti e futuri.

---

<sup>74</sup> TOMBARI, *Poteri e doveri dell'organo amministrativo di una s.p.a. "di gruppo" tra disciplina legale ed autonomia privata*, in *Riv. soc.*, 2009, 1, p. 132.

<sup>75</sup> BUSSOLETTI, LA MARCA, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, 1, p. 88.

<sup>76</sup> Esempolari sono le indicazioni fornite dal SIC 12, sub documento interpretativo dello standard setter internazionale (IASB), che guida i redattori del bilancio ed i revisori nella definizione dei confini del controllo aziendale in modo da individuare il perimetro di consolidamento. Il sub documento afferma come "controllo" possa esistere anche da parte di chi non possieda quota alcuna di partecipazione al capitale, ovvero non abbia apportato neanche in minima parte tale risorsa capitale. Nel 2011 è stato emanato un nuovo principio contabile internazionale (IRFS 10) che nell'individuare un concetto unitario di controllo ai fini del processo di consolidamento, lo identifica nel potere che un investitore ha nei confronti dell'entità su cui ha investito.

Quindi, nella disciplina dei gruppi una corretta amministrazione impone sempre l'individuazione, per ogni operazione, di un punto di equilibrio tra gli interessi della capogruppo e quelle delle controllate all'interno del quale vadano ad incontrarsi gli interessi di tutte le società etero dirette, quand'anche quantitativamente e qualitativamente differenti<sup>77</sup>.

Quindi, l'art. 2497 c.c. costituisce l'emersione, a livello normativo, del rilievo del principio di correttezza nei rapporti endoassociativi fra il socio di controllo e gli altri soci, quale fonte di obblighi di condotta correlati alla situazione concreta e di una conseguente responsabilità per inadempimento.

Come tale la norma determina un superamento dell'autonomia patrimoniale dei vari centri di imputazione<sup>78</sup> ed il venir meno dell'enfatizzazione del concetto di persona giuridica, di cui è conseguenza l'esclusiva responsabilità dell'ente per l'operato dei propri organi.

Dalla direzione unitaria possono discendere conseguenze negative proprio qualora venga esercitata in maniera non conforme ai principi del diritto societario da parte delle società o degli enti controllanti così da generare un pregiudizio lesivo degli interessi delle etero dirette.

Talvolta, l'ente capogruppo può condurre gli amministratori della controllata a compiere delle scelte gestorie pregiudizievoli per l'integrità patrimoniale. In pratica una decisione che può essere congrua o vantaggiosa per il gruppo inteso nel suo insieme e per alcune società dello stesso si può, al contrario, manifestare pregiudizievole nei confronti di altre. Anche se questa dovrebbe essere la finalità del gruppo, non sempre è agevole riuscire a conciliare l'interesse dell'uno con quello delle singole società che dello stesso fanno parte. Spesso i risultati a cui tende l'attività di direzione e coordinamento intesa complessivamente non coincidono con quella degli enti eterodiretti.

Prodromico ad ogni successiva valutazione, dunque, è comprendere fino a che punto le esigenze della gestione dell'impresa che si identifica con il gruppo possano consentire il sacrificio delle esigenze delle singole società di cui lo stesso è composto.

Secondo parte della dottrina le direttive dannose si possono distinguere in varie ipotesi.

In primo luogo bisogna tener presente il caso in cui la direttiva sia stata attuata in una società senza creditori. In questo caso la società etero diretta può essere gestita secondo i criteri corretti anche con un'attività esclusivamente in perdita (c.d. a saldo zero) purché non si verifichi una lesione all'integrità del patrimonio sociale. Nelle società con creditori, poi, si potrà anche porre

---

<sup>77</sup> SALAFIA, *La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate*, in *Società*, 2003, n.2 bis, p.390 ss.

<sup>78</sup> NIUTTA, *La novella del codice civile in materia societaria: luci ed ombre della nuova disciplina sui gruppi di società*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, p. 405.

in essere una direttiva dannosa ma solo “accidentalmente”, cioè “*ex post*”: in tal caso troveranno applicazione i limiti della discrezionalità nella gestione (se la direttiva non va a violare i principi di corretta etero gestione il danno non sarà imputabile alla holding). Al contrario l’attuazione di una direttiva “programmaticamente dannosa” andrà a collidere con una corretta attività di direzione e coordinamento<sup>79</sup>.

In realtà la legge non indica espressamente quali possano essere le fattispecie in cui si concretizza l’abuso limitandosi a prevedere la violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale.

Secondo il dettato dell’art. 2497 c.c. la responsabilità si basa sull’agire nell’interesse imprenditoriale proprio o altrui in difformità dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società controllate. Gli atti che contrastano con tali principi rendono “ingiustificata” la diminuzione patrimoniale che eventualmente ne consegua e sono fonte di responsabilità civile nei confronti dei soci.

Detta norma dettata per i casi di società soggette ad attività di coordinamento e di controllo è espressione di un principio generale, che ben si presta a governare, in via generale, il percorso di accertamento dei reati di bancarotta.

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”<sup>80</sup>.

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.

*“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*

---

<sup>79</sup> ANGIOLINI, *Abuso di dipendenza economica ed eterodirezione contrattuale*, Milano, 2012, p. 153 ss.

<sup>80</sup> Così, GALGANO, *Il regolamento di gruppo nei gruppi bancari*, in *BBTC*, 1/2005, p. 89.

*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 natura”<sup>81</sup>.*

In vista di quanto detto ed entrando nel fulcro del discorso penalistico, occorre ritenere che se il nucleo del disvalore oggettivo della bancarotta impropria patrimoniale risiede nell'ingiustificata diminuzione del patrimonio sociale realizzata dall'amministratore "che agisce contro la società" (e quindi i soci e i creditori), allora diviene inevitabilmente centrale il carattere di oggettiva antieconomicità dell'atto di gestione dell'amministratore. Antieconomicità che si sostanzia, appunto, nella violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale dettati dalla norma in esame.

E' prezioso, quindi il contributo che offre la disciplina della responsabilità civile dell'amministratore nelle transazioni intercompany, atteso che consente di specificare meglio il percorso analitico in esito al quale potrà formularsi il giudizio in ordine all'esistenza di una giustificata o ingiustificata diminuzione patrimoniale.

### **1.7. Dibattito sulla natura della responsabilità da direzione e coordinamento di società: tesi a confronto.**

Con l'introduzione degli artt. 2497 ss. c.c. il legislatore ha dettato una normativa con riferimento ai gruppi di imprese e all'esercizio del potere di direzione e coordinamento.

In effetti è stata prevista una specifica disciplina della responsabilità in capo alla società che esercita attività di direzione e coordinamento su altra società. Tale responsabilità si estrinseca sia verso i soci, per i danni da questi sofferti quale mancato aumento della redditività o di diminuzione di valore della partecipazione, sia verso i creditori della società, quando tale esercizio provochi l'insufficienza del patrimonio della società eterodiretta a garantire le ragioni creditorie.

Non è dubbio che se la *holding*, esercitando attività di direzione e coordinamento in modo illegittimo, ha prodotto danni al patrimonio della società controllata, trattandosi di soggetti giuridici distinti, tale situazione genera in capo alla prima, una responsabilità risarcitoria.

In relazione alla natura della responsabilità degli amministratori della società capogruppo e della medesima *holding* nei confronti dei soci di minoranza e dei creditori sociali delle società

---

<sup>81</sup> Così, Cass. Pen., Sez. V, 18.03.2005, n. 10688.

soggette a direzione unitaria, il dibattito è iniziato anche prima della riforma delle società di capitali<sup>82</sup>.

I termini del problema si presentavano, tuttavia, in modo diverso, dal momento che l'unico dato testuale a cui fare riferimento era costituito dalle norme in tema di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi: inizialmente l'art. 3, ultimo comma della L. 3 aprile 1979, n. 95; poi, nella nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, l'art. 90, D.Lgs. 8 luglio 1999, n. 270, concernenti, però, non la responsabilità della capogruppo, bensì la responsabilità degli amministratori di quest'ultima nei casi di direzione unitaria.

Partendo dall'analisi della posizione degli amministratori della società esercente la direzione unitaria, numerosi interpreti ritenevano che la responsabilità di questi ultimi (per aver indotto gli amministratori della controllata a compiere atti pregiudizievoli per la società da loro amministrata) avesse natura extracontrattuale e che tale responsabilità si estendesse, *ex art.* 2049 c.c., alla società capogruppo<sup>83</sup>.

Infatti, nel caso Autovox il Tribunale di Orvieto<sup>84</sup> aveva riconosciuto la responsabilità della controllante quale violazione del dovere del *neminem laedere* e quindi quale responsabilità extracontrattuale *ex art.* 2043 c.c..

Altri interpreti, invece, traendo spunto anche dalla nuova disciplina dei gruppi bancari, ritenevano che l'esercizio della direzione unitaria imponesse agli amministratori della capogruppo di perseguire l'interesse delle società controllate, dando luogo alla nascita di rapporti obbligatori, la cui violazione determinava una responsabilità contrattuale<sup>85</sup>.

---

<sup>82</sup> GIOVANNINI, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, Milano, 2007, p. 100 ss.

<sup>83</sup> Si veda JAEGER, *La responsabilità solidale degli amministratori della capogruppo*, in *Giur.comm.* 1981, I, p. 420 ss.; nonché *Direzione unitaria di gruppo e responsabilità degli amministratori*, in *Riv. soc.* 1985, p. 815 ss., spec. p. 827 ss. e 854 ss.; LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, Firenze, 1981, p. 200 ss.; BORGIOI, *Direzione unitaria e responsabilità nell'amministrazione straordinaria*, in *Riv. soc.*, 1982, p. 13 ss., spec. p. 33; GALGANO, *I gruppi di società*, in *Le società*, trattato diretto da F. Galgano, Torino, 2001, p. 134 ss. e 144 ss..

<sup>84</sup> Trib. Orvieto, 4 novembre 1987, in *Giur. it.* 1988, I, 2, p. 501 e in *Giur. comm.* 1989, II, p. 804 ss. e v. anche, con più ampia motivazione sul punto, Trib. Alba 25 gennaio 1995, *Sisvel c. Thomson Consumer Electronics SA*, in *Le società*, n. 8/1995, p. 1073 ss., spec. p. 1076, con *Commento* di SCHIANO di PEPE, p. 1077 ss.

<sup>85</sup> ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, Milano 1979, p. 188; ABBADESSA, *I gruppi di società nel diritto italiano*, in *I gruppi di società*, a cura di Pavone La Rosa, Bologna 1982, p. 144; SCOGNAMIGLIO, *La responsabilità della società capogruppo: problemi ed orientamenti*, in *Riv.dir.civ.*, 1988, p. 365 ss.; BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da Colombo e Portale, IV, Torino 1999, p. 409 ss.; LIBONATI, *La responsabilità nel gruppo*, in *Riv. dir. comm.* 1995, I, p. 592; GIOVANNINI, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, Milano, 2007, p. 109 ss.



In giurisprudenza, invece, la natura contrattuale della responsabilità da direzione unitaria era stata affermata, nei rapporti tra controllante e controllata, dal Tribunale di Milano<sup>86</sup>.

Con la riforma organica della disciplina delle società di capitali, il problema si sposta dal piano della elaborazione teorica dei principi del sistema a quello dell'interpretazione dell'art. 2497 c.c., che regola espressamente la questione.

Tuttavia, l'intervento del legislatore non ha inciso in maniera determinante sui termini del dibattito, che, sostanzialmente, vede nuovamente contrapposte le tesi della natura contrattuale<sup>87</sup> e quella della natura extracontrattuale<sup>88</sup> della responsabilità ex art. 2497 c.c.. Ci sono, altresì, anche soluzioni intermedie, che operano una distinzione tra l'azione promossa dai soci di minoranza (contrattuale) e quella promossa dai creditori sociali (extracontrattuale)<sup>89</sup>, o, comunque, soluzioni più articolate<sup>90</sup>.

---

<sup>86</sup> Trib. Milano 22 gennaio 2001, Fall. Zimo Explor c. Giacomini e altri, in *Il Fallimento*, 2001, p. 1143 ss., con nota di ZAMPERETTI, *La responsabilità di amministratori e capogruppo per "abuso di direzione unitaria"*, p. 1156 ss.

<sup>87</sup> ABRIANI, *Gruppi di società e criterio dei vantaggi compensativi nella riforma del diritto societario*, in *Giur.comm.* 2002, I, p. 613 ss.; CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Dir. soc.* 2003, p. 1243 ss., nonché *Direzione e coordinamento di società*, in *Società di capitali*, Commentario a cura di Niccolini e Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, p. 1865; PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, in *Riv. soc.* 2003, p. 770; SCOGNAMIGLIO, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, in AA.VV., *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, a cura di Scognamiglio, Milano, 2003, p. 189 ss.; COVELLI, *Direzione e coordinamento di società*, in *Codice commentato delle nuove società di capitali*, a cura di Bonfante, Corapi, Marziale, Rordorf, Salafia, 2004, p. 1201; IRACE, in *La riforma delle società*, Commentario del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, a cura di Sandulli e Santoro, III, Torino 2003, p. 319; RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture ed incertezze: una prima riflessione*, in *Società* 2003, p. 331 e ss.; SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.* 2003, I, p. 661 ss.; GIOVANNINI, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, Milano, 2007, p. 109 ss.

<sup>88</sup> GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, vol. XXIX, 1, terza ed., Padova 2006, p. 320 ss., nonché *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna 2005, p. 95 ss.; PANZANI, *L'azione di responsabilità ed il coinvolgimento del gruppo di imprese dopo la riforma*, in *Le Società*, 2002, 1477 ss.; BASSI, *La disciplina dei gruppi*, in *La riforma del diritto societario* a cura di Buonocore, Torino 2003, p. 199 ss.; CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori di società*, I, Milano 2003, p. 193 ss.; SALAFIA, *La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate*, in *Le società*, 2003, p. 390 ss.; SBISA', *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 591 ss.; PATTI, *Direzione e coordinamento di società: brevi spunti sulla responsabilità della capogruppo*, in *Nuova Giur. Civ. Comment.* 2003, II, p. 357; BIANCHI, *Gli amministratori di società di capitali*, Padova 2006, p. 536; MARCHISIO, *Note sulle azioni di responsabilità ex art. 2497 c.c.*, in *Riv.dir.comm.* 2008, II, p. 225 ss..

<sup>89</sup> RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Le Società*, 2004, p. 538 ss.; CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano 2006, p. 156.

<sup>90</sup> WEIGMANN, *Gruppi di società*, in *La riforma del diritto societario*, a cura del Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Milano 2003, p. 201 ss.; PATTI, in *La riforma del diritto societario*, a cura di Lo Cascio, Milano, 2003, *sub* art. 2497, p. 244 ss.; BADINI CONFALONIERI, in Badini Confalonieri-Ventura, *Direzione e coordinamento di società*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da Cottino, III, Bologna 2004, p. 2175; DAL SOGLIO, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, III, Padova 2005, *sub* art. 2497, p. 2337 ss.; MAZZAMUTO, *Questioni sparse al confine tra diritto comune e diritto societario*, in *questa rivista*, 2006, p. 1485 ss..

La giurisprudenza ambrosiana ha affermato che *“la responsabilità per violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale nell’attività di direzione e coordinamento di società ha carattere diretto e natura contrattuale, presupponendo un preesistente dovere di protezione avente contenuto definito posto a carico della società dirigente verso la società diretta ed i suoi soci”*<sup>91</sup>.

La natura contrattuale è ritenuta dalla dottrina autorevole una presa d’atto che l’esercizio dell’attività di direzione e coordinamento di società del gruppo non può essere considerato come *“un accidente esterno paragonabile ad un qualunque comportamento illecito di un terzo”*. A coloro i quali esercitano la direzione unitaria si chiederebbe ora *“lo stesso standard di comportamento degli amministratori e così lo stesso trattamento in chiave di responsabilità”*. Da qui la qualificazione della stessa in chiave di responsabilità contrattuale<sup>92</sup> da eterogestione della società controllata.

Il carattere contrattuale della responsabilità della *holding* nei confronti della società soggetta all’attività di gestione e coordinamento è stato oggetto, del resto, di recenti approdi dottrinari.

L’orientamento che giunge alla conclusione di una responsabilità contrattuale richiede un duplice passaggio argomentativo. In primo luogo occorre considerare l’influenza extrassembleare del socio sulle partecipate come oggetto di un potere di fatto legittimo, in quanto espressione di un modello organizzativo coerente con l’interesse del gruppo, meritevole di tutela secondo l’indirizzo manifestato dalla Cassazione e confermato dall’art. 2497 c.c.. Tale modulo organizzativo conferisce carattere organico al rapporto tra la capogruppo e le imprese aggregate con una conclusione sistematica per la quale l’influenza extrassembleare della holding comporta l’esercizio di una attività di gestione analoga a quella svolta dagli amministratori di fatto, anche se non coincidente con essa.

In secondo luogo si deve ritenere che meriti accoglimento l’indirizzo innovativo espresso dalla Corte di Cassazione, per il quale il concreto esercizio delle funzioni di amministrazione, pur in assenza di investitura, è idoneo a determinare la nascita delle obbligazioni che deriverebbero dal mandato come nella gestione di affari altrui (art. 2030 c.c.) ed è quindi idoneo a far sorgere gli obblighi tipici di situazioni giuridiche la cui violazione assume rilievo sul piano della responsabilità contrattuale (Cass., 6 marzo 1999, n. 1925; Cass., 27 febbraio 2002 n. 2906). Con

---

<sup>91</sup>Tribunale di Milano, Sez. VIII, 17 giugno 2011, in *Le Società*, 3/2012.

<sup>92</sup> ANGIOLINI, *Abuso di dipendenza economica ed etero direzione contrattuale*, Milano, 2012 p. 206.

la conseguenza che la responsabilità della *holding* è retta dall'onere della prova fissato dall'art. 1218 c.c. per l'inadempimento contrattuale <sup>93</sup>.

Il Tribunale di Napoli, un'ipotesi di azione esercitata dal curatore di un fallimento, con decreto del 28 maggio 2008 <sup>94</sup> ha dato atto dell'evoluzione del modo di intendere la responsabilità contrattuale, che, secondo i più recenti orientamenti, si configura non soltanto al cospetto d'inadempimento di un obbligo di prestazione derivante da contratto, ma anche in ogni altra ipotesi di inadempimento o di inesatto adempimento di un'obbligazione preesistente.

Uno spunto testuale nel senso della natura contrattuale della responsabilità è stato ravvisato nel “ricorso alla clausola generale di correttezza nella configurazione dell'elemento costitutivo della responsabilità” e nella rilevanza giuridica conferita all'interesse diretto dei soci e dei creditori sociali della società coordinata e diretta. In base a queste osservazioni, si è affermato che “il riconoscimento espresso di tali interessi e l'assoggettamento dell'operato della società o dell'ente esercente direzione e coordinamento al precetto di correttezza nella gestione societaria e imprenditoriale delle società controllate non lasciano margini di dubbio in ordine all'instaurarsi di un rapporto giuridico tra la società madre ed i soci e i creditori sociali delle società soggette a direzione e coordinamento” <sup>95</sup>.

E', tuttavia, pacifico che la disciplina della direzione e coordinamento di società presuppone che, nel modello organizzativo dell'impresa articolata in una pluralità di unità giuridicamente autonome, comunemente definito gruppo, sia fisiologico che la società o l'ente capogruppo eserciti attività di direzione unitaria e ne riconosce implicitamente la legittimità <sup>96</sup>.

Questa attività, però, deve essere esercitata nel rispetto dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale e, quindi, l'esercizio della direzione unitaria comporta per la capogruppo veri e propri obblighi di correttezza e di protezione, nel senso di bilanciamento degli interessi tra le singole società controllate e il gruppo del quale esse fanno parte.

E' obbligazione, infatti, non solo quella che ha ad oggetto specifiche prestazioni, ma anche quella che impone comportamenti finalizzati alla protezione e alla salvaguardia dell'altrui sfera giuridica. Le obbligazioni, d'altra parte, derivano non solo da contratto, ma “da ogni altro o fatto

---

<sup>93</sup> GAMBINO, *Su taluni problemi in tema di gruppi*, in *Giur. comm.*, 2012, p. 5.

<sup>94</sup> in *Foro it.* 2009, I, p. 1960 ss.

<sup>95</sup> MAZZAMUTO, *Questioni sparse al confine tra diritto comune e diritto societario*, in *Riv.dir.comm.*, 2006, p. 1491. Nello stesso senso, aderendo alle considerazioni di Mazzamuto, ABBADESSA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca, borsa, tit.credito* 2008, p. 279 ss..

<sup>96</sup> Si veda per tutti ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, Padova 2003, p. 140 ss.; TOMBARI, *Poteri e doveri dell'organo amministrativo di una s.p.a. “di gruppo” tra disciplina legale e autonomia privata*, in *Riv. soc.* 2009, p. 122 ss..

idoneo a produrle” (art. 1173 c.c.). Ne discende che la violazione degli obblighi di corretta gestione costituisce inadempimento ad obblighi di comportamento e implica, perciò, una responsabilità contrattuale<sup>97</sup>. Tuttavia la tesi contrattualista, d'altronde, non convince molti studiosi neppure nelle componenti della sua costruzione.

Gli argomenti rilevanti a favore della configurazione della responsabilità in oggetto come contrattuale sono relativi alla violazione di obblighi specifici di comportamento, la clausola generale di correttezza e l'interesse all'adempimento.

Parte dell'autorevole dottrina ritiene che la regola di comportamento, consistente nell'osservanza dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, dettata dalla norma in esame si costituisca come fonte di un obbligo e non come generico dovere di *neminem laedere* nella misura in cui questa “individualizzi” i termini della fattispecie, ponendo a carico di un soggetto (la holding) una prestazione specifica (la corretta gestione societaria e imprenditoriale) a vantaggio di una o più controparti determinate o determinabili (i soci di minoranza e i creditori della società etero diretta)<sup>98</sup>. Quindi, mentre la responsabilità extracontrattuale sanziona la violazione di norme di condotta che regolano la vita sociale e che impongono doveri di rispetto degli interessi altrui, la responsabilità contrattuale sorge dall'inadempimento di una obbligazione preesistente quale dovere specifico verso un soggetto determinato.

In questo senso il richiamo alla suddetta regola di condotta non può che confermare la natura contrattuale della responsabilità derivante dalla violazione dell'obbligo di diligenza professionale posto a carico degli amministratori della società che esercita la direzione e coordinamento<sup>99</sup>.

La suddetta funzione di individualizzazione della norma previene il rischio della duplicazione del risarcimento che altrimenti potrebbe essere preteso sia dalla controllata, sia dagli azionisti (di minoranza) e dai creditori della controllata. Se si legittimasse tale impostazione, infatti, si consentirebbe a questi di beneficiare di un duplice arricchimento: il primo, “immediato”,

---

<sup>97</sup> Si veda sui vari profili dell'argomentazione, RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Le Società*, 2004, p. 545; CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Dir. soc.* 2003, p. 1865; DI MAJO, *La responsabilità per l'attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, in *Giur. comm.*, I, p. 537 ss.; GIOVANNINI, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, Milano 2007, p. 110.

<sup>98</sup> FIMMANO', *Abuso di direzione e coordinamento e tutela dei creditori delle società abusate*, in *Riv. not.*, 2012, 2, p. 267 ss.: «La responsabilità del dominus non è una responsabilità da illecito, sorge viceversa per effetto della violazione di un dovere specifico derivante da un preesistente rapporto obbligatorio verso soggetti determinati e non dal generico dovere del *neminem laedere* verso qualsiasi soggetto dell'ordinamento»

<sup>99</sup> BENEDETTI, *La responsabilità “aggiuntiva” ex art. 2497, 28 co., c.c.*, in *Quad. giur. comm.*, 2012, p.9.

derivante dalla reintegrazione della sfera patrimoniale dei soci e dei creditori, il secondo, “mediato”, conseguente alla ripatrimonializzazione della società controllata<sup>100</sup>.

Con riguardo alla clausola generale di correttezza il rinvio esplicito che l’art. 2497 c.c. rivolge non può che considerarsi un ulteriore indice a favore della tesi contrattualistica. E’ infatti nell’essenza stessa dei rapporti tra soci e nella dimensione “cooperativa” dei rapporti obbligatori che trova applicazione il principio generale di esecuzione del contratto secondo buona fede (art. 1375 c.c.), la cui funzione regolatrice diventa ancora più pregnante allorquando si riferisca allo svolgimento dell’attività di direzione e coordinamento che rappresenta, per l’appunto, un momento di esecuzione del contratto sociale<sup>101</sup>.

Considerato che nella maggior parte dei casi chi esercita l’attività di direzione e coordinamento pregiudizievole e’ il socio di maggioranza, la violazione delle regole di correttezza nella gestione societaria e imprenditoriale infrange il contratto sociale con i consoci (e in particolare con quelli di minoranza) determinando pertanto una responsabilità ex art. 2497 c.c. di tipo contrattuale. Nelle altre ipotesi di eterodirezione si ritiene che tale principio possa ugualmente funzionare: in questi casi sarà il socio, non di maggioranza, che esercita la direzione e coordinamento - disponendo di voti sufficienti per esercitare un’influenza dominante nell’assemblea ordinaria ovvero in forza di particolari vincoli contrattuali - a poter essere ritenuto (contrattualmente) responsabile ex art. 2497 c.c. per violazione del contratto sociale che comunque lega i soci e dunque degli obblighi di esecuzione del contratto secondo buona fede<sup>102</sup>.

Circa l’interesse all’adempimento, quale ulteriore indice che milita a favore della tesi contrattuale, è inteso come l’interesse dei soci di minoranza alla redditività e alla valorizzazione della partecipazione sociale e l’interesse dei creditori all’integrità del patrimonio. Detti interessi assumono la natura di “aspettativa” all’adempimento di un determinato comportamento di terzi, ovvero che l’attività della capogruppo sia conforme a principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale.

Invece, a favore della natura extracontrattuale si è posta la dottrina che ha ritenuto che gli amministratori della società controllante, autori dell’abuso, sarebbero investiti di una vera e

---

<sup>100</sup> NEGRI CLEMENTI, FEDERICI, *La natura della responsabilità della capogruppo e la tutela del socio di minoranza*, in *Le Società*, 2013, p. 523 ss.

<sup>101</sup> GIOVANNINI, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, in *Quad. giur. comm.*, Milano, 2007, p. 117; ABBADESSA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 2008, p. 291.

<sup>102</sup> NEGRI CLEMENTI, FEDERICI, *La natura della responsabilità della capogruppo e la tutela del socio di minoranza*, in *Le Società*, 2013, p. 524.

propria responsabilità aquiliana nei confronti della società controllata<sup>103</sup>. Tale responsabilità sarebbe poi direttamente estensibile alla controllante stessa in forza del rapporto organico, che consente di imputare alla persona giuridica il fatto illecito del suo organo, o sulla base dell'art. 2049 c.c. che rende il preponente responsabile del fatto illecito commesso dai suoi preposti.

Secondo tale tesi se anche non vi fosse una responsabilità diretta vi sarebbe comunque una responsabilità, che si aggiunge in via solidale alla responsabilità della capogruppo, in capo agli amministratori di quest'ultima che hanno preso parte al fatto lesivo<sup>104</sup>.

D'altra parte è stato ritenuto che il fatto che la società controllata non sia legittimata a far valere la responsabilità della capogruppo valga ad escludere la natura contrattuale della responsabilità in oggetto, posto che a soci e creditori della controllata sarebbe riconosciuto non già un diritto all'adempimento di un obbligo di corretta gestione, bensì soltanto un diritto al risarcimento di un danno da illecito<sup>105</sup>. Altri autori, considerando che la norma legittima ad agire i soci e i creditori della società assoggettata a direzione e coordinamento, sull'assunto che i creditori non hanno alcun rapporto con la società o con l'ente che esercita la suddetta attività, deducono argomenti a favore della natura extracontrattuale<sup>106</sup>.

La giurisprudenza di merito ha fornito un'unanime orientamento sulla natura extracontrattuale della responsabilità ex art. 2497 c.c..

Sul punto, il Tribunale di Roma, con ordinanza 13/17 luglio 2007<sup>107</sup> relativa a un ricorso per misure cautelari, senza entrare nel merito del dibattito sulla qualificazione della fattispecie, afferma che l'art. 2497 c.c. ricalca lo schema della responsabilità da fatto illecito di cui all'art. 2043 c.c., prevedendo come fatto colposo la violazione dei principi di corretta gestione sociale e imprenditoriale ed identificando il danno ingiusto, cagionato rispettivamente ai soci o ai creditori sociali, per i primi nella lesione alla redditività ed al valore della partecipazione sociale e, per i secondi, nella lesione all'integrità del patrimonio sociale che costituisce la garanzia del loro credito.

---

<sup>103</sup> GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, in Galgano (a cura di), *Commentario Scialoja - Branca*, 2005, p. 102 ss.

<sup>104</sup> PANZANI, *L'azione di responsabilità ed il coinvolgimento del gruppo di imprese dopo la riforma*, in *Le Società*, 2002, p. 1477 ss. Per l'Autore la circostanza per cui alla responsabilità di chi esercita l'attività di direzione e coordinamento si aggiunge in via solidale la responsabilità di chi abbia preso parte al fatto lesivo costituisce «un serio argomento a favore della tesi della natura aquiliana della responsabilità».

<sup>105</sup> MAGGIOLO, *L'azione di danno contro la società o ente capogruppo*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p.191 ss.

<sup>106</sup> ALPA, *La responsabilità per la direzione e il coordinamento di società. Note esegetiche sull'art. 2497 cod. civ.*, in *Nuova giur. civ.*, 2004, 6, p. 659.

<sup>107</sup> in *Riv.dir.comm.* 2008, II, p. 211 ss.

Quanto alle conseguenze di tale qualificazione, il Tribunale rileva che la disciplina della responsabilità di cui all'art. 2497 c.c. impone che, vertendosi in ipotesi di responsabilità di stampo aquiliano, si provi: a) l'attività di direzione e di coordinamento esercitata in violazione dei principi di corretta gestione imprenditoriale; b) l'esistenza di direttive effettivamente impartite dalla società che esercita la direzione; c) che l'esecuzione delle direttive abbia cagionato un danno; d) il nesso causale tra l'attività di direzione e coordinamento della *holding* ed il danno che deve tener conto della natura degli interessi protetti che sono aspettative di diritto e non diritti soggettivi perfetti.

Il medesimo Tribunale afferma poi che non può assurgere al ruolo di responsabile la società eterodiretta che dunque non ha legittimazione passiva essendo una mera esecutrice materiale della direttiva ricevuta.

In sede di reclamo contro il provvedimento del giudice designato, questo punto è stato riesaminato dal Tribunale di Roma 27 agosto/13 settembre 2007 <sup>108</sup>, che, invece, ha ritenuto sussistente la legittimazione passiva della società coordinata e diretta, condividendo l'orientamento interpretativo secondo il quale l'assoggettamento di una società alla direzione e coordinamento di un'altra società, ovvero di un ente non modifica e non attenua il dovere generale degli amministratori della società controllata di agire nell'interesse preminente della società amministrata e quindi anche dei soci, secondo i principi di trasparenza e corretta gestione societaria, non potendo essi addurre a propria discolta il fatto di essersi limitati a prestare obbedienza alle direttive della società o dell'ente che esercita l'attività di direzione e controllo. Con riferimento alla responsabilità da direzione e coordinamento, il Tribunale di Napoli esclude che la violazione del dovere di corretta gestione da parte dell'*holder* integri responsabilità contrattuale con riguardo ai creditori dell'impresa eterodiretta sia pure nell'ampia accezione fornita da dottrina e giurisprudenza.

Anche nella nuova disciplina introdotta dalla riforma del diritto societario, l'art. 2497 c.c. configura il dovere di corretta gestione dell'*holder* nei confronti delle società controllate.

In relazione ai creditori delle controllate le società o gli enti che abusino dell'attività di direzione e coordinamento rispondono della "lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società", ossia all'aspettativa di prestazione dei creditori sociali. Ciò che l'*holder* cagiona, determinando la lesione dell'integrità del patrimonio sociale, è il pregiudizio della garanzia patrimoniale dei creditori sociali, che corrisponde alla nozione di danno ingiusto assunta dall'art. 2043 c.c.

---

<sup>108</sup> in *Riv.dir.comm.*, 2008, II, p. 212 e 222 ss.

La lesione dell'aspettativa di prestazione è annoverata nella più generale figura della lesione del credito, che ricorre non soltanto quando il fatto doloso o colposo altrui abbia determinato l'estinzione del credito, ma anche quando l'aspettativa del creditore sia vulnerata, pur non venendo definitivamente meno la possibilità per il debitore di esigere nel futuro le proprie prestazioni.

Secondo alcuni autorevoli autori i dati testuali sembrano convergere nella configurazione di una ipotesi di responsabilità extracontrattuale. L'art. 2497, primo comma, c.c., nel definire la fattispecie, segue lo schema degli elementi costitutivi della responsabilità extracontrattuale, individuando la condotta illecita nell'atto compiuto in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale; il "danno ingiusto" nel pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale (per i soci) e nella lesione dell'integrità del patrimonio della società (per i creditori sociali); e usando, per fare riferimento al nesso causale, lo stesso verbo ("cagionare") impiegato nell'art. 2043 c.c.. Il secondo comma dell'art. 2497 c.c. definisce la condotta generatrice di responsabilità come "*fatto lesivo*", utilizzando la terminologia tipica dell'illecito extracontrattuale<sup>109</sup>.

La previsione di una serie indeterminata di potenziali responsabili, ritenuti tali per aver "*preso parte al fatto lesivo*" è tipica di una fattispecie di concorso nel compimento di un fatto illecito<sup>110</sup>, mentre essa non appare conciliabile con l'ipotesi dell' "inadempimento di uno specifico obbligo giuridico già preesistente e volontariamente assunto nei confronti di un determinato soggetto (o di una determinata cerchia di soggetti)"<sup>111</sup>.

Rispetto all'impresa articolata secondo lo schema organizzativo del gruppo, i soci esterni rivestono il ruolo di terzi, la cui tutela si pone sul piano della tecnica risarcitoria extracontrattuale, come sempre accade quando vengono regolate dinamicamente attività consentite per la loro utilità sociale, ma che sono fonte di responsabilità quando il pregiudizio arrecato a terzi dal loro svolgimento non appare giustificato in base a una valutazione comparativa degli interessi in gioco.

La logica della disciplina della direzione unitaria è quella di consentire, perché ritenuta socialmente utile, la strategia globale di gruppo, che può comportare scelte contrastanti con la massimizzazione dei risultati economici della singola società. Ma quando ciò viola i principi di

---

<sup>109</sup> SBISA 'Sulla natura della responsabilità da direzione e coordinamento di società, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 591 ss.;

<sup>110</sup> BADINI CONFALONIERI, in A.Badini Confalonieri-R. Ventura, *Direzione e coordinamento di società*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. Cottino, III, Zanichelli, Bologna 2004, p. 2175.

<sup>111</sup> Cass., sez. un. civ., 26 giugno 2007, n. 14712, punto 4.4.1. della motivazione, in *Foro it.* 2008, a coll. 2976/77.



corretta gestione, in relazione non a singoli atti, ma all'attività complessivamente considerata, pregiudicando gli interessi dei soci esterni e dei creditori della singola società - terzi rispetto al gruppo nella sua dimensione unitaria di impresa organica -, opera il rimedio dell'azione risarcitoria.

La formulazione dell'art. 2497 c.c., la sua *ratio* e i criteri di distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale convergono, dunque, nel senso di far ritenere, secondo l'orientamento dominante, che la responsabilità ex art. 2497, primo comma, c.c. abbia natura extracontrattuale<sup>112</sup>.

Secondo tale tesi la violazione dei principi di corretta gestione si risolverebbe pertanto nell'uso illegittimo, e dunque nell'abuso di un potere e non nell'inadempimento di un obbligo<sup>113</sup>.

In via definitiva, si può affermare che la responsabilità contrattuale, quindi, postula l'inadempimento o l'inesatto adempimento di uno specifico obbligo preesistente e volontariamente assunto nei confronti di un determinato soggetto o di una determinata cerchia di soggetti. La responsabilità extracontrattuale, invece, deriva dalla violazione del dovere primario di non ledere ingiustamente la sfera di interessi altrui<sup>114</sup>.

Rilevanti sono le conseguenze dell'adozione di una tesi piuttosto che dell'altra. In materia di onere della prova si evidenzia, ad esempio, che qualificando la responsabilità in oggetto come contrattuale l'onere dell'attore si esaurisce nell'allegazione e nella prova dei fatti costitutivi; l'attore dovrà quindi dimostrare la fonte dell'obbligo (i.e. la direzione unitaria) e il danno, gravando la prova contraria sull'obbligato. Nella specie, quest'ultimo dovrà dunque provare che non sussiste inadempimento in quanto l'operazione posta in essere risponde ai canoni di corretta gestione societaria e imprenditoriale ne' emerge un danno per il ricorrere di vantaggi compensativi. Qualora invece si dovesse qualificare l'istituto in termini di responsabilità extracontrattuale, l'attore dovrebbe dimostrare anche l'esistenza di specifici atti di ingerenza abusiva nella gestione della società eterodiretta e che tali atti specifici abbiano determinato, nel rispetto dei principi in materia di nesso eziologico, i danni lamentati dallo stesso. L'eventuale qualificazione nella categoria di responsabilità aquiliana porrebbe inoltre sull'attore l'onere di provare la connotazione soggettiva (dolo o colpa) in capo alla società holding.

---

<sup>112</sup> SBISA' *Sulla natura della responsabilità da direzione e coordinamento di società*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 591 ss.;

<sup>113</sup> SBISA', *Commento ai commi 1 e 2 dell'art. 2497 c.c.*, in Sbisa' (a cura di), *Direzione e coordinamento di società*, in Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Milano, 2012, p. 94 ss.

<sup>114</sup> Si veda la ricostruzione della distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale contenuta in Cass., sez. un., 26 giugno 2007, n. 14712, *Foro it.*, 2008, I, 2968.

In ultimo, con la sentenza n. 12254 del 2015 la Corte di Cassazione, propendendo per le tesi extracontrattuali, afferma che *“la società che ha abusato dell’eterodirezione è responsabile verso i creditori della società che l’ha subita per la lesione cagionata all’integrità del patrimonio di quest’ultima, cioè una responsabilità per danni”*.

### **1.8.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 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, e 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.

Ai fini penali il legislatore ha subordinato il perseguimento dell'interesse di gruppo al 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.

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”*<sup>115</sup>.

---

<sup>115</sup> 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».

Con la previsione di questa causa di esclusione della responsabilità penale il legislatore, consapevole del fatto che il gruppo di società può presentarsi in forma ambivalente come elemento di frode o di giustificazione, ha creato uno spazio di liceità delle operazioni infragruppo, escludendo 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.

Si perviene, quindi, a riconoscere l'irrelevanza penale degli atti dispositivi apparentemente pregiudizievoli per la singola monade che abbiano superato con esito positivo la prova dei vantaggi compensativi.

In tal modo il legislatore 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 è di tipo quantitativo e proporzionale, atteso che consente di considerare anche i vantaggi futuri idonei a compensare il pregiudizio nell'immediato subito dalla società controllata.

Il limite entro cui la società capogruppo può svolgere l'attività di direzione unitaria 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 nell'ambito civile e penale ha, quindi, creato un impianto normativo capace di tutelare sia l'interesse del gruppo di imprese sia gli interessi dei soci e dei creditori delle singole società controllate, e ha fissato le condizioni, in presenza delle quali, l'interesse unitario del gruppo può essere perseguito anche in pregiudizio alle singole società controllate.

L'impianto normativo predisposto, quindi, appare funzionale alla esigenza di contemperare adeguatamente l'interesse di gruppo con gli interessi che gravitano attorno alle singole società

---

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.

controllate e all'esigenza di garantire il rispetto dei principi di sana e corretta gestione societaria ed imprenditoriale.

La violazione dei riferiti principi è fonte di responsabilità civile e penale allorché nella valutazione dell'attività complessivamente posta in essere dalla *holding* i vantaggi che derivano dalla appartenenza al gruppo e le eventuali operazioni reintegratorie poste in essere siano incapaci di compensare il pregiudizio subito dalla eterodiretta.

### **1.9. Il gruppo nell'esperienza penalistica.**

L'organizzazione dell'impresa mediante un gruppo societario, infatti, oltre a determinare una serie di conseguenze in ambito economico, e ad influire sui rapporti giuridici interni tra le varie componenti, può incidere, altresì, sulla liceità penale di determinate operazioni realizzate dagli amministratori o, a seconda dei casi, da altri soggetti che rivestano particolari qualifiche e funzioni all'interno della *holding* o della singola società figlia<sup>116</sup>.

Può accadere, infatti, che siffatte condotte assumano rilevanza penale per il sol fatto di essere state realizzate nell'ambito di un gruppo, e rimangano, al contrario, indifferenti all'ordinamento qualora, invece, vengano poste in essere nel contesto dell'impresa che opera singolarmente. La medesima appartenenza al gruppo potrebbe, altresì, incidere nel senso opposto di una restrizione della responsabilità del soggetto qualificato, il cui operato verrebbe giustificato o soggettivamente scusato o, comunque, non punito proprio in virtù della sussistenza dell'aggregazione societaria<sup>117</sup>.

A fronte di tale attitudine "estensiva" o "restrittiva" rispetto alla possibilità di applicare la sanzione penale, ed in ossequio ai principi fondamentali di tassatività, determinatezza e frammentarietà che caratterizzano il sistema punitivo del nostro ordinamento, emerge con maggior evidenza l'importanza di una ricostruzione, quanto più possibile certa e definita, della nozione di gruppo societario.

Nonostante l'assenza di una disciplina organica dei gruppi, che incida sul fenomeno regolandone tutti i diversi profili di rilevanza, quindi, anche penale e fallimentare, il legislatore

---

<sup>116</sup> Lo rilevano GIARDA E.M.-GIARDA M.G., *I gruppi di società*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di GIARDA-SEMINARA, Padova, 2002, p. 118-119.

<sup>117</sup> Sulla duplicità degli ambiti di rilevanza del gruppo in materia penale 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. 1033; FLICK, *Gruppi e monopolio nelle nuove prospettive del diritto penale*, in *Riv. soc.*, 1988, p. 479 e ss.; MILITELLO, *Attività del gruppo e comportamenti illeciti: il gruppo come fattore criminogeno*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, p. 368; PEDRAZZI, *Dal diritto penale delle società al diritto penale dei gruppi: un difficile percorso*, in *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, vol. III, Milano, 2003, p. 821; BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e sanzioni penali*, Milano, 2006, p. 136.

non sembra essere rimasto indifferente rispetto alle potenzialità criminose collegate alla struttura del gruppo.

In particolare, proprio sulla base della appurata complessità della struttura con cui il gruppo opera nella realtà economica ed alla connessa oggettiva difficoltà dell'osservatore esterno di ricostruire i legami e gli intrecci tra le diverse situazioni patrimoniali e gestionali delle singole componenti, si è parlato in dottrina della valenza del gruppo come “fattore di oscuramento” delle vicende societarie che al suo interno si susseguono<sup>118</sup>.

Il riconoscimento normativo di tale attitudine “criminale” può facilmente riscontrarsi in quei testi legislativi che, in diverse forme e con diversa intensità, mirano a preservare l'interesse alla *trasparenza* come entità rilevante in sé, ma anche come bene strumentale rispetto alla tutela di altri interessi protetti.

Oggi, il D.Lgs. n. 61 del 2002 richiama espressamente gli artt. 2621 e 2622 c.c. in relazione alla rilevanza penale dell'alterazione della situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società o del “*gruppo al quale essa appartiene*”<sup>119</sup>.

La rilevanza del gruppo rispetto al possibile intervento della sanzione penale non si esaurisce nella mera idoneità lesiva rispetto alla trasparenza delle operazioni realizzate nell'ambito societario, o alla corretta circolazione delle informazioni all'interno ed all'esterno del gruppo stesso, o ancora all'equilibrio dei rapporti di potere tra gli amministratori della *holding* e quelli delle singole aggregate, che influiscono inevitabilmente sugli interessi dei soci di minoranza e dei creditori: la già citata ambivalenza delle concentrazioni societarie in materia penale, infatti, fa sì che queste possano essere utilizzate come possibili contesti o strumenti di frode, o possano al contrario valere come fattori di giustificazione di condotte apparentemente contrarie alla legge. Tale attitudine trova la sua conferma in materia di *conflitto di interessi* o, più in generale, di *gestione abusiva* da parte dell'amministratore di società, situazione rispetto alla quale, prima

---

<sup>118</sup> L'espressione è di MILITELLO, *Attività del gruppo e comportamenti illeciti: il gruppo come fattore criminogeno*, in *Riv. it. dir.proc.pe.*, 1998, p. 380.

<sup>119</sup> Accanto alle classiche operazioni di falsificazione dei bilanci societari la prassi ha evidenziato come il modello del gruppo societario costituisca terreno fertile rispetto alla realizzazione di ulteriori forme di illecito, mediante la costituzione di fondi neri o riserve occulte, rilevanti per lo più come strumenti di frode fiscale. Si pensi, in particolare, al modello della *triangolazione chiusa* o delle *costruzioni societarie*, che permette alla società controllante di muovere capitali, o comunque di trasferire somme e di riottenerne la disponibilità senza che del trasferimento appaia alcuna traccia nei documenti contabili (il soggetto A trasferisce valori al soggetto B, che li trasferisce al soggetto C, che a sua volta è collegato direttamente o indirettamente ad A); oppure di realizzare operazioni commerciali o finanziarie con l'unico scopo di creare fondi extracontabili (il soggetto A costituisce o acquista la partecipazione totalitaria o il controllo del soggetto B che fa lo stesso col soggetto C sino ad arrivare al soggetto X, collegato con A, con sede sociale in territorio fiscalmente protetto, il quale denuncia perdite fittizie e alloca il controvalore attivo delle stesse presso conti esteri nella disponibilità diretta o indiretta di A). Gli esempi sono tratti da IACOVIELLO, *La responsabilità degli amministratori nella formazione di fondi occulti*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 3562-3563

della riforma del diritto penale societario del 2002, venivano all'evidenza le fattispecie di cui all'art. 2631 c.c. (ora abrogato) e 646 c.p. sull'appropriazione indebita.

Prima della riforma del diritto penale societario ad opera del D.Lgs. n. 61 del 2002, le ipotesi di abuso della posizione gestoria venivano ricondotte sotto l'alveo del vecchio art. 2631 c.c., che sanzionava con una pena pecuniaria l'amministratore il quale "*avendo in una determinata operazione per conto proprio o di terzi un interesse in conflitto con quello della società*", non si asteneva dal "*partecipare alla deliberazione del consiglio o del comitato esecutivo relativa all'operazione stessa*"; era prevista, inoltre, nel capoverso successivo, l'applicazione, oltre alla multa, della pena detentiva fino a tre anni nell'ipotesi in cui "*dalla deliberazione o dalla operazione fosse derivato pregiudizio alla società*".

L'art. 2631 c.c. rappresentava la sola disposizione diretta a predisporre una tutela penale di carattere generale al dovere di fedeltà degli amministratori, ma la sua lettura "formalistica"<sup>120</sup>, che riconduceva il disvalore del fatto alla mera partecipazione (*rectius*: alla mancata astensione) dell'amministratore in conflitto di interessi alla deliberazione consiliare o del comitato

---

<sup>120</sup> Sulla lettura in senso "formalistico" o in senso "sostanzialistico" dell'abrogato art. 2631 c.c. la dottrina penalistica italiana si presentava divisa. Il dibattito nasceva dalle differenti espressioni che il codice civile, prima della riforma del 2002 sul versante penalistico, e del 2003 su quello commercialistico, utilizzava per regolare le conseguenze civili e penali della *partecipazione* dell'amministratore alla deliberazione consiliare relativa ad una operazione rispetto alla quale egli versasse in conflitto di interessi con la società. Mentre, infatti, l'art. 2391 c.c. poneva, rispetto all'amministratore in conflitto, un obbligo di astensione dalla partecipazione alla delibera, e subordinava l'annullamento della delibera stessa, presa in violazione di tale obbligo, e *grazie al voto dato dall'amministratore su cui tale obbligo gravava*, al pericolo che questa potesse arrecare un danno alla società, l'art. 2631 c.c., ricollegava la sanzione penale alla mera mancata astensione dalla "*partecipazione alla deliberazione*", senza specificare se fosse necessario o meno che l'amministratore in conflitto avesse votato a favore o contro la emanazione della delibera, e prevedendo altresì una aggravante nell'ipotesi in cui la sua adozione avesse arrecato un pregiudizio alla società. Secondo l'orientamento "formalistico", il fatto che la norma penale (al contrario di quella civile) non facesse alcun accenno al contenuto del voto dell'amministratore in conflitto, né alla necessità di un pericolo effettivo all'interesse sociale legato all'adozione della delibera, ma subordinasse la sanzione al solo fatto dell'amministratore di aver partecipato alla stessa, farebbe intendere che il legislatore abbia voluto reprimere una violazione meramente formale, ovvero la *mancata astensione*, a prescindere dal contenuto del voto espresso dall'amministratore (se, cioè, espresso in modo conforme o meno all'interesse sociale). In questo senso si esprimevano BETTIOL, *Conflitto d'interessi e deliberazione collegiale nell'ambito delle società di capitali e cooperative* (art. 2631 c.c.), in *Giur. merito*, 1971, p. 44 e ss.; CONTI, *Responsabilità penali degli amministratori e politiche di gruppo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, p. 433; STELLA, *Profili penalistici del conflitto di interessi degli amministratori di società commerciali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p. 939; ZUCALÀ, *Dei delitti di infedeltà degli organi verso la società: problemi attuali*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1988, p. 165 e ss.; FOFANI, *Le fattispecie di infedeltà patrimoniale degli organi sociali: conflitto di interessi ed illeciti rapporti patrimoniali*, in *Diritto penale commerciale*, vol. II, *I reati societari e la tutela penale del mercato mobiliare*, a cura di MAZZACUVA, Torino, 1990, p. 203.

In senso contrario, i sostenitori dell'orientamento sostanzialistico facevano perno sulla necessaria "effettività" della situazione di conflitto, ovvero sulla concretezza del contrasto tra l'interesse dell'amministratore e quello della società, tale per cui la responsabilità penale sarebbe collegata non già alla mera dazione del voto, ma alla dazione di un voto che favorisse l'interesse conflittuale con quello della società. In tal modo si amalgamerebbe in maniera uniforme la disciplina civile con quella penale, valorizzando, così, la funzione meramente sanzionatoria dell'art. 2631 c.c. rispetto all'art. 2391 c.c.. Così, ROMANO M., *Profili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di società per azioni*, Milano, 1967, p. 150 e ss.; PEDRAZZI, *Dal diritto penale delle società al diritto penale dei gruppi: un difficile percorso*, in PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, vol. III, Milano, 2003, p. 830 e ss.

esecutivo, a prescindere dalla effettiva potenzialità dannosa della delibera stessa rispetto all'interesse della società, si mostrava assolutamente inadeguata rispetto al giudizio di legittimità delle operazioni poste in essere nell'ambito del gruppo societario, all'interno del quale possono *fisiologicamente* convergere interessi diversi e contrapposti<sup>121</sup>.

In altri termini, l'art. 2631 c.c. non teneva in considerazione l'aspetto peculiare tipico del fenomeno del gruppo di società tale per cui, in virtù del "controllo" (di fatto o di diritto, interno o esterno), ovvero della esistenza di una "direzione unitaria" facenti capo alla *holding*, la posizione della *persona fisica* dell'amministratore in conflitto passava in realtà in secondo piano, a fronte di un conflitto "istituzionale" che si instaurava fra *società* (appunto, tra la controllante e la controllata, o tra le diverse società "sorelle"). In tal senso, in virtù della fisionomia evidentemente "individualistica" del vecchio art. 2631 c.c., finalizzata alla prevenzione ovvero alla repressione di condotte "sporadiche" poste in essere dal singolo amministratore persona fisica, si è detto che la disciplina penale del conflitto di interessi peccasse "per difetto"<sup>122</sup>, soprattutto in relazione alla c.d. dimensione *patologica* del gruppo, la quale viene in considerazione allorquando il modello di aggregazione societaria sia utilizzato quale strumento di frode, per favorire o celare operazioni illecite, depauperative dei patrimoni dei singoli enti, e dannose per i soci di minoranza e per i creditori<sup>123</sup>.

La normativa penale sul conflitto di interessi, applicata alla materia dei gruppi di società presentava, però, e questo è l'aspetto che in questa sede maggiormente interessa, caratteri di

---

<sup>121</sup> Tra gli studiosi del diritto commerciale che sottolineano tale aspetto v. D'ALESSANDRO, *Il diritto delle società da "i battelli del Reno" alle "navi vichinghe"*, in *Foro. It.*, 1988, V, 48 e ss.; ID., *La nuova disciplina dei gruppi di società (note esegetiche)*, in AMATUCCI-CANDI-D'ALESSANDRO-FANELLI, *La disciplina dei gruppi di società nella "novella" del 1974*, Milano, 1978, p. 185, in cui l'autore evidenzia come la disciplina civilistica in materia di conflitto di interessi sia stata costruita su un modello di società che opera singolarmente e all'interno della quale la situazioni di conflitto assume carattere "contingente ed accidentale". Al contrario, invece, in presenza di un fenomeno di aggregazione societaria, il conflitto non può che rilevare come situazione costante e permanente. Così anche GAMBINO, *I gruppi in Italia alla luce del progetto di IX direttiva*, in *Giur. comm.*, 1987, I, p. 5; MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, in *Contr. impr.*, 1986, p. 726 e ss.

<sup>122</sup> Le considerazioni sono di FOFFANI, *Reati societari*, in PEDRAZZI-ALESSANDRI-FOFFANI-SEMINARASPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, II<sup>a</sup> ed., Bologna, 1999, p. 371, il quale, afferma che nelle organizzazioni di gruppo il conflitto "si erge quasi a dato di struttura, ad elemento costitutivo, con il quale il gruppo è destinato in partenza a convivere stabilmente". ID., *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa. Profili penalistici*, Milano, 1997, p. 123 e ss.

<sup>123</sup> Sul punto, limpidamente, FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale*, cit. p. 133, il quale, in riferimento all'art. 2631 c.c. applicato al fenomeno del gruppo di società, sottolinea "l'insufficienza di fondo di una fattispecie destinata ad apparire – nel suo volto formalistico di precetto di "galateo amministrativo" – troppo palesemente calibrata su una *patologia* gestoria individuale misurata ed occasionale, e completamente incapace, viceversa, di riflettere i contorni della vera e propria "teratologia" societaria". Rileva come l'art. 2631 c.c. richieda un conflitto tra società ed amministratore, che sia effettivo e personale, e quindi sottolinea l'inadeguatezza della norma rispetto al fenomeno del gruppo, in cui il conflitto emerge tra la società ed un terzo, ovvero la capogruppo, CUSTODERO, *Osservazioni sulla disciplina penale degli abusi di gestione nel "gruppo di società"*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, p. 1128; GRIECO, *Il conflitto di interessi in generale e nell'ambito dei gruppi di società*, in *Giust. civ.*, 1991, II, p. 141.

problematicità anche in base alla denunciata inadeguatezza dell'art. 2631 c.c. "per eccesso", stavolta rilevante nell'ambito della *realtà fisiologica* del gruppo stesso. In particolare, la vecchia normativa codicistica non teneva affatto in considerazione la inevitabile endemica compenetrazione tra gli interessi delle varie entità giuridiche coinvolte nel gruppo, connessa, a sua volta, alla sostanziale "comunanza di obiettivi" che le caratterizza.

Al di fuori dei contesti propriamente illeciti, infatti, in cui la struttura "molecolare" dell'impresa viene utilizzata a soli scopi fraudolenti, questa rileva naturalmente come modello organizzativo dell'attività economica finalizzato alla massimizzazione dei profitti, attraverso, appunto, lo strumento del controllo azionario, o contrattuale, e della connessa direzione unitaria. L'esecuzione della direttiva della *holding* da parte dell'amministratore della singola società costituisce l'espressione di quella "unicità di gestione" che qualifica il gruppo, e che è funzionale al raggiungimento del fine economico comune.

L'amministratore è, in realtà, portatore di un interesse non già personale o di un terzo, bensì facente capo al gruppo stesso, e quindi direttamente o indirettamente ricollegabile anche alle singole componenti. Ecco allora, che proprio rispetto a tale caratteristica, rinvenibile nella unicità della direzione economica, e quindi nella sostanziale "comunanza di obiettivi" e nella conseguente "comunione degli utili e dei profitti", tipica della fenomenologia del gruppo societario, emergeva tutta la inadeguatezza della norma penale sul conflitto di interessi<sup>124</sup>, la cui lettura rigorosa, che qualificava il delitto come una fattispecie di pericolo riconnessa alla mera violazione dell'obbligo formale di astensione (penalmente rilevante in sé), non permetteva alcun contemperamento tra gli interessi dei soci "esterni" al gruppo (o dei creditori sociali), e quelli del gruppo stesso, ed, anzi, ostacolava l'azione economica dell'impresa, paralizzando la operatività delle politiche di gruppo, sino addirittura a comprometterne l'esistenza.

In ordine alla "capacità criminale" del modello del gruppo, sia come fattore di possibile "oscuramento" rispetto al compimento di operazioni fraudolente, sia come strumento "agevolativo" in ordine alla proliferazione di condotte infedeli da parte degli amministratori, o ancora come "scudo" relativamente ad attività distrattive realizzate nella fase di decozione dell'impresa, emergeva la necessità di definire con la maggior determinatezza possibile, i confini che determinano la rilevanza giuridica del gruppo societario, al fine di fornire al giudice che dovrà applicare l'eventuale sanzione tutti gli strumenti necessari per poter correttamente ricostruire il giudizio di responsabilità.

---

<sup>124</sup> Lo rilevava MANGANO, *L'infedeltà patrimoniale degli amministratori nei gruppi di imprese*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1989, p.1006.



La giurisprudenza penale si è interrogata circa l'applicazione dell'art. 2634 c.c., introdotto dal D.Lgs. n. 61/2002, in tema di infedeltà patrimoniale, il cui comma 3 oggi recita *“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”*, ed è giunta a concludere che le singole società facenti parte del gruppo debbano essere considerate autonome, salvo nei casi in cui discipline specifiche attribuiscano rilievo unitario al fenomeno nel suo complesso.

Pertanto, il fenomeno dei gruppi sarebbe riscontrabile concretamente solo nella realtà economica, e non potrebbe trovare spazio nel campo strettamente giuridico, nel quale ogni singola società viene considerata autonoma, e di conseguenza la relativa situazione patrimoniale rimane sua propria, senza che possa essere ampliata coinvolgendo quella delle collegate.

I corollari di questo inciso sono: l'affermazione della liceità delle sole operazioni che mirano al conseguimento dell'interesse proprio di quella società, e non anche delle operazioni che mirano al raggiungimento di un interesse di gruppo, non coincidente o, eventualmente, contrario, al primo; in tema fallimentare, l'incorrere nel fallimento di una società non comporterà il fallimento delle altre, e i creditori di una società potranno soddisfarsi solo sui beni di questa e non anche aggredendo i patrimoni delle altre società che fanno parte del gruppo.

Ma se la distinzione dei patrimoni dinanzi alle pretese creditorie è cosa pacifica, il condizionale è d'obbligo per quanto riguarda l'affermazione secondo la quale il perseguimento dell'interesse di gruppo sarebbe sempre da considerare annunciatore di attività penalmente sospetta.

Non bisogna tralasciare la circostanza che la società possa nutrire degli interessi, o conseguire dei vantaggi, che siano strettamente collegati alla realizzazione di un'attività di gruppo e, di conseguenza, al perseguimento dell'interesse di gruppo, nonostante, di primo acchito, tale ultima attività appaia contrastante rispetto al suo stesso interesse.

Recentemente si è dunque verificata un'apertura verso concetti che in campo civile sono già ampiamente riconosciuti e corroborati. In particolare si è ammessa la possibilità di ritenere rilevante, anche dal punto di vista giuridico e non solo economico, il gruppo societario, la cui identificazione si pone come presupposto per ulteriori ragionamenti.

Difatti, la riconoscibilità del gruppo consente di riflettere e vagliare l'utilità delle operazioni compiute dalle singole società che ne fanno parte nel più ampio contesto caratterizzato dall'esistenza di legami tra le stesse e quindi, in un'analisi a largo raggio, nonché di individuare per una società un corrispettivo nascente da una operazione diversa da quella da lei posta in

essere e, di conseguenza, di consentire l'applicabilità di ulteriori principi, segnatamente quelli derivanti dalla teoria dei vantaggi compensativi, la quale, come si vedrà, rappresenta un altro tema di forte dibattito e contrasto tanto dottrinale quanto giurisprudenziale.

Una breccia nel ferreo orientamento giurisprudenziale è stata creata anche da un nuovo intervento legislativo che ha riscritto il Capo IX del Titolo V del Libro V del nostro codice.

In particolare, come già riportato in precedenza, l'ultimo periodo dell'art. 2497 c.c. afferma 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”*.

In particolare, in seguito all'intervento legislativo citato, la giurisprudenza della Suprema Corte riconosce il principio espresso dalla teoria dei vantaggi compensativi, secondo cui non c'è responsabilità se il pregiudizio manca in considerazione della complessiva attività di direzione o a seguito di operazioni a ciò dirette. Peraltro, tutto ciò non comporta, nel ragionamento della Corte, l'immediata e diretta liceità della direzione unitaria e il conseguente annichilimento dell'autonomia di ogni società, ma la sublimazione di un meccanismo idoneo a valutare eventuali responsabilità a carico di chi, a capo del gruppo societario, sacrifica gli interessi delle altre imprese per l'ottenimento di un interesse di gruppo. Va sottolineato che la Corte, seppur riconoscendo una non coincidenza temporale tra la riforma civilistica e quella penalistica, ne afferma una sostanziale equivalenza contenutistica, poiché entrambe richiamano il concetto di gruppo e introducono quello dei vantaggi compensativi, che però, secondo i giudici di legittimità, mentre assume valenza generale nel diritto civile, al contrario, in ambito penale, resta relegato all'interno della fattispecie di infedeltà patrimoniale nella quale è previsto, senza che vi sia la possibilità che venga preso in considerazione per l'esclusione di una distrazione rilevante ai fini dei reati di bancarotta fraudolenta.

A partire dalla citata sentenza si è assistito peraltro ad un generalizzato riconoscimento della struttura del gruppo societario non solo come operante nella realtà economica ma anche, in relazione ad alcuni aspetti, come rilevante in ambito giuridico. E la riconoscibilità del gruppo di società è appunto, come anticipato, il punto di partenza per lo svolgimento delle considerazioni inerenti l'applicabilità della teoria dei vantaggi compensativi.

Solamente mediante una precisa e chiara presa di posizione da parte del legislatore in ordine alla qualificazione del gruppo societario ed alla sua connessa regolamentazione organica si può restituire al diritto penale il suo ruolo di *extrema ratio*, permettendo così al giudice di operare legittimamente entro i confini delle sue competenze, e consentendo di garantire la tutela di

interessi rilevanti (quali quelli dei soci di minoranza o dei creditori) senza dover ricorrere a “pericolose” interpretazioni.

Tuttavia, preso atto dell’impossibilità di prevedere una regolamentazione (civilistica) unitaria ed esaustiva rispetto alle molteplici e diverse forme con cui il gruppo di società può venire ad operare nella realtà fenomenica, ovvero preso atto della impossibilità di definire una volta per tutte ciò che per sua natura non è riducibile ad unità<sup>125</sup>, risulta fondamentale, ai fini di una corretta applicazione della norma penale in materia di gruppi, individuare i *principi* generali sottesi al funzionamento della concentrazione societaria passibili di una categorizzazione omogenea.

Sul punto, sembra che il D.Lgs. n. 6 del 2003, in relazione alla disciplina prettamente civilistica dell’attività di direzione e coordinamento di società, abbia ottemperato al suo scopo. Rimane, ora, necessario determinare se siffatti principi possono essere utilizzati anche in campo penale: se possono cioè essere utilizzati quegli stessi criteri di individuazione del gruppo recepiti, ormai, nell’ordinamento civile mediante la disciplina della attività di direzione e coordinamento di società che incentrano la rilevanza del fenomeno intorno alla figura della effettiva *direzione unitaria*, e se può riconoscersi all’ “*interesse di gruppo*” un ruolo autonomo ai fini del giudizio di liceità penale di determinate operazioni.

Si tratta, invero, di coordinare quest’ultima disposizione con la disciplina civilistica in materia di gruppi e verificare se sussista un’omogeneità tra le due norme che sia tale da permettere di attribuire alla “teoria dei vantaggi compensativi” la natura di clausola generale, immanente nel sistema e valevole ed operativa, pertanto, in tutte le branche dell’ordinamento.

#### **1.10. La mancata previsione del fenomeno dei gruppi di imprese nel D.Lgs. 231/2001: tesi a confronto.**

Il Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231, nel disciplinare la responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche<sup>126</sup>, non ha fornito una disciplina specifica applicabile quando il reato presupposto venga commesso nell’ambito di un gruppo di società.

---

<sup>125</sup> Cfr. *Relazione* al d.lgs. n. 6 del 2003 in cui si riconduce la scelta del legislatore delegato di non richiamare, all’art. 2497 c.c., una qualunque nozione di gruppo o di controllo, a due ragioni fondamentali: l’una riscontrabile nel fatto che “*che le innumerevoli definizioni di gruppo esistenti nella normativa di ogni livello sono funzionali a problemi specifici*”, sicché trovarne una che valga per ogni diverso contesto o situazione in cui il gruppo viene ad operare appare quanto mai disfunzionale e non risolutivo; l’altra, fondata sulla considerazione secondo cui “*qualunque nuova nozione si sarebbe dimostrata inadeguata all’incessante evoluzione della realtà sociale, economica e giuridica*”.

<sup>126</sup> 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,

La problematica del criterio di imputazione della responsabilità penale nell'ambito dei gruppi di società risulta di non facile soluzione anche a causa della mancanza di una adeguata riflessione penalistica della responsabilità degli amministratori della società controllante per i reati commessi nell'attività di gestione della società controllata.

La dimensione patologica dei gruppi di impresa è potenzialmente idonea ad arrecare pregiudizi maggiori rispetto a quella delle imprese organizzate in forma tradizionale e, quindi, l'assenza della detta previsione normativa comporta l'incapacità nell'ordinamento giuridico di reprimere in modo efficace le forme di criminalità economica realizzate utilizzando in modo illecito lo schermo della distinta soggettività giuridica del gruppo<sup>127</sup>.

La mancata disciplina di forme di responsabilizzazione della *holding* costituisce una significativa lacuna del D.Lgs. 231/2001, atteso che la spersonalizzazione delle condotte del gruppo e la diversificazione dei rischi fungono spesso da fattore criminogeno.

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 reato<sup>128</sup>.

---

*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.; 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, p. 173 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.

<sup>127</sup> 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».

<sup>128</sup> 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.

Il gruppo, quindi, quale 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 ogniquale volta 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*.

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.

Il profilo dell'unicità economica dell'impresa di gruppo 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.

Tuttavia tale orientamento presenta alcune problematiche.

In primo luogo, la relazione di accompagnamento al D.Lgs. 231/2001 specifica che gli enti a cui il decreto si applica sono quelli che “se pur sprovvisti di personalità giuridica, possano comunque ottenerla”.

Il gruppo di imprese secondo la disciplina italiana non è un soggetto di diritto, atteso che l'affermazione di una soggettività giuridica autonoma del gruppo non trova riscontro nel diritto positivo e 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.

Infatti nel gruppo di imprese le differenti società che lo compongono continuano a mantenere e a preservare intatta la loro soggettività giuridica<sup>129</sup>.

Detta tesi, quindi, volta ad individuare nel gruppo il diretto destinatario delle prescrizioni poste dal D.Lgs. 231/2001 comporta una forzatura delle regole civilistiche e presuppone una lettura del fenomeno di gruppo all'interno di un meccanismo d'imputazione che il legislatore non ha considerato e che in base alla disciplina attuale non è in grado di adattarsi ad essa<sup>130</sup>.

---

<sup>129</sup> 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.

<sup>130</sup> Così, SCARONA, *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo di imprese*, Milano, 2005, p. 216.

Alla luce dell'impossibilità 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 controllate<sup>131</sup>.

Si sostiene che sarebbe possibile l'estensione della soggettività attiva ogniqualvolta alla pluralità dei soggetti giuridici che fanno parte del gruppo non corrisponda una effettiva autonomia gestoria e decisionale e, quindi, secondo la considerazione che 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, non potrebbero prescindere dalla considerazione secondo la quale ogni fatto commesso nell'interesse della controllata genererebbe automaticamente un vantaggio per la *holding*.

Tuttavia anche detta teoria non sembra meritevole di accoglimento in quanto fondata su una lettura indebitamente estensiva del disposto dell'art. 5, comma primo, del D.Lgs. 231/2001, atteso che riconduce alle nozioni di "gestione e di controllo" a quelle di "direzione e di coordinamento" di cui all'art. 2497 c.c..

Infatti le espressioni di "gestione e controllo" appaiono calibrate su di una dimensione di tipo antropomorfo che non ne rende possibile l'estensione alla persona giuridica.

Con l'art. 5, comma primo, lett. b), del D.Lgs. 231/2001 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.

---

<sup>131</sup> 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.

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 del riferito orientamento si rappresenta che 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. 231/2001.

La lacuna legislativa ha consentito l'intervento frequente della Corte di Cassazione, la quale con la sentenza n. 9/2011 ha stabilito che la *holding* e le altre società del gruppo possono rispondere ai sensi della disciplina dettata dal d.Lgs. 231/2001, ma è necessario che vi sia un concorso tra il soggetto che commette il reato e il soggetto che agisce per conto di esse ed è necessario che l'interesse e il vantaggio siano conseguiti in concreto, nel senso che la società riceva una potenziale o effettiva utilità dalla commissione del reato.

Pertanto, la responsabilità di una società del gruppo per il reato commesso dal suo apicale o sottoposto non comporta necessariamente l'estensione della responsabilità ad altra società del medesimo gruppo, salvo il caso in cui gli apicali o i sottoposti di quest'ultima abbiano concorso nel reato.

In definitiva, si può affermare che l'altruità soggettiva dell'ente che esercita attività di direzione e di coordinamento rispetto alle società controllate preclude la possibilità di estendere la responsabilità amministrativa da reato dalla controllata alla *holding*.

Infatti, la 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 il soggetto di fatto sia la società, costituisce ancora una volta espressione dell'analogia, preclusa in materia penale.

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 interpretative, di ritenere responsabile la *holding* per i reati perpetrati in seno ad una delle società del gruppo.

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.

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.

Quindi, 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.

Il medesimo fatto reato darà luogo 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.



## CAPITOLO SECONDO

### INTERESSE DI GRUPPO E VANTAGGI COMPENSATIVI

2.1. L'autonomo ruolo di un interesse del gruppo; 2.2. L'interesse del gruppo nella nuova formulazione dell'art. 2634 c.c.; 2.3. Interesse del gruppo e bancarotta: impostazione della giurisprudenza penale; 2.4. La teoria dei vantaggi compensativi; 2.5. L'operatività dei vantaggi compensativi in materia penale: le iniziali difficoltà e le successive aperture della giurisprudenza; 2.6. Il vantaggio compensativo tra i gruppi di società: natura della clausola di esenzione del reato; 2.7. I criteri della compensazione: il *quantum* ed il *quomodo*; 2.8. I “vantaggi conseguiti e i vantaggi fondatamente prevedibili”; 2.9. Il fenomeno del c.d. “*bad companies*”; 2.10. Le operazioni infragruppo; 2.11. Considerazioni conclusive.

#### **2.1. L'autonomo ruolo di un interesse del gruppo.**

Con la teoria dei vantaggi compensativi contenuta nell'art. 2497 c.c. il legislatore sembra aver finalmente dato una collocazione al c.d. “interesse di gruppo”, riconoscendo l'esistenza effettiva della concentrazione societaria come criterio per valutare la dannosità o meno di determinate operazioni realizzate al suo interno, nell'ottica di un giudizio economico complessivo, che tenga conto dei legami tra le diverse componenti societarie e dei vantaggi, anche mediati ed indiretti, che possano derivare dalla loro appartenenza al gruppo, senza peraltro soffermarsi sul mero danno risultante da un atto isolatamente considerato<sup>132</sup>.

La soluzione del legislatore civile si è posta con l'intento di coordinare l'esigenza di non precludere il perseguimento di politiche di gruppo e l'esigenza di evitare che si approfitti della posizione di controllo per sacrificare gli interessi dei soci esterni e dei creditori della controllata, mediante il recepimento implicito del criterio della “compensazione” di cui all'art. 2497 c.c..

In particolare, la nuova disciplina organica in materia di direzione e coordinamento delle società mantiene fermo l'assunto secondo cui l'obiettivo del perseguimento dell'interesse di gruppo non può aprire le porte ad una politica “spregiudicata” di depauperamento delle singole “monadi” che lo compongono.

---

<sup>132</sup> Per una prima esposizione della teorica in esame si veda MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, p. 710 e ss.; BONELLI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 224; FERRO-LUZZI, MARCHETTI, *Riflessioni sul gruppo creditizio*, in *Giur. comm.*, 1994, I, p. 452 e ss.; SBISÀ, *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 595 e ss. In posizione nettamente antagonista ENRIQUES, *Gruppi piramidali, operazioni infragruppo e tutela degli azionisti esterni: appunti per un'analisi economica*, in *Giur. comm.*, 1997, I, p. 725.

La scelta di esercitare l'attività economica mediante il modello organizzativo del gruppo è funzionale al raggiungimento di una maggior efficienza del sistema produttivo e strumentale alla massimizzazione del profitto<sup>133</sup>. Ciò comporta la possibilità da parte della controllante di effettuare trasferimenti patrimoniali infragruppo.

Le operazioni infragruppo incarnano scelte strategiche portate avanti dalla *holding* e le stesse possono comportare delle ripercussioni positive o negative sulla situazione patrimoniale del gruppo e, quindi, anche delle singole, ma la qualificazione in ordine alla convenienza o meno di siffatte dinamiche gestorie rispetto alle varie “monadi” muta proprio in virtù della loro appartenenza al gruppo: sicché un trasferimento di ricchezza senza contropartite o garanzie da una società all'altra, imposto dalla controllante, può assumere un significato assai diverso a seconda che venga effettuato all'interno di un gruppo o meno e può assumere rilevanza penale.

Così il giudizio globale rispetto alla dannosità di una operazione finanziaria che coinvolga il capitale della singola aggregata non sarà più collegato all'esame dell'atto dispositivo singolarmente considerato, ma dovrà essere arricchito dalla valutazione del contesto in cui questo sia stato realizzato.

La parte finale dell'art. 2497 c.c. è stata inserita al precipuo scopo di attenuare quella sfasatura tra mondo giuridico e mondo economico, suggerendo all'interprete un criterio valutativo che contemperi l'interesse dei soci di minoranza e dei creditori con l'interesse del gruppo allo sfruttamento dei vantaggi che tale modello organizzativo arreca.

Di talché, non sarà suscettibile di critiche, sul piano del rispetto dei principi di correttezza della gestione societaria ed imprenditoriale, quell'operazione infragruppo depauperativa del patrimonio della singola che risulti, però, vantaggiosa per il gruppo alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento, riverberandosi in maniera positiva anche sul bilancio della società inizialmente sacrificata.

In base, allora, al dettato dell'art. 2497, ultima parte, c.c., dovrà ritenersi legittima quella politica di gruppo, intesa come l'insieme delle direttive emesse dalla *holding* nell'ambito della sua attività di direzione e coordinamento, che imponga alle controllate di effettuare operazioni per esse “diseconomiche”, ma vantaggiose per altre società del gruppo o per il gruppo complessivamente

---

<sup>133</sup> Si vedano sul punto le considerazioni di BUSSON, *Operazioni infragruppo e bancarotta mediante distrazione*, in *Dir. pen. proc.* 2001, p. 766.

inteso, sempre che il legame tra il gruppo stesso e l'ente sacrificato determini per quest'ultimo, anche in un momento successivo, un ritorno di utilità<sup>134</sup>.

## 2.2. L'interesse del gruppo nella nuova formulazione dell'art. 2634 c.c..

La norma in commento risponde all'esigenza di sottoporre a pena comportamenti *lato sensu* "infedeli" degli organi gestori nell'amministrazione del patrimonio sociale, per lungo tempo irrilevanti per il diritto penale<sup>135</sup>, o problematicamente ricondotti all'alveo della previsione incriminatrice di cui all'art. 646 c.p.<sup>136</sup>.

La formulazione dell'art. 2634 c.c. riconduce l'infedeltà patrimoniale alla condotta degli amministratori, direttori generali e liquidatori, i quali, in una situazione di conflitto di interessi, compiendo o concorrendo a deliberare atti di disposizione dei beni sociali al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, cagionano un danno patrimoniale alla società; la norma estende, inoltre, la punibilità al caso in cui il fatto sia commesso in relazione a beni posseduti od amministrati dalla società per conto di terzi, cagionando a questi ultimi un danno patrimoniale; infine specifica che non si considera ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo se esso è compensato da vantaggi, anche se soltanto ragionevolmente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo.

Il legislatore si è orientato nel senso di un'incriminazione "specializzata" e "contestualizzata" che non colpisce l'abuso di gestione in sé, ma il compimento di atti dispositivi di beni sociali od il contributo alla delibera di tali atti.

In giurisprudenza si è affermato che la fattispecie costituisce una ipotesi di eccesso di potere per sviamento, nel senso che, preesistendo il conflitto, viene sanzionato l'atto di gestione che direttamente "per sé" o indirettamente "per altri" persegue l'interesse confliggente, con detrimento di quello della società<sup>137</sup>.

La riforma dei reati societari introduce per la prima volta nel codice civile, precisamente all'art. 2634, terzo comma, c.c., il termine "gruppo" senza, però, fornire una precisa definizione. Tale

---

<sup>134</sup> Tale ricostruzione è stata ultimamente recepita, in più occasioni, anche dalla giurisprudenza civile: v. Cass. Civ., sez. I, 24 agosto 2004, n. 16707, in *Soc.*, 2005, p. 164; Cass. Civ., sez. I, 21.1.1999, n. 521, in *Corr. giur.*, 1999, p. 1529; Cass. Civ., sez. I, 5.12.1998, n. 12325, in *Giur. it.*, 1999, p. 2318.

<sup>135</sup> PEDRAZZI, *Abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori*, in *RDP*, 1953, p. 529.

<sup>136</sup> Considerazioni critiche in punto di violazione del principio di tassatività finalizzata alla estensione della responsabilità *ex art.* 646 c.p. a fatti penali "societari" sono espresse da BRICOLA, *Lo statuto penale dell'impresa: profili costituzionali*, in *Tratt. Di Amato*, I, Padova, 1990, p. 144, oggi in *Scritti di diritto penale*, II, 2, Milano, 1997, p. 3330; FOFFANI, *L'infedeltà patrimoniale: verso una nuova fattispecie penale?*, in *Studi Urbinati*, 1994, p. 95, 567; MILITELLO, *Infedeltà patrimoniale e corruzione nel futuro del diritto societario*, in *IP*, 2000, p. 905; NUVOLONE, *L'infedeltà patrimoniale nel diritto penale*, Milano, 1941.

<sup>137</sup> Cass. Pen., 26.10.2006, n. 10175, in *Giur. It.*, 2006, p. 7.

decisione è da ritenersi presumibilmente assunta in un'ottica di sussidiarietà e frammentarietà, avendo scelto il legislatore penale di lasciare alla *ferenda* disciplina commercialistica il più ampio spazio in ordine all'inquadramento giuridico del fenomeno<sup>138</sup>.

Con l'art. 2634 c.c. il legislatore prende finalmente contezza, anche sul piano penale, della nuova modalità di organizzazione dell'impresa, quella dell'aggregazione societaria, riconoscendone la sostanziale legittimità, e ribadendo la necessità di distinguere, nell'ambito delle realtà economiche complesse, le attività che solo all'apparenza risultino *contra ius*, da quelle che, invece, assumono i crismi dell'illecito penale.

Tale fondamentale distinguo, quale presupposto per l'utilizzo di un corretto criterio ermeneutico di ricostruzione dell'area del penalmente rilevante nell'ambito del gruppo, è riconducibile al terzo comma dell'art. 2634 c.c..

La norma, infatti, dopo aver descritto le modalità di condotta dell'infedeltà gestoria (tutta incentrata sulla sussistenza di un conflitto di interessi tra il soggetto attivo e la società) impone che dall'atto di disposizione dell'amministratore (o di altro soggetto attivo indicato nella disposizione stessa) consegua un danno patrimoniale alla società, nonché, dopo aver qualificato la fattispecie soggettiva con il richiamo al dolo intenzionale di danno ed al dolo specifico di ingiusto profitto o di altro vantaggio, considera il caso in cui il trasferimento patrimoniale venga realizzato dall'amministratore in favore di altra società collegata o facente parte del gruppo cui appartiene anche quella depauperata: in siffatte ipotesi il terzo comma dell'art. 2634 c.c. esclude l'ingiustizia del profitto della società collegata o del gruppo allorquando questo sia “*compensato da vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo*”.

In tale prospettiva sarebbe, quindi, lecita l'azione dell'amministratore che, al fine di arricchire una società facente parte del gruppo e, quindi, un ente diverso da quello da lui amministrato, determini nell'immediato un impoverimento di quest'ultimo, purché detta operazione sia funzionale all'interesse dello stesso in una prospettiva di medio o lungo periodo e si giunga ad un ritorno di utilità che sia in grado di giustificare la scelta, “apparentemente infedele”, dell'amministratore.

Nel caso in cui tale operazione comparativa abbia per l'ente impoverito un esito positivo verrebbe meno il carattere penale dell'ingiustizia del profitto quale oggetto materiale del dolo specifico, e

---

<sup>138</sup> Inquadramento che di fatto è avvenuto col D.Lgs. n. 6 del 2003, ma solo in riferimento ad i presupposti di esistenza del gruppo (ovvero alla sussistenza di una direzione unitaria), ed alla disciplina della pubblicità, della responsabilità della *holding*, e delle modalità di uscita del socio dalla società (artt. 2497 e ss. c.c.); nulla invece, né ad opera del legislatore penale né di quello civile in ordine alla *definizione* del gruppo.

l'operazione posta in essere non sarebbe, pertanto, più riconducibile sotto l'alveo dell'art. 2634 c.c., appunto per difetto di tipicità<sup>139</sup>.

La formulazione della norma in questi termini è stata criticata da coloro i quali, invece, sostengono che la compensazione vada riferita piuttosto al danno subito dalla controllata<sup>140</sup>.

Se è vero che *“la ragion d'essere del gruppo è quella di creare sinergie virtuose, produttive di profitti superiori rispetto a quelli conseguibili dalle singole società isolatamente considerate”* allora non si spiegherebbe perché dovrebbe andar premiato, mediante l'esenzione da pena, quel gruppo di imprese che si dimostri “programmaticamente inefficiente” in quanto “pur penalizzando l'interesse sociale particolare di taluna sua componente non riveli lo scopo di perseguire – né si riveli capace di produrre – alcun profitto”<sup>141</sup>.

Tuttavia, in merito potrebbe obiettarsi che la norma non fa alcun riferimento, ai fini della esenzione da pena, al mancato perseguimento di un generico profitto, quanto piuttosto alla non ingiustizia dello stesso, atteso che il trattamento “favorevole” di cui al terzo comma dell'art. 2634 c.c. presuppone che l'azione dell'amministratore sia indirizzata verso il perseguimento di un profitto non ingiusto, ma pur sempre di un profitto.

Altra parte della dottrina sostiene che lo scopo della clausola in questione è quello di evitare, all'interno delle dinamiche di gruppo, un accavallamento concettuale tra operazioni economiche o trasferimenti patrimoniali, che determinino una situazione di iniziale perdita per taluna delle controllate, e fatti di infedeltà<sup>142</sup>. Il *discrimen* tra le due situazioni è dato dal diverso disvalore di

---

<sup>139</sup> Ricollegano la non punibilità di tali operazioni ad un difetto di tipicità rilevante sul piano soggettivo della fattispecie, tra gli altri, GIUNTA, *La riforma dei reati societari ai blocchi di partenza. Prima lettura del d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61 (seconda parte)*, in *Studium Juris*, 2002, p. 837; ALDOVRANDI, *Art. 2634 c.c.*, in AAVV., *I nuovi reati societari*, a cura di LANZI-CADOPPI, Padova, 2007, p. 144; ACQUAROLI, *Alcune osservazioni sul reato di infedeltà patrimoniale alla luce del nuovo diritto societario*, in AAVV., *La riforma dei reati societari*, a cura di PIERGALLINI, Milano, 2004, p. 188.

<sup>140</sup> V. ABRIANI, *Gruppi di società e criterio dei vantaggi compensativi nella riforma del diritto societario*, in *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 618, il quale, a proposito della formulazione di cui all'art. 2634 terzo comma c.c., parla di “evidente improprietà lessicale” o, ancora, di “inesattezze terminologiche”, asserendo che “non è ovviamente il *profitto* della società collegata o del gruppo a dover essere compensato dall'appartenenza alla comunità allargata (come invece pretenderebbe la lettera della legge, così prefigurando una *compensatio lucri cum lucro*); è piuttosto il *danno* patito dalla controllata a seguito dell'operazione infragruppo – e da cui la controllante (o altra società collegata) abbia tratto correlativamente vantaggio – che dovrà trovare adeguata compensazione al fine di escludere la ingiustizia del danno stesso (e dunque la configurabilità della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 2634 c.c.). Nello stesso senso CODAZZI, *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale (dalla compensazione “virtuale” alla compensazione “reale”)*, alcune riflessioni alla luce della riforma del diritto societario, in *Giur. comm.*, 2004, p. 606; GIOVANARDI, *Sulla impossibilità di estendere i “vantaggi compensativi” ai reati fallimentari*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1369.

<sup>141</sup> 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. 360.

<sup>142</sup> MASUCCI, *Vantaggi del gruppo e dell'impresa collegata nel governo penale degli abusi di gestione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, p. 901.

condotta che, a sua volta, assume maggiore o minore pregnanza in base alla situazione di fatto in cui il soggetto si trova ad agire, ed al particolare *animus* che sostiene la sua azione.

Rileva, quindi, dal punto di vista soggettivo, l'elemento del dolo specifico, che esclude dall'area di rilevanza penale tutti quegli atti che, nonostante rechino un pregiudizio al patrimonio sociale, non siano determinati dalla volontà di realizzare un interesse "extrasociale".

Analizzando la condotta assunta dall'amministratore che, in esecuzione di una direttiva impartita dalla *holding* trasferisca, senza alcun corrispettivo, dei beni appartenenti alla società del gruppo da lui gestita a favore di altra società sorella, provocando così un danno patrimoniale alla prima, si potrebbe affermare con certezza il carattere pregiudizievole dell'operazione (per la società amministrata), ma nulla ancora si potrebbe dire in ordine alla qualificazione della condotta in termini di "infedeltà". Questa dovrebbe ravvisarsi in presenza di una assoluta divergenza tra l'interesse della società gestita e quello ad esso opposto e contrario che, invece, fa capo all'amministratore, e ne orienta le scelte.

È, quindi, l'interesse "extrasociale" a determinare l'esercizio deviato del potere gestorio e a indurre il soggetto attivo a compiere atti depauperativi o, comunque, dannosi rispetto al patrimonio sociale, ai soci ed ai creditori<sup>143</sup>.

Quindi, presupposto necessario per la configurabilità del delitto è che il soggetto attivo abbia un interesse (extrasociale) in conflitto con quello della società.

Si tratta di un requisito che, caratterizzando il fatto tipico, opera in funzione di selezione dei fatti assoggettabili a sanzione penale e che presenta minori margini di indeterminatezza rispetto a eventuali soluzioni alternative incentrate sull'"abuso dei poteri" o sulla "violazione dei doveri" : ne consegue che, in assenza della situazione di conflitto, nessun rilievo assume lo sviamento di potere o la violazione del dovere.

Deve trattarsi di un conflitto avente carattere effettivo, avulso da condizionamenti valoriali "psicologici e soggettivi", attuale che si concretizza in un pericolo per la società da valutarsi secondo un giudizio di "prognosi postuma", con riferimento al momento dell'assunzione della deliberazione, senza che nel giudizio possano avere influenza circostanze ulteriori, verificatesi in un momento successivo<sup>144</sup>, tangibile ed immanente ad un'operazione determinata<sup>145</sup>.

---

<sup>143</sup>MASUCCI, *Vantaggi del gruppo e dell'impresa collegata nel governo penale degli abusi di gestione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, p. 891.

<sup>144</sup>FOFFANI, *Reati societari*, in PEDRAZZI, ALESSANDRI, FOFFANI, SEMINARA, SPAGNOLO (a cura di), *Manuale di diritto penale dell'impresa*, 2<sup>a</sup> ed., Bologna, 2000, p. 366.

<sup>145</sup>BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, 1992, p. 83.

Secondo parte della dottrina, l'interesse extrasociale di cui il soggetto attivo è portatore può essere anche privo del carattere della patrimonialità, come confermerebbe l'attribuzione del dolo specifico (non solo al profitto, ma anche) ad "altro vantaggio" .

Il conflitto deve concretizzarsi e materializzarsi in maniera apprezzabile e sostanziale nell'atto che l'amministratore delibera (o che concorre a deliberare), senza che però sia questo stesso atto di disposizione a generare il conflitto che deve precedere la condotta penalmente rilevante.

Al fine di meglio precisare i contorni del conflitto di interessi il fattore scriminante è dato dall'incidenza dell'interesse personale sul patrimonio sociale e dalla possibilità di controllare la società. Sulla base di tali premesse si è osservato che anche i soci, quando hanno o concorrono a formare la maggioranza del capitale nelle società a scopo di lucro, partecipando alla deliberazione di atti sociali, possono interferire nella gestione sociale.

La formulazione della norma, tuttavia, esclude i soci dal novero dei soggetti attivi: ciò che, da un lato, denuncerebbe la non ragionevolezza della norma, viziata da disparità di trattamento, discriminando tra chi "concorre a deliberare" un atto di disposizione rivestendo una carica amministrativa, e chi "concorre a deliberare" un atto di disposizione dei beni sociali avvalendosi della titolarità di quote sociali di cui è proprietario; dall'altro, contrasta con il tenore dell'art. 2359, che individua nella "proprietà" (e non nella gestione e/o amministrazione) il criterio di identificazione dell'esercizio del potere effettivo su una impresa.

Nella struttura dell'infedeltà patrimoniale il dolo specifico consente di individuare quando la volontà di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto funge, sul piano tecnico, da requisito specializzante e caratterizzante il concetto di infedeltà o di abuso del potere di gestione.

Quindi, l'atto di disposizione patrimoniale, ancorché pregiudizievole, non sarebbe infedele se non fosse casualmente determinato dalla esistenza di un interesse confliggente con quello sociale, ed il fine di ingiusto profitto non fa che contribuire a colorare la condotta in questi termini, quindi a delimitarla anche sul piano oggettivo<sup>146</sup>.

Se si prescindesse dall'*animus* dell'agente, in termini di dolo specifico, si dovrebbero punire tutte le operazioni pregiudizievoli per la controllata poste in essere dall'amministratore in conflitto senza, però, che tale conflitto abbia avuto alcun ruolo determinante nella deliberazione delle stesse.

Quindi, l'intervento del legislatore è volto ad integrare la descrizione oggettiva della condotta penalmente rilevante con una particolare qualificazione soggettiva che la distingue dai meri atti di erronea gestione o, comunque, da generici atti che di per sé siano idonei ad arrecare pregiudizio alla

---

<sup>146</sup> D'AVIRRO, *L'infedeltà patrimoniale*, in D'AVIRRO MAZZOTTA, *I reati di "infedeltà" nelle società commerciali*, Milano, 2004, p. 100; AMATI, *Infedeltà patrimoniale*, in AA.VV., *Reati societari*, a cura di ROSSI, Torino, 2005, p. 418.

società, e che contribuisca in tal modo ad accentuarne il disvalore in termini di “infedeltà”, ciò al fine di assegnare all’intervento penale il suo ruolo di *extrema ratio*<sup>147</sup>.

Il terzo comma dell’art. 2634 c.c. azzera il conflitto tra l’interesse sociale e quello extrasociale, intervenendo in ogni caso sulla fattispecie oggettiva mediante il riferimento alla non ingiustizia del profitto, e collegando quest’ultima alla esistenza di un sicuro o possibile vantaggio che dall’appartenenza al gruppo possa derivare alla società effettivamente danneggiata.

Il vantaggio compensativo, che elimina il requisito della ingiustizia del profitto quale oggetto del dolo specifico, crea uno spazio oggettivo di liceità, concedendo gli strumenti per determinare a monte se sussista o meno, in ordine ad una certa operazione pregiudizievole, il conflitto tra l’interesse sociale e interesse dell’amministratore (che può anche coincidere con quello del gruppo, ma restare in antinomia con quello della singola aggregata).

Non interessa, quindi, ai fini dell’esonero dalla responsabilità penale, se venga o meno compensato il danno alla società amministrata; questo rimane, infatti, un elemento costitutivo di fattispecie in assenza del quale neppure si potrebbe parlare di infedeltà patrimoniale.

In tema di reati fallimentari, la previsione di cui all’art. 2634 c.c. che esclude, relativamente alla fattispecie incriminatrice dell’infedeltà patrimoniale degli amministratori, la rilevanza penale dell’atto depauperatorio in presenza dei c.d. vantaggi compensativi dei quali la società apparentemente danneggiata abbia fruito o sia in grado di fruire in ragione della sua appartenenza a un più ampio gruppo di società, conferisce valenza normativa a principi, già desumibili dal sistema, in punto di necessaria considerazione della reale offensività, applicabili anche alle condotte sanzionate dalle norme fallimentari e, segnatamente, a fatti di disposizione patrimoniale contestati come distrattivi o dissipativi.

Pertanto, ove si accerti che l’atto compiuto dall’amministratore non risponda all’interesse della società ed abbia determinato un danno al patrimonio sociale, è onere dello stesso amministratore dimostrare l’esistenza di una realtà di gruppo, alla luce della quale quell’atto assuma un significato diverso, in modo che i benefici indiretti della società fallita risultino non solo effettivamente connessi ad un vantaggio complessivo del gruppo, ma altresì idonei a compensare efficacemente gli

---

<sup>147</sup> In senso contrario si esprime MILITELLO, *I reati di infedeltà*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 702, il quale nega che il dolo specifico di ingiusto profitto nell’ambito della infedeltà patrimoniale assuma un ruolo di effettiva delimitazione della fattispecie, posto che appare difficile non desumere la esistenza di una volontà di conseguire per sé o per altri un ingiusto vantaggio in capo a agisca consapevolmente in una situazione di conflitto di interessi e con l’intenzione di cagionare un danno alla società che amministra. Così anche FOFFANI, *Società*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di PALAZZO-PALIERO, Padova, 2003, p. 1879; nonché MANNA, *Abuso d’ufficio e conflitto d’interessi nel sistema penale*, Torino, 2004, p. 158.



effetti immediati negativi dell'operazione compiuta, di guisa che nella ragionevole previsione dell'agente non sia capace di incidere sulle ragioni dei creditori della società<sup>148</sup>.

La sanzione sarà applicabile solo se quel danno sia la conseguenza di una scelta di gestione che prescinde totalmente dal perseguimento dell'interesse sociale: quindi, è il motivo (profitto ingiusto o meno) che determina l'operato dell'agente, a dover trovare una compensazione nel ritorno economico che dall'arricchimento del gruppo o di altra società collegata può derivare alle altre società figlie.

Attraverso il riferimento espresso alla non "ingiustizia del profitto" il legislatore penale ha riconosciuto come il perseguimento dell'interesse di gruppo, che talvolta influisce sulle scelte dall'amministratore anche a discapito della singola società da lui gestita, non costituisca sempre e necessariamente un abuso.

Presupposto dell'applicazione dell'art. 2634, terzo comma, c.c. è l'esistenza di un conflitto effettivo ed attuale tra il soggetto agente che compie l'atto dispositivo e la società: in tal senso non è sufficiente che si tratti di un atto che vada a nocimento di una società ed a vantaggio di un'altra, collegata o facente parte del gruppo.

Il vantaggio compensativo che per il gruppo societario esclude l'ingiustizia del profitto non opera oltre la sfera del delitto di infedeltà patrimoniale e non rileva rispetto alla bancarotta fraudolenta di una singola società appartenente al gruppo<sup>149</sup>.

La norma di cui all'art. 2634 c.c. costituisce, quindi, un reato proprio, il cui bene giuridico è individuato nel patrimonio sociale. Inoltre l'incriminazione prescinde del tutto dal fallimento della società e qualora la condotta di infedeltà patrimoniale cagioni il dissesto si sfocierà nel reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale impropria prevista dall'art. 223, secondo comma, L.F.<sup>150</sup>.

### **2.3. Interesse del gruppo e bancarotta: impostazione della giurisprudenza penale.**

Come già rappresentato nel capito precedente, il fenomeno dei gruppi di società, conosciuto da tempo, si è sviluppato in modo esponenziale nel corso degli ultimi decenni.

Ancora oggi, nonostante il ripetersi negli ultimi anni di interventi normativi in tal senso, manca quasi totalmente un'esplicita previsione della valenza ai fini penali del detto fenomeno.

L'eccezione a quanto appena detto è rappresentata dal dettato dell'art. 2634 c.c., in tema di infedeltà patrimoniale, il cui terzo comma, dopo la riforma intervenuta con il D.Lgs. n. 61/2002, recita "in

---

<sup>148</sup> Cass. Pen., 05.06.2013, n. 49787, in *CED Cassazione*, 2013.

<sup>149</sup> Cass. Pen., Sez. V, 24.4.2003, n. 23241, in *Fisco*, 2003, p. 4127.

<sup>150</sup> CORUCCI, *La bancarotta e i reati fallimentari*, Milano, 2013, p. 233.

*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”.*

Ferma l'applicabilità di questa norma nelle ipotesi di infedeltà patrimoniale e, in conseguenza, di bancarotta fraudolenta da infedeltà patrimoniale, la giurisprudenza penale si è chiesta a lungo se la norma indicata potesse invocarsi come principio generale nel contesto delle operazioni infragruppo, ma è giunta a concludere che le singole società facenti parte del gruppo dovevano essere considerate entità autonome, fatta eccezione per i casi in cui discipline specifiche (quale l'art. 2634, terzo comma c.c.) attribuiscono rilievo unitario al fenomeno nel suo complesso.

Un'evoluzione giurisprudenziale si è radicata con un nuovo intervento legislativo che ha riformulato, tra le altre norme, l'ultimo periodo dell'art. 2497 c.c. statuendo 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 giurisprudenza civilistica ha dunque recepito il principio espresso dalla teoria dei vantaggi compensativi, secondo cui non c'è responsabilità se il pregiudizio manca in considerazione della complessiva attività di direzione del gruppo o a seguito di operazioni a ciò dirette.

La stessa giurisprudenza ha dovuto riconoscere che la riforma civilistica e la riforma penalistica, seppur intervenute in tempi successivi, richiamano il concetto di gruppo e introducono il principio dei vantaggi compensativi.

A lungo, tuttavia, detto principio ha assunto valenza generale nel diritto civile, al contrario, in ambito penale, è rimasto relegato alla singola fattispecie di infedeltà patrimoniale nella quale è esplicitamente previsto.

Nel dettaglio, la giurisprudenza penale sottolineava che il momento consumativo del reato di bancarotta fraudolenta per distrazione coincide con il compimento dei singoli atti distrattivi, e, pertanto, sono irrilevanti i successivi atti di reintegrazione patrimoniale, quali gli eventuali vantaggi compensativi derivanti dall'appartenenza ad un gruppo.

Secondo la giurisprudenza tradizionale la clausola di cui all'art 2634, terzo comma, c.c. sarebbe inapplicabile ai reati fallimentari per la strutturale diversità dei reati societari e fallimentari, sia in relazione agli obiettivi di tutela, che alla *ratio*. I reati societari sono infatti rivolti a tutelare i soci dalle condotte infedeli degli amministratori, mentre nei reati fallimentari oggetto di tutela sono i creditori meritevoli di tutela dal depauperamento del patrimonio societario.

Solo con una storica pronuncia la Corte di Cassazione ha esplicitamente riconosciuto che la previsione dell'art. 2634, terzo comma, c.c., che esclude la rilevanza penale dell'atto depauperatorio

in presenza dei cd. "vantaggi compensativi" dei quali la società apparentemente danneggiata abbia fruito o sarebbe stata in grado di fruire in ragione della sua appartenenza a un più ampio gruppo di società, conferisce valenza normativa a principi, già desumibili dal sistema, in punto di necessaria considerazione della reale offensività, che sono senz'altro applicabili anche alle condotte sanzionate dalle norme fallimentari e, segnatamente, a fatti di disposizione patrimoniale contestati come distrattivi o dissipativi<sup>151</sup>.

In diverse successive pronunce la Corte di Cassazione ha affermato che gli atti di disposizione patrimoniale privi di seria contropartita eseguiti dagli amministratori a favore di società dello stesso gruppo integrano comunque il delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione, in quanto ad escludere la penale rilevanza di tali condotte non è sufficiente la mera ipotesi della sussistenza di vantaggi compensativi, ma occorre la prova che il vantaggio complessivo del gruppo compensi, nella ragionevole previsione dell'agente, gli effetti immediatamente negativi dell'operazione compiuta.

Si è ancora statuito che *“in tema di bancarotta fraudolenta per distrazione infragruppo, l'interesse che può escludere l'effettività della distrazione non può ridursi al fatto stesso della partecipazione al gruppo, né identificarsi nel vantaggio della società controllante, dovendosi escludere l'esistenza di una distrazione solo se la mancanza di corrispettivo sia meramente apparente, in considerazione dei concreti vantaggi compensativi, che l'amministratore ha l'onere di allegare e provare”*<sup>152</sup>.

In termini ancora più restrittivi la Suprema Corte ha chiarito che, quando all'interno di un gruppo societario avvengono finanziamenti da parte di una delle società, dichiarata fallita, a favore di altra società impossibilitata alla restituzione del prestito, è ipotizzabile la configurazione della bancarotta fraudolenta indipendentemente dalla valutazione dei vantaggi compensativi della operazione all'intero del gruppo stesso<sup>153</sup>.

Innanzitutto un contesto giurisprudenziale in continua evoluzione, appare, senza dubbio, interessante verificare nel corso di tale attività di lavoro e ricerca se le operazioni infragruppo possano produrre uno specifico vantaggio, anche indirettamente derivante da quello riferibile al gruppo nel suo complesso, idoneo a compensare efficacemente gli effetti immediatamente negativi delle operazioni stesse e, quindi, sufficiente per l'esclusione della rilevanza penale della condotta contestata.

---

<sup>151</sup> Cass. Pen., Sez. V, 24.05.2006, n. 36764 in CED, 234607.

<sup>152</sup> Cass. Pen., Sez. I, 26.10.2012, n. 48327, in *Diritto & Giustizia*, 2012.

<sup>153</sup> Cass. Pen., Sez. V, 21.02.2013, n. 20039, in *Diritto & Giustizia*, 2013.

Tuttavia il beneficio non può essere individuato nel vantaggio conseguito da altra società facente parte del gruppo, poiché in questo modo la posizione dei creditori della prima sarebbe comunque pregiudicata.

Occorre, quindi, tener conto in detta valutazione complessiva di una serie di elementi fattuali.

In primo luogo, occorre considerare la situazione economica nella quale le società versano, atteso che la complessiva operazione posta in essere deve essere analizzata con riferimento al complesso dei rapporti di gruppo e/o di cointeressenza economica al fine di verificare la sussistenza della fondata prevedibilità per la società in apparenza sacrificata di ottenere un beneficio conseguente alla realizzazione del medesimo.

In secondo luogo occorre verificare il conseguimento di una contropartita atteso che la giurisprudenza è unanime nel considerare come distrattiva un'operazione priva di adeguata contropartita. Infatti requisito della condotta tipica di distrazione è il distoglimento di denaro dalla generica garanzia creditoria.

Non ci sarà, invece, un depauperamento del patrimonio, qualora il patrimonio societario è, nell'ambito della complessiva operazione, rimasto integro.

La giurisprudenza, quindi, oltre che riconoscere il rilievo del fenomeno del gruppo di società nell'ambito del diritto penale, indica che per valutare la sussistenza della distrazione occorre riferirsi al complesso dei vantaggi che possono compensare, nell'ambito di complesse relazioni tra due imprese, una operazione apparentemente svantaggiosa.

Altresì, aspetto non irrilevante è l'individuazione di un interesse di gruppo all'operazione effettuata, ovvero un interesse che accomuna le società coinvolte.

In tale contesto assume valenza generale in materia di bancarotta il principio in base al quale quando si tratta di gruppi, o comunque di imprese con interessi intrecciati, occorre valutare l'operazione nello specifico contesto in cui si colloca, tenendo conto pertanto di tutti gli effetti che si determinano in capo ai protagonisti, non fermandosi alle apparenze.

Occorre, infine, sottolineare che la Suprema Corte ha sancito una regola di esperienza in materia, secondo cui *“il fattore tempo non è per nulla irrilevante dal momento che più è lontana nel tempo dal fallimento l'operazione considerata poi distrattiva, più difficile sarà individuare nella stessa i caratteri che consentono di qualificare una operazione in sé del tutto lecita, come è quella dell'accensione di un mutuo con una banca, come distrattiva”*<sup>154</sup>.

## **2.4. La teoria dei vantaggi compensativi.**

---

<sup>154</sup> Cass. Pen., Sez. V., 05.07.2012, n.38995.

La teoria dei vantaggi compensativi rappresenta l'espressione del rapporto pluridirezionale esistente tra il gruppo e le società che lo compongono.

Se da un lato le singole società e il loro rispettivo interesse sono talvolta sacrificati per il raggiungimento di un interesse corrispondente alla politica di gruppo nel suo complesso, dall'altro le stesse società sacrificate possono però ottenere un vantaggio, un ritorno di qualche tipo, che compensa il sacrificio inizialmente patito.

Il punto di partenza di questa teoria è costituito dalla considerazione dello specifico contesto in cui si trova ad operare la società della quale occorre valutare l'operazione. Questa non deve essere considerata come singola e indipendente, ma come inserita in un fitto reticolato di rapporti e legami che, proprio per questa loro caratteristica, devono essere vagliati nel loro insieme.

In questo senso la teoria dei vantaggi compensativi si palesa come un *“fondamentale strumento per l'individuazione del corrispettivo delle operazioni poste in essere da società legate da rapporti di gruppo”*<sup>155</sup>.

Con la condivisione di tale teoria non si perviene a negare la natura depauperatoria di operazioni che causano a prima vista uno svantaggio per la società, ma ad affermare che l'appartenenza della stessa società ad un gruppo impone di verificare in un'ottica diversa la convenienza dell'operazione medesima, e specificatamente di verificare se l'operazione dannosa abbia comunque comportato dei vantaggi per la società.

Detta valutazione dovrà essere eseguita secondo il criterio della prognosi postuma, analizzando l'operazione economica nel suo complesso.

In campo civilistico il principio, quando ancora non codificato, veniva desunto in via interpretativa, e in applicazione di esso si giungeva a considerare come legittime le politiche di gruppo che imponevano un sacrificio ad una società in vista di un beneficio del gruppo o di altra società che ne facesse parte, se proprio l'appartenenza al gruppo assicurava un ristoro alla società inizialmente sacrificata.

Successivamente il principio desumibile dalla teoria dei vantaggi compensativi è stato introdotto normativamente prima in una disposizione penale, specificatamente nell'art. 2634, terzo comma, c.c., e successivamente in una norma civile, nell'art. 2497 del medesimo codice.

Come già accennato in precedenza, però, l'applicazione che è stata fatta di queste norme ha portato a riconoscere valenza generale, e limitatamente all'ambito del diritto civile, al solo precetto dell'art.

---

<sup>155</sup> COCCO, *I confini tra condotte lecite, bancarotta fraudolenta e bancarotta semplice nelle relazioni economiche all'interno dei gruppi di società*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, Padova, 2003, n. 4, p. 1027.

2497 c.c., mentre quello dell'art. 2634 c.c. è stato ritenuto operante nello specifico ambito della disposizione in cui è collocato, cioè quella dell'infedeltà patrimoniale<sup>156</sup>.

Nei primi commenti alla norma di infedeltà patrimoniale si è affermato, in maniera speculare rispetto ai commenti della dottrina civilista, che la codificazione del principio non avrebbe comunque dettato una svolta, in quanto lo stesso era già desumibile in via interpretativa<sup>157</sup>.

Ha avuto origine un forte dibattito, che si è diramato in due posizioni, quella della giurisprudenza, che esclude che si possa applicare genericamente il principio, e quella della dottrina, pressoché unanime, che sostiene l'opinione diametralmente opposta.

L'orientamento giurisprudenziale si basa sulla considerazione che nel momento in cui si verifica il fallimento e si è in presenza di condotte integranti la bancarotta non può essere data attenzione all'interesse del gruppo, in quanto sono solo i creditori della società fallita a dover essere tutelati. L'appartenenza al gruppo, inoltre, non scalfisce il principio di autonomia soggettiva delle società. Come già accennato nel precedente paragrafo, la giurisprudenza richiama, per fondare l'inesportabilità della clausola ai reati fallimentari, la diversità dei reati societari e fallimentari in relazione alla struttura, agli obiettivi di tutela, alla *ratio*, in quanto nei primi è necessario tutelare i soci dalle condotte infedeli degli amministratori, mentre nei secondi i creditori dal depauperamento del patrimonio societario.

Con il passar del tempo, tuttavia, anche la giurisprudenza è però giunta al riconoscimento della validità della teoria dei vantaggi compensativi nel campo del diritto penale e segnatamente nell'ambito dell'ipotesi della bancarotta fraudolenta, sebbene ancora il vaglio della sussistenza di sacrifici/vantaggi compensativi a criteri più rigorosi.

Infatti la Corte di Cassazione in una importante sentenza ha affermato che il principio codificato nel terzo comma dell'art. 2634 c.c. è espressione di principi generali già desumibili dal sistema che consentono di punire le azioni dotate di reale offensività nell'alveo dei reati fallimentari<sup>158</sup>. Peraltro, il vantaggio conseguito dalla società autrice dell'iniziale atto dispositivo deve essere connesso a quest'ultimo e quindi scaturire dal realizzato interesse di gruppo, non deve essere meramente ipotetico, ma effettivo, nonché idoneo a compensare l'iniziale pregiudizio, e che *ex ante* sia prevedibile in termini di sostanziale certezza.

---

<sup>156</sup> Cass. Pen., Sez. V, 18.03.2005, n. 10688, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 747.

<sup>157</sup> PERDONO', *La teoria dei vantaggi compensativi alla conquista del territorio dei reati fallimentari*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, I, p. 373 ss.; CHIARAVIGLIO, *Operazioni infragruppo e bancarotta per distrazione: una recente pronuncia della Suprema Corte*, in *Riv. dott. comm.*, 2006, p. 621 ss.

<sup>158</sup> Cass. Pen., Sez. V, 24.05.2006, n. 36764 in *CED*, 234607.

Sottolinea inoltre la Corte che il beneficio non può essere individuato nel vantaggio conseguito da altra società facente parte del gruppo, poiché in questo modo la posizione dei creditori della prima sarebbe comunque pregiudicata, e che il vantaggio compensativo di cui occorre tenere conto può essere ravvisato solamente in quello che ristora l'atto dispositivo iniziale. Inoltre, l'esistenza di vantaggi compensativi non può essere desunta dalla mera appartenenza al gruppo<sup>159</sup>.

La dottrina maggioritaria, come anticipato, riteneva il principio già desumibile in via interpretativa dal sistema, e pertanto considerava l'avvenuta codificazione dello stesso come un'operazione corretta, ma non con effetti dirompenti. Si è affermato che l'effettuare un'operazione in vista del conseguimento di un vantaggio porta ad escludere la volontà del compimento dell'atto di distrazione, e pertanto l'elemento soggettivo<sup>160</sup>; ma ancora prima, già sul piano del fatto non si potrebbe considerare distrattiva una condotta che non distoglie dalla società dei patrimoni ma è tesa a ottenere dei vantaggi, che incrementino il patrimonio stesso.

Innanzitutto un orientamento unanime in merito all'operatività del principio in maniera generale nell'ambito penale, diverse sono le opinioni in riferimento al modo di operare della teoria richiamata.

In base alla concezione rigida, seguita da una parte della giurisprudenza, affinché possa essere considerata lecita l'operazione infragruppo occorre che la società, il cui patrimonio è stato leso dall'atto dispositivo, consegua un vantaggio che in questo modo ristori in maniera totale il suo sacrificio iniziale: in questo senso, si richiede in termini di sostanziale certezza il verificarsi del vantaggio<sup>161</sup>. Nel caso in cui il vantaggio non si realizzi in concreto, dovrà affermarsi la natura distrattiva o infedele dell'operazione societaria.

La concezione elastica, invece, ben consapevole del contesto aleatorio in cui le società devono operare, ritiene che debba essere considerato compensativo non solo il vantaggio certo ma anche quello solo fondatamente atteso, anche se poi non materialmente conseguito, sia nel breve che nel lungo periodo, e bensì anche quello che non ristora in termini di aritmetico pareggio il sacrificio

---

<sup>159</sup> Cass. Civ., 24.08.2004, n. 16707, che richiama nel suo excursus anche i reati fallimentari; Cass. Pen., Sez. V, 17.12.2008, n. 1137, che specifica come l'individuazione dell'appartenenza al gruppo è solo il punto di partenza per determinare se la società che ha effettuato l'operazione ha ottenuto dei vantaggi; Cass. Pen., Sez. V, 02.02.2012, n. 4458, in Società, 2012, p. 841 ss., con commento di SCOLETTA, *Bancarotta fraudolenta e rilevanza dei vantaggi compensativi infragruppo*, che conferma l'applicabilità dei vantaggi compensativi anche alla bancarotta fraudolenta, con la precisazione che l'accertamento dell'esistenza del gruppo è solo il presupposto per poter verificare l'esistenza di vantaggi compensativi che, ancorché indirettamente, devono essere idonei a compensare gli effetti negativi dell'operazione compiuta dalla danneggiata.

<sup>160</sup> BENUSSI, *La Cassazione ad una svolta: la clausola dei vantaggi compensativi è esportabile nella bancarotta per distrazione*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2007, p. 424 ss.

<sup>161</sup> NAPOLEONI, *Geometrie parallele e bagliori corruschi del diritto penale dei gruppi (bancarotta infragruppo, infedeltà patrimoniale e « vantaggi compensativi »)*, in Cass. Pen., 2005, 3794.

inizialmente subito. Secondo questa teoria, il giudizio sulla liceità o meno dell'operazione deve essere effettuato *ex ante*, sulla base della considerazione degli elementi conosciuti e conoscibili al momento in cui la stessa è stata posta in essere, in conformità al “disegno economico o piano imprenditoriale di gruppo”, senza che eventi successivi che impediscono il conseguimento del vantaggio possano essere considerati.

In questo senso, l'inapplicabilità della clausola può essere affermata solo in presenza di operazioni manifestamente azzardate, o compiute da società che si trovano in stato di dissesto, per le quali il compimento di un'operazione a favore di altra società non fa che aggravare il loro stato e che pertanto sono da considerare sicuramente depauperatorie<sup>162</sup>. Peraltro, sarà compito dell'accusa provare la natura irrazionale e depauperatoria dell'operazione, e della difesa fornire elementi idonei a provarne la conformità alla politica del gruppo, senza che il giudice possa contestare nel merito l'operazione in oggetto.

Dall'analisi degli orientamenti appena accennati, si potrebbe ritenere che la concezione elastica, sposata dalla dottrina, sia la più idonea per attribuire giusto significato sia al dato della norma, sia alla realtà nella quale le norme devono operare.

In relazione a quest'ultimo aspetto bisogna tener conto del contesto in cui si trovano ad operare le società, ovvero un contesto economico caratterizzato dall'alea che è insita in qualsiasi operazione.

In un contesto economico non sempre un'operazione, che comporta un sacrificio per la società a favore dell'interesse di gruppo, comporta un vantaggio compensativo, che ristori interamente e direttamente il sacrificio. Diversamente si tratterebbe di richiedere che l'imprenditore e/o gli altri soggetti attivi previsti dai reati societari pongano in essere, in genere, operazioni, solo quando certi che esse possano produrre profitto.

Detto ragionamento, tuttavia, non incita a confondere le operazioni di pura sorte o manifestamente infondate, che giustamente assumono rilevanza penalistica in relazione al reato di bancarotta semplice, con le operazioni qui in esame, le quali danno cittadinanza al normale rischio delle operazioni societarie, intraprese sulla base di decisioni che prendono in considerazione gli elementi presenti e conoscibili in quel determinato momento.

Ne deriva anche l'importanza dell'inciso utilizzato nel terzo comma dell'art. 2634 c.c. del conseguimento dei vantaggi fondatamente prevedibili.

L'utilizzo di una formula di questo tipo induce a ritenere che il vantaggio, come conseguenza dell'operazione, possa essere concretamente realizzato o prevedibile, in base agli elementi valutabili

---

<sup>162</sup> COCCO, *I confini tra condotte lecite, bancarotta fraudolenta e bancarotta semplice nelle relazioni economiche all'interno dei gruppi di società*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, Padova, 2003, n. 4, p. 1043.



al momento in cui l'operazione è posta in essere. Diversamente si richiederebbe “sempre” una realizzazione concreta del vantaggio e si annienterebbe il rischio tipico dell'agire imprenditoriale, poiché si potrebbe operare solo se completamente certi del risultato finale.

Pertanto, salvi i casi in cui sia possibile ravvisare i caratteri di una operazione di pura sorte, di un azzardo e in cui si è agito nella certezza dell'impossibilità del conseguimento di un vantaggio e della conseguente lesione dei creditori, se l'analisi dei dati e degli elementi è stata razionale e poteva condurre alla fondata e seria previsione di un ritorno economico può ritenersi applicabile il concetto espresso dalla teoria dei vantaggi compensativi.

La rilevanza dei vantaggi compensativi, espressamente prevista dall'art. 2634, terzo comma, c.c., non rende inoperante il principio dell'autonomia soggettiva delle singole società del gruppo ai fini della configurabilità dei reati di bancarotta.

Di recente la Corte di Cassazione con la sentenza n. 34030 del 6 agosto 2013 ha affermato che affinché la penale rilevanza della condotta risulti esclusa occorre, quindi, provare l'esistenza di uno specifico vantaggio anche indiretto concretamente idoneo a compensare per la fallita gli effetti immediatamente negativi dell'operazione contestata.

## **2.5. L'operatività dei vantaggi compensativi in materia penale: le iniziali difficoltà e le successive aperture della giurisprudenza.**

A tal punto è necessario analizzare il rapporto tra operazioni infragruppo e reati fallimentari, problematico soprattutto a seguito della riforma del diritto societario di inizio millennio.

Il dibattito ruota intorno alla efficacia sul piano penale dell'"interesse di gruppo".

In particolare devono essere approfondite due questioni controverse. In primo luogo quale sia il rapporto tra valutazione del carattere distrattivo di un'operazione di spostamento di beni della società controllata senza adeguata (almeno nell'immediato) contropartita e la realtà del gruppo. In secondo luogo se possa ritenersi applicabile al gruppo di società la clausola dei vantaggi compensativi, a seguito della sua introduzione all'art. 2634, terzo comma, c.c., anche nell'ambito dei reati fallimentari e, per ciò che qui rileva in particolare, della bancarotta fraudolenta per distrazione.

Quanto esposto, al fine di chiarire se, integrate le condotte del reato, l'ingiustizia del profitto possa ritenersi elisa in concreto in caso di successiva compensazione o quando gli amministratori della società disestata abbiano agito prevedendo ragionevolmente che il danno prodotto avrebbe potuto trovare compensazione in un futuro non lontano in vantaggi per la stessa controllata derivanti dall'appartenenza al gruppo.

Occorre, quindi, tratteggiare l'approccio giurisprudenziale nei confronti del principio dei vantaggi compensativi, sia prima che successivamente alla riforma operata dal D.Lgs. n. 61 del 2002.

Antecedentemente alla riforma del diritto societario, la giurisprudenza della Corte di Cassazione era orientata in direzione unanime per l'irrelevanza del collegamento tra la società controllante e quella controllata ai fini della determinazione della condotta dell'amministratore in chiave distrattiva<sup>163</sup>.

Invece, sul versante civilistico i giudici di legittimità da tempo riconoscevano che, per poter valutare correttamente la conformità delle condotte gestorie all'oggetto sociale della società amministrata (e danneggiata), è necessario considerare il vantaggio concreto che l'operazione arreca al gruppo e quindi, indirettamente, ad ogni società che vi appartenga<sup>164</sup>.

A seguito della riforma del diritto societario sono state apportate alcune modifiche al quadro fin qui delineato. Il terzo comma dell'art. 2634 c.c. statuisce 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"*.

Con tale norma, come già si è detto, per la prima volta il legislatore ha riconosciuto l'importanza del fenomeno del gruppo di società nel nostro ordinamento.

In tal modo è stata riconosciuta la liceità delle operazioni infragruppo, poste in essere nel rispetto dei limiti entro i quali la controllante può imporre sacrifici alle società controllate<sup>165</sup>.

Ad oggi rimane ancora controverso se le condotte tipiche della bancarotta fraudolenta per distrazione, poste in essere dall'amministratore di una società controllata o collegata, possano essere giustificate sul piano penale qualora questo, nel tenere le condotte incriminate, avesse avuto fondata ragione di prevedere, sulla base di elementi concreti e non esclusivamente aleatori, che il danno prodotto avrebbe potuto, in un futuro non lontano, trovare compensazione in un atto infragruppo di segno opposto dei cui vantaggi la stessa controllata avrebbe potuto giovare.

L'orientamento attualmente preminente della Corte, in continuità con quanto espresso dalle pronunce *ante* riforma, ha confermato che il fenomeno dei gruppi di società ha natura meramente economica e lascia inalterato il principio di autonomia giuridica delle singole società. Da tale considerazione derivano due ordini di conseguenze: innanzitutto il trasferimento di risorse

---

<sup>163</sup> Cass. Pen., Sez. V, 09.03.1999, n. 4424, in *Cass. Pen.*, 2000, p. 3445; Cass. Pen., Sez. V, 17.03.1995, n. 5032, in *Cass. Pen.*, 1997, p. 218.

<sup>164</sup> Cass. Civ., Sez. I, 23.01.1999, n. 521, in *Le società*, 1999, p. 428; Cass. Civ., Sez. I, 11.03.1996, n. 2001, in *Foro it.*, 1996, c. 1222.

<sup>165</sup> BENUSSI, *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale nei gruppi di società: limite scriminante o "esegetico"?*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini-Paliero, Milano, 2006, p. 2184.

infragruppo, specialmente quando avviene a vantaggio di una società già in difficoltà economiche, non è consentito e deve essere qualificato come vera e propria distrazione ai sensi e per gli effetti dell'art. 216 L.F.<sup>166</sup>.

In secondo luogo, il profilo attinente all'esistenza dei vantaggi compensativi non può operare oltre la sfera del delitto di 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<sup>167</sup>.

Quindi, inizialmente si riteneva che la difformità tra gli interessi tutelati dalla legge penale fallimentare e dalla nuova disciplina dei reati societari, introdotta dal D.Lgs. 61/ 2002, impediva l'applicabilità alla materia fallimentare della norma prevista dall'art. 2634, terzo comma, c.c.<sup>168</sup>. In particolare, mentre la norma societaria mira a tutelare i soci da atti di disposizione di amministratori infedeli, e, quindi, la limitazione del concetto di ingiusto profitto quando vi sia compensazione del danno appare plausibile, la norma fallimentare è posta a tutela dei creditori della società fallita e richiede che le garanzie poste a tutela del credito non vengano messe in pericolo.

Si è detto, infatti, che il trasferimento di risorse infragruppo, specialmente quando avvenga a vantaggio di una società già in difficoltà economiche, deve essere considerato come vera e propria distrazione sul rilievo che le società, pur appartenendo allo stesso gruppo, sono persone giuridiche diverse e, pertanto, i creditori della società depauperata non potrebbero rivalersi dei loro crediti inseguendo i beni ceduti da una società ad un'altra dotata di autonoma personalità giuridica, posto che la garanzia dei creditori è data dal patrimonio sociale<sup>169</sup>.

L'introduzione dell'art. 2634, terzo comma, c.c. non permette di affermare che la presenza in un gruppo societario legittimi, per ciò solo, qualsiasi condotta di asservimento di una società all'interesse delle altre società del gruppo. Anche dopo la riforma, infatti, l'autonomia soggettiva e patrimoniale che contraddistingue ogni società impone all'amministratore di perseguire prioritariamente l'interesse della società alla quale è preposto, non essendogli consentito di sacrificare questa finalità in favore di un diverso interesse, anche se riconducibile a quello di chi è

---

<sup>166</sup> Cass. Pen., Sez. V, 04.12.2007, n. 4410, in *Giur. comm.*, 2008, p. 764.

<sup>167</sup> Cass. Pen. Sez. V, 08.11.2007, n. 7326, in *Cass. Pen.*, 2009, p. 291.

<sup>168</sup> Cass. Pen., Sez. V, 05.06. 2003, n. 36629, in *Cass. Pen.*, 2005, p. 1359.

<sup>169</sup> Cass. Pen., Sez. V, 15.07.2008, n. 39546, in *Guida dir.*, 2008, n. 46, p. 101.

collocato al vertice del gruppo, non potendo comunque tale condotta avere alcun riflesso in favore dei terzi creditori della società depauperata<sup>170</sup>.

L'orientamento appena tracciato è stato posto in discussione per la prima volta dalla Corte di Cassazione nel 2006<sup>171</sup>. La Corte ha fornito una diversa interpretazione sistematica in chiave di reale offensività della condotta distrattiva, accogliendo alcuni principi già proposti in passato dalla dottrina. In tal senso ha affermato che alla previsione di cui al terzo comma dell'art. 2634 c.c. non può non riconoscersi positivizzazione normativa di un principio già desumibile dal sistema, da ciò dovendosi concludere che il rapporto di gruppo deve essere considerato all'interno delle circostanze da ponderare in sede di verifica della sussistenza della condotta tipica di distrazione, "non potendo, in materia, l'analisi giuridica andare distinta dall'analisi economica della vicenda".

Astratta ammissibilità, dunque, che richiede in concreto che gli ipotizzati benefici indiretti della fallita risultino non solo effettivamente connessi ad un vantaggio complessivo del gruppo, ma anche idonei a compensare efficacemente gli effetti immediatamente negativi dell'operazione compiuta in modo tale da renderla incapace di incidere, almeno nella ragionevole previsione dell'agente, sugli interessi dei creditori della società.

Pur non essendo stato intaccato dalla riforma il principio dell'autonomia soggettiva e patrimoniale delle società facenti parte del gruppo e, quindi, non potendo le valutazioni afferenti la conduzione del gruppo pregiudicare ingiustificatamente gli interessi dei creditori di ciascuna di esse, ciò non esclude la possibilità di tenerne conto.

Pertanto, la conduzione di un'impresa infatti non consiste, di regola, nel compimento di singole operazioni, ma nella realizzazione di strategie spesso complesse, fatte di molteplici atti tra loro connessi.

La giurisprudenza ha, quindi, affermato che il criterio della conformità dell'atto dispositivo all'interesse della società che ne rimane depauperata deve essere modulato in maniera specifica quando la società stessa si trovi ad operare nell'ambito di un gruppo in quanto, mutando le condizioni di esercizio dell'impresa sociale, non può non mutare il parametro di verifica delle singole decisioni. In quest'ottica e salvo il rispetto degli altri parametri richiesti dal caso concreto, potrebbe ipotizzarsi l'esclusione del reato nel caso in cui l'operazione appaia incapace ad incidere sulle ragioni dei creditori della società concedente<sup>172</sup>.

---

<sup>170</sup> Cass. Pen., Sez. V, 22.02.2007, n. 11019, in *Cass. Pen.*, 2008, p. 3021.

<sup>171</sup> Cass. Pen., Sez. V, 24.05.2006, n. 36764, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, p. 421, nello stesso senso Cass. Pen., Sez. V, 25.09.2008, n. 41293, in *Cass. Pen.*, 2009, p. 3983; Cass. Pen., Sez. V, 17.12.2008, n. 1137, in *C.E.D. Cass.*, 2008, n. 242546; Cass. Pen., Sez. V, 06.10.2011, n. 48518, in *Cass. Pen.*, n. 251536.

<sup>172</sup> Cass. Pen., Sez. V, 06.10.2011, n. 48518, in *Cass. Pen.*, 2012, p. 3849.

In dottrina si riscontra la medesima dicotomia interpretativa e l'orientamento maggioritario ritiene che la formula, definendo a quali condizioni poter ritenere assente il carattere di ingiustizia del profitto, non possa rappresentare una mera causa di non punibilità, ma inerisca come elemento negativo alla struttura stessa del reato determinando l'esclusione del dolo specifico, costituente un criterio di ulteriore tipizzazione del fatto<sup>173</sup>.

Pur costituendo espressione di un principio generale, la sua applicazione è subordinata a due requisiti: innanzitutto la crisi della società apparentemente sacrificata dovrà essere momentanea e comunque reversibile anche grazie all'intervento di sostegno; in secondo luogo la società che esercita l'attività di direzione e coordinamento non dovrà versare a sua volta in stato di insolvenza, impedendo tale condizione di generare effettivi ed adeguati benefici di ritorno a favore della società depauperata.

In senso contrario altra parte della dottrina, sposando le stesse motivazioni addotte dalla giurisprudenza, ha negato la natura di clausola generale sia per la diversità dei beni giuridici tutelati dai sistemi di norme, sia per il dato testuale e la *ratio* della norma: la fattispecie di infedeltà è chiamata a reprimere forme di malversazione dei beni sociali in sostituzione delle precedenti incriminazioni di appropriazione indebita e conflitto di interessi.

Optando per un'interpretazione maggiormente rispettosa del principio di necessaria offensività del reato, sembra opportuno quindi sostenere che, sul versante oggettivo, essendo individuato il concetto di distrazione nella condotta di destinazione di un bene per una finalità diversa da quella doverosa senza adeguata contropartita (e, segnatamente, per una finalità incompatibile con gli interessi dei creditori), quando tale contropartita sia successivamente venuta ad esistenza in forma di vantaggio compensativo derivante dall'appartenenza al gruppo, sarebbe lo stesso carattere distrattivo dell'azione a venire meno. Ciò in quanto, in tali casi, l'atto non sarebbe idoneo a causare la lesione patrimoniale della garanzia creditoria.

È pur vero che la condotta, nel momento in cui viene posto in essere l'impoverimento, potrebbe essere considerata come distrazione perfetta e consumata, ma in un sistema articolato e organico come quello del gruppo di società si impone uno sforzo ulteriore al fine di comprendere ed interpretare sviluppi che vanno oltre il singolo atto compiuto.

---

<sup>173</sup> MUSCO, *I nuovi reati societari*, Milano, 2007, p. 226; ALDROVANDI, *Infedeltà patrimoniale*, in AA.VV., *I reati societari*, a cura di Lanzi-Cadoppi, Milano, 2007, p. 200; MEZZETTI, *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, p. 234; MASULLO, *Fallimento e società* (sub art. 2634), in AA.VV., *Leggi penali d'udienza*, a cura di Padovani, Milano, 2003, p. 1312.

In tal senso si comprende l'importanza dell'apertura effettuata dalla Suprema Corte, che impone di valutare ogni singola operazione compiuta dagli amministratori alla luce della realtà del gruppo e delle sue complesse dinamiche.

In questo modo è possibile recuperare la necessaria simmetria tra l'ambito del punibile in senso oggettivo e l'ambito del punibile in senso soggettivo.

Ci si riferisce, in particolare, ai casi in cui i vantaggi siano solo "fondatamente previsti", ovvero quando il soggetto attivo del reato astrattamente configurabile abbia agito con la ragionevole consapevolezza che il depauperamento, necessariamente transitorio, sarebbe stato compensato in tempi adeguati da corrispondenti benefici derivanti dall'appartenenza al gruppo (poi in concreto non verificatisi).

Per la configurabilità del reato previsto dall'art. 216 L.F., infatti, è necessaria la volontà di porre in essere l'operazione di spostamento di beni, con la consapevolezza della sottrazione dei beni alla garanzia della massa dei creditori<sup>174</sup>.

In questa direzione è però necessario interpretare l'attività dell'amministratore alla luce delle dinamiche del gruppo e del possibile ritorno economico per la società controllata; con la conclusione che in determinati casi, anche in presenza di operazioni cui non abbia fatto seguito un vantaggio di segno opposto, non può ritenersi configurato il dolo di distrazione.

Quindi, se l'amministratore ha agito non con la volontà di distrarre, ma con l'intenzione di "investire" attraverso i beni della controllata per la finalità di gruppo, con la fondata previsione di un ritorno economico "compensativo" per la società sacrificata, ben potrebbe escludersi la configurazione del dolo e, quindi, la configurabilità del reato in tutti i suoi elementi.

Un'interpretazione di questo tenore potrebbe essere considerata la più idonea a perseguire la probabile finalità per cui il sistema è stato delineato: da un lato rimarrebbero al di fuori dell'ambito di punibilità tutte quelle condotte poste in essere dagli amministratori in "buona fede", ossia in vista dell'obiettivo comune dell'accrescimento della competitività del gruppo (e, di riflesso, delle singole società di esso facenti parte), dall'altro potrebbero comunque essere perseguiti penalmente tutti i fatti realmente distrattivi e fraudolenti di "sacrificio" sistematico e incondizionato delle società controllate (punibili, si ricorda, anche a titolo di dolo eventuale).

Con il D.Lgs. n. 61 del 2002 è stata inoltre riformulata la disposizione incriminatrice *ex* art. 223, secondo comma, n. 1, L.F. la quale richiama il citato art. 2634 c.c. Il problema è che, almeno apparentemente, l'infedeltà patrimoniale, compresa anche la clausola dei vantaggi compensativi,

---

<sup>174</sup> Cass. Pen., Sez V, 19.02.2004, n. 12564, in *Giur. it.*, 2005, p. 133; Cass. Pen., Sez. V, 18.01. 2008, n. 7414, in *Guida dir.*, 2008, p. 81.

entra nella struttura del reato di bancarotta societaria. Anche in tal senso la Suprema Corte si è dimostrata del tutto contraria ad espanderne l'applicabilità, confermando che il vantaggio compensativo non può andare oltre la sfera dell'infedeltà patrimoniale<sup>175</sup>.

## **2.6. Il vantaggio compensativo tra i gruppi di società: natura della clausola di esenzione del reato.**

Con riferimento al rapporto tra bancarotta patrimoniale e vantaggi compensativi, sembra necessario interrogarsi sulla natura della clausola di cui all'art. 2634, terzo comma c.c., posto che dalla sua configurazione in termini di causa di giustificazione o di mero elemento di tipicità della fattispecie, possono discendere effetti diversi sul relativo ambito di applicazione.

Secondo l'opinione che sembrerebbe maggiormente accreditata tra gli interpreti, siffatta previsione dovrebbe essere intesa come causa di esclusione della tipicità per mancanza del dolo specifico rappresentato dall'"ingiusto profitto": l'ingiustizia del profitto, nell'ottica di tale disposizione, potrebbe, in altri termini, venir meno a seguito del conseguimento di un vantaggio in un dato momento storico "vantaggi conseguiti", o in una prospettiva futura "fondatamente prevedibili".

La norma in esame richiede che, nella valutazione della sussistenza dell'ingiustizia o meno del profitto, si deve verificare che lo stesso profitto sia compensato da vantaggi conseguiti o fondatamente prevedibili derivanti dal collegamento o dalla appartenenza al gruppo.

Se la dinamica dei vantaggi compensativi, così come recepita dal legislatore penale societario, ammette che la verifica della compensazione tra il pregiudizio subito ed vantaggi possa essere condotta anche in termini di ragionevole probabilità, appare evidente la natura autonoma 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 l'impossibilità di poter operare una compensazione (nel senso aritmetico del termine), a *priori*, in termini di previsione, per valutare l'attitudine dei vantaggi ad elidere i danni causati dal compimento dell'atto dispositivo.

La compensazione, a cui ha fatto riferimento il terzo comma dell'art. 2634 c.c., ha 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: in tal modo vi saranno ipotesi in cui la condotta, ancorché idonea a cagionare un

---

<sup>175</sup> Cass. Pen., Sez. V, 18.11.2004, n. 10688, in *Cass. Pen.*, 2005, p. 3781.

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 l'effettiva offensività delle condotte del caso concreto, mediante una ottica di bilanciamento degli interessi in conflitto.

Anche la più recente giurisprudenza rileva che *“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”*<sup>176</sup>.

La portata dell'efficacia esimente dei vantaggi compensativi, espressamente prevista per il reato di infedeltà patrimoniale di cui all'art. 2634 c.c., se pure estende il suo ambito applicativo anche ai reati di bancarotta alla luce dei principi affermati dalla Corte di Cassazione, limita in realtà i suoi effetti ai fatti di bancarotta per distrazione, rimanendone esclusi quelli di bancarotta impropria<sup>177</sup>.

Si esige non solo l'esistenza di un vantaggio complessivamente ricevuto dal gruppo a seguito delle operazioni, ma anche l'idoneità dello stesso a compensare efficacemente gli effetti immediatamente negativi cagionati alla società fallita dalle operazioni, in modo che le stesse risultino non incidenti sulle ragioni dei creditori. Entrambe le condizioni sono, a ben vedere, espressione del particolare rigore che deve contraddistinguere le valutazioni sull'esistenza e sulla significatività di vantaggi compensativi in presenza dell'intervenuto fallimento della società; fallimento che inevitabilmente implica il pregiudizio per le posizioni creditorie.

E', quindi, necessario perché possa essere esclusa la rilevanza penale del fatto, che le operazioni contestate abbiano prodotto benefici indiretti tali da renderle in concreto ininfluenti sulla creazione di tale pregiudizio<sup>178</sup>.

La scelta del legislatore penale di fare riferimento, nell'ambito della compensazione, al vantaggio che la singola avrebbe tratto in futuro dalla sua appartenenza al gruppo ed al profitto che si

---

<sup>176</sup> Così, Cass. Pen, Sez. V, 23.06.2003, n. 38110.

<sup>177</sup> Cass. Pen, Sez. V, 05.06.2013, n. 49787.

<sup>178</sup> Cass. Pen, Sez. V, 01.04.2015, n. 29835.



intendeva perseguire per il gruppo o per altra società collegata, porta logicamente a ritenere che la clausola dei vantaggi compensativi, quanto meno in riferimento alla illiceità penale di determinati fatti, operi sul piano dell'elemento psicologico determinando, pertanto, una restrizione dell'ambito di operatività della fattispecie delittuosa. Non rileva, cioè, ai fini della applicazione della sanzione, che il danno subito dalla controllata venga eliminato dall'incremento di ricchezza del gruppo; tale ripristino di equilibrio può anche non avvenire e ciò nondimeno l'amministratore può andare esente da pena.

Il disvalore del fatto è, infatti, correlato non già alla mancata compensazione effettiva del pregiudizio (come accade, invece, sul piano civile: art. 2497 c.c.), bensì al difetto di giustificazione, in termini di possibile ritorno di utilità, in riferimento a scelte gestorie che hanno portato ad un impoverimento del patrimonio sociale.

L'art. 2634, terzo comma, c.c., quando richiama la "non ingiustizia del profitto" si riferisce genericamente all'arricchimento del "gruppo" o della "società collegata".

La decisione di non prendere posizione in ordine alla descrizione di tali elementi normativi è rappresentata dalla volontà del legislatore penale di rimettersi, per quanto attiene alle scelte definitorie di categoria, alla disciplina sostanziale di prossima emanazione, mantenendosi coerente, in questo senso, con i principi di frammentarietà e sussidiarietà, ed assumendo una posizione il meno possibile invasiva.

In base ad una esegesi prettamente letterale del testo, ai fini della esclusione della responsabilità, l'atto dispositivo dannoso realizzato dall'amministratore dovrà essere collegato eziologicamente, quanto meno dal punto di vista psichico, ad una "imposizione dall'alto", oppure posto in essere nell'ambito di una società legata ad un'altra mediante vincoli contrattuali, o in virtù di una partecipazione azionaria.

Da tali brevi osservazioni sembra emergere che la nuova disciplina penale in materia di gruppi appare, nonostante gli sforzi, mal conciliarsi con le reali dinamiche di potere all'interno degli stessi: la legge, infatti, non accenna mai, neppure implicitamente, a quello che in materia civile viene qualificato come "abuso di direzione unitaria".

Nell'ambito civile tale situazione fattuale viene ricondotta ad un'autonoma responsabilità della holding, ma ciò non sembra avvenire anche in sede penale.

Siffatta carenza ha portato taluno 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.*”.<sup>179</sup>

Altro aspetto problematico correlato alla mancata determinatezza e tassatività nella descrizione della fattispecie attiene alla individuazione del soggetto sul quale debba ricadere il vantaggio.

La clausola del 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 neppure in ordine alla “provenienza” del beneficio, se questo, cioè, debba o meno essere frutto di una specifica operazione collegata a quella dannosa.

Non è chiaro, nel silenzio delle legge, se il vantaggio effettivo o potenziale derivante dall’operazione posta in essere ricada sul gruppo considerato nel suo insieme, oppure se sia necessario un accertamento dalla ulteriore concreta ripercussione positiva del vantaggio anche sulla società danneggiata in virtù della sua appartenenza al gruppo.

Propendere per l’una o per l’altra tesi comporta, nuovamente, un allargamento ovvero una restrizione del vantaggio compensativo.

La maggior parte della dottrina ritiene che il giudice dovrebbe verificare *in primis* che l’azione dell’amministratore sia determinata dalla finalità di perseguire l’interesse di gruppo; ed in secondo luogo, che il raggiungimento di siffatto profitto per il gruppo o per una singola collegata si ripercuota o si possa ripercuotere in concreto anche sul bilancio della società depauperata, in base al suo legame economico col gruppo complessivamente arricchito. Quindi, detta impostazione esclude l’operatività dell’art. 2634, terzo comma, c.c. ai casi in cui il profitto non si sia tramutato (o non si possa tramutare) in vantaggio anche e soprattutto per la singola danneggiata<sup>180</sup>.

Diversa è, invece, l’impostazione della giurisprudenza che sembra orientata nel senso opposto<sup>181</sup>.

Sembrerebbe più opportuno, pertanto, interpretare l’art. 2634, terzo comma, c.c. in modo tale che la compensazione possa dirsi avvenuta, e quindi la condotta possa ritenersi penalmente lecita, quando

---

<sup>179</sup> ACQUAROLI, *Alcune osservazioni sul reato di infedeltà patrimoniale alla luce del nuovo diritto societario*, in *La riforma dei reati societari*, a cura di PIERGALLINI, Milano, 2004, p. 184.

<sup>180</sup> RIVA GRECHI, *Bancarotta fraudolenta, infedeltà patrimoniale e rilevanza dei gruppi di società*, in *Giust. pen.*, 2004, p. 580; MILITELLO, *Aspetti penalistici dell’abusiva gestione nei gruppi societari: tra appropriazione indebita ed infedeltà patrimoniale*, in *Foro it.*, 1989, II, p. 421 e ss.; SANTORIELLO, *Il nuovo diritto penale delle società: le previsioni sanzionatorie fra vecchia e nuova disciplina delle società di capitali e delle cooperative*, Torino, 2003, p. 265.

<sup>181</sup> In particolare si veda Cass.Pen., Sez. V, 27 maggio 2003, n. 23241, Tavecchia, in *Giust. pen.*, 2004, con nota di RIVA DA GRECHI, in cui si afferma, a proposito della possibilità o meno di estendere la clausola dei vantaggi compensativi anche in materia fallimentare, che “solo ai fini del reato societario di cui all’art. 2634 c.c. il legislatore impone la valutazione degli interessi antagonisti delle società per escludere l’ingiustizia del profitto dell’agente ove il danno della società sacrificata sia compensato dai vantaggi conseguiti o fondatamente previsti a beneficio del gruppo stesso”.

l'operazione infragruppo, dannosa per la singola, sia stata realizzata al fine di ottenere un profitto per il gruppo (o per altra collegata) dal quale, però, in concreto consegua o sia conseguibile un vantaggio diretto o indiretto anche per la società inizialmente impoverita<sup>182</sup>.

## **2.7. I criteri della compensazione: il *quantum* ed il *quomodo*.**

Al fine di giungere ad una corretta delimitazione dell'ambito di applicabilità della clausola di esonero, occorre risolvere la problematica del *quantum* del vantaggio compensativo.

Occorre domandarsi, infatti, innanzi al silenzio della legge, quale debba essere, ai fini della operatività dell'art. 2634, terzo comma, c.c. la proporzione tra il profitto del gruppo (o della collegata) ed il ritorno di utilità effettivo o potenziale per la singola danneggiata: se sia necessaria una sostanziale equivalenza tra i due valori, nel senso che il *surplus* di ricchezza conseguito dal gruppo debba riverberarsi in pari misura anche sul bilancio della controllata; o se, invece, sia sufficiente che questa incrementi il suo patrimonio in modo "significativo", seppure in una percentuale inferiore rispetto a quella del guadagno complessivo del gruppo.

Il legislatore in ordine alle dinamiche infragruppo non è volto a sanzionare l'impoverimento in sé considerato, che rientra a pieno nel rischio fisiologico e lecito dell'attività d'impresa, ma solo quell'impoverimento che derivi da una politica gestoria interamente incentrata sul perseguimento di un interesse extrasociale: in altri termini, un impoverimento ingiustificato<sup>183</sup>.

L'interprete è, allora, chiamato ad individuare quali siano i requisiti che permettano di fondare la giustificazione dell'atto depauperativo.

E' superfluo dover precisare che non sono idonee a compensare il profitto del gruppo o di altre società del gruppo quelle contropartite meramente irrisorie, prive di consistenza economica, o comunque del tutto sproporzionate rispetto all'iniziale sacrificio.

Allo stesso modo sarebbe inutile rispetto alla *ratio* della fattispecie pretendere un riequilibrio effettivo su base aritmetica, atteso che l'intento del legislatore non è di evitare che con l'operazione

---

<sup>182</sup> Prima della introduzione della infedeltà patrimoniale si ricorreva, in siffatte ipotesi, alla figura della appropriazione indebita ai sensi dell'art. 646 c.p., ma già allora vi era chi escludeva il dolo specifico di ingiusto profitto nei casi in cui dall'utilizzo di fondi della controllata a vantaggio della controllante derivasse un beneficio al gruppo nel suo complesso, e quindi, indirettamente, anche alla controllata. In siffatte ipotesi, si diceva, veniva meno l'elemento necessario della altruità del profitto, ovvero della estraneità, rispetto all'interesse del proprietario, del fine di profitto che sorreggeva la condotta incriminata. Non era, quindi ingiusto, il profitto che in qualche modo ricadesse anche in favore del proprietario del bene sottratto. Cfr. MILITELLO, *Aspetti penalistici dell'abusiva gestione nei gruppi societari: tra appropriazione indebita e infedeltà patrimoniale*, in *Foro. It.*, II, 1989, p. 436.

<sup>183</sup> MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio nella disciplina penale dei gruppi di società*, Napoli, 2006, p.268.

infragruppo si provochi un generico danno patrimoniale alla singola componente; né espressamente è richiesta la eliminazione di siffatto danno mediante la compensazione<sup>184</sup>.

L'art. 2634, terzo comma, c.c., piuttosto, sembra esser stato redatto con l'obiettivo di riconoscere un più ampio spazio di libertà operativa ai soggetti qualificati che svolgono la loro funzione all'interno di un gruppo societario, tollerando anche il compimento di atti dispositivi inizialmente dannosi, purché siano orientati ad un ritorno, anche indiretto, di utilità per la società sacrificata.

La contropartita, allora, a prescindere dai dati numerici, dalla effettiva proporzionalità o assoluta equivalenza, sarà idonea a giustificare l'iniziale danno ogniquale volta denoti la mancanza dell'intenzionale sfruttamento dell'impresa a favore della società collegata o del gruppo, trattandosi, invero, di valutare la non extrasocialità di una decisione assunta nel quadro della politica di gruppo<sup>185</sup>.

La liceità delle operazioni infragruppo, quindi, sarà frutto di una valutazione *ex post* del rapporto tra tra perdite e guadagni e di una valutazione *ex ante* del risultato che nel medio e lungo periodo ci si poteva attendere in base agli elementi noti nel momento in cui l'operazione infragruppo è stata realizzata.

Tuttavia il compito dell'interprete è quello di effettuare un bilanciamento costi-benefici delle operazioni infragruppo, tenendo conto della continuità e polivalenza dei rapporti tra società, e di guardare, così, sia ai benefici già conseguiti sia a quelli che verranno conseguiti, riguardo ai quali non può che pretendersi un giudizio di ragionevole o fondata prevedibilità<sup>186</sup>.

## **2.8. I “vantaggi conseguiti e i vantaggi fondatamente prevedibili” .**

La liceità delle operazioni infragruppo è rimessa a due differenti parametri di valutazione che tengono conto dei comuni interessi economici perseguiti dalle diverse società del gruppo nello svolgimento delle loro attività: l'uno oggettivo rapportato ad un dato storico certo e concretamente verificabile “i vantaggi conseguiti”; l'altro soggettivo riferito ad un atteggiamento interiore del soggetto attivo “i vantaggi fondatamente prevedibili”.

---

<sup>184</sup> 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 negli abusi di gestione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, p. 905; MUCCIARELLI, *Il ruolo dei “vantaggi compensativi” nell'economia del delitto di infedeltà patrimoniale degli amministratori*, in *Giur. Comm.*, I, 2002, p. 633.

<sup>185</sup> BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e sanzioni penali*, Milano, 2006, p. 141; nonché MASUCCI, *Vantaggi del gruppo e dell'impresa collegata nel governo penale negli abusi di gestione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, p. 905.

<sup>186</sup> 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. econ.*, 2003, p. 1036.

In relazione al momento cronologico della realizzazione dei vantaggi “conseguiti”, nel silenzio della legge, si potrebbe ritenere che il dato testuale si riferisse ad un vantaggio conseguito in virtù di operazioni precedenti a quella incriminata, dovendo all'uopo escludere la necessità di un nesso eziologico e psichico tra la successiva condotta pregiudizievole ed il ritorno di utilità per la società danneggiata.

In posizione contraria, ovvero nel caso in cui si interpretasse la locuzione “vantaggi conseguiti” in riferimento a benefici ottenuti in un momento cronologico successivo al compimento dell'operazione dannosa, riemergerebbe il problema in ordine alla “causa” del vantaggio stesso: se, cioè, sia sufficiente che il ritorno di utilità sia genericamente derivato dall'organizzazione dell'impresa in forma di gruppo, oppure se sia necessario, ai fini dell'esonero dalla responsabilità, che questo promani direttamente o indirettamente dallo stesso atto pregiudizievole<sup>187</sup>, o da una o più specifiche contro-operazioni a tal fine ordinate<sup>188</sup>.

La condivisione dell'una o dell'altra valutazione incide significativamente sull'*iter* di accertamento delle modalità di conseguimento del vantaggio: se, cioè, possa assumere funzione “giustificante” qualsiasi tipo di generico vantaggio già conseguito prima del compimento dell'atto dannoso in virtù della mera appartenenza al gruppo<sup>189</sup>, oppure se possa ritenersi “vantaggio compensativo” solo quel beneficio ottenuto successivamente alla realizzazione dell'atto depauperativo.

Tuttavia il vero problema non attiene tanto al “prima” o al “dopo” del conseguimento del vantaggio rispetto all'atto dispositivo dannoso, quanto piuttosto alla necessità di un collegamento funzionale tra il pregiudizio subito dalla controllata, il beneficio di natura compensativa da questa conseguito, e la politica di gruppo.

Quindi, ai fini del giudizio in ordine alla liceità dell'atto dispositivo infragruppo, si dovrà prendere cognizione sia del danno cagionato, sia del contesto in cui questo si è materializzato, sia della funzione che tale atto ha assunto nell'ambito della politica economica generale del gruppo nel

---

<sup>187</sup> Come sembra lasciare intendere MASUCCI, *Vantaggi del gruppo e dell'impresa collegata nel governo penale negli abusi di gestione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, p. 904 che afferma che il sistema andrebbe ricostruito nel senso che “precluda la condanna (...) quando l'atto abbia avuto ricadute favorevoli all'impresa, che emergano con certezza nel processo”.

<sup>188</sup> NAPOLEONI, *Geometrie parallele e bagliori corruschi del diritto penale dei gruppi(bancarotta infragruppo, infedeltà patrimoniale e “vantaggi compensativi”*, in *Cass. Pen.*, 2005, p. 3798 il quale, in ordine a tale ultima ipotesi, riporta l'esempio della società figlia che vende alla società madre dei semilavorati per somma inferiore al *fair price*, perché questa poi le fornisce il relativo *know how*.

<sup>189</sup> 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, in cui si afferma 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”.

medio e nel lungo periodo; valutando, altresì, i benefici preesistenti, contestuali o successivi di cui la singola ha goduto, gode o godrà grazie al collegamento societario.

Alla luce della circostanza che il bilanciamento tra beneficio e profitto non debba necessariamente esprimersi in termini di rigida proporzionalità quantitativa, il legislatore ha previsto, altresì, il richiamo ai vantaggi “fondatamente prevedibili”, che sono quei vantaggi non ancora conseguiti.

La compensazione, infatti, deve essere calcolata sulla base della proporzione tra l’arricchimento del gruppo conseguito in virtù dell’operazione dannosa posta in essere dall’amministratore della controllata, ed il vantaggio ottenuto od ottenibile da quest’ultima per il fatto di appartenere al gruppo, in modo tale da poter escludere che il soggetto qualificato abbia agito nell’esclusivo interesse extrasociale di terzi.

Il profitto non sarà ingiusto quando, sulla base di calcoli certi e sicuri effettuati *ex post* (vantaggi conseguiti), o in virtù di prognosi calibrate su parametri di oggettiva ragionevolezza in una prospettiva *ex ante* (vantaggi fondatamente prevedibili), lo stesso risulterà proporzionato col beneficio ottenuto dalla controllata o, per essa, solo preventivato<sup>190</sup>.

Quindi, la congruità richiesta affinché il profitto conseguito non sia ingiusto deve essere ricostruita mediante un’analisi di natura globale, che tenga conto dei risultati economico-aziendali diversamente ricollocati (o ricollocabili) e ridistribuiti (o ridistribuibili) tra le varie entità del gruppo, anche nel medio e nel lungo periodo.

Il giudizio in ordine alla irrilevanza penale di determinati trasferimenti patrimoniali infragruppo sarà fondato sull’accertamento di un effettivo ristoro in seno alla società inizialmente impoverita, nonché sull’accertamento della ragionevolezza della previsione di un ritorno di utilità che di fatto può poi non realizzarsi per cause successive ed indipendenti dal volere o dall’agire dei protagonisti dell’operazione stessa.

Alla luce di quanto detto, si potrebbe con certezza ritenere che la previsione nella norma della prevedibilità del conseguimento di un vantaggio collocato nel futuro esclude la correttezza del calcolo in termini di esatto corrispettivo<sup>191</sup>.

L’utilizzo dell’avverbio “fondatamente”, che caratterizza l’atteggiamento psichico dell’agente in ordine alla previsione del vantaggio futuro, comporta che il contegno psicologico va ancorato a parametri di tipo oggettivo, nel senso che l’aspettativa circa il ritorno di utilità deve essere ragionevolmente fondata, non potendo l’amministratore giustificarsi allegando una mera speranza

---

<sup>190</sup> Richiama il requisito della proporzione MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio nella disciplina penale dei gruppi di società*, Napoli, 2006, p. 268 e ss.

<sup>191</sup> In questi termini BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, Milano, 2009, p. 261.

di guadagno futuro, adducendo personali previsioni ottimistiche di vantaggio per la società. In tal senso, il rischio di vie di fuga dalla responsabilità penale sarebbe eccessivamente elevato<sup>192</sup>.

La giurisprudenza, sottolineando correttamente l'esigenza di evitare di fondare il giudizio profitto/vantaggi su parametri meramente soggettivi, ha assunto una posizione piuttosto rigida e rigorosa, secondo la quale i "vantaggi fondatamente prevedibili" devono essere basati non già su una mera probabilità o speranza in ordine al ritorno di utilità, ma piuttosto su elementi sicuri, riconducibili ad una "quasi certezza"<sup>193</sup>.

Pur volendo condividere l'assunto della Corte di Cassazione secondo cui opera l'esigenza di attribuire tassatività e determinatezza ad un formula legislativa sicuramente poco chiara e di difficile interpretazione, sembra tuttavia discutibile il punto d'approdo: richiedere la "quasi certezza" rispetto al conseguimento di un vantaggio futuro, infatti, significa sostanzialmente disconoscere la natura fisiologicamente rischiosa dell'attività dell'impresa che, lungi dall'essere governata da regole di carattere scientifico, costituisce piuttosto l'estrinsecazione di operazioni di cui è impossibile garantire a monte, con assoluta certezza, il buon fine.

Pertanto, alla luce delle valutazioni esposte, si ritiene che l'interprete dovrà valutare caso per caso, sulla base della situazione specifica in cui l'operatore economico si è trovato ad agire, e tenendo conto degli elementi da lui conosciuti o conoscibili in quel momento storico se, secondo le massime d'esperienza desunte dall'osservazione dei mercati, in base alle regole giuridiche ed aziendali applicabili al caso concreto, ai principi economico-finanziari e statistici, nonché agli standard di avvedutezza imprenditoriale fosse ragionevolmente possibile conseguire per la società danneggiata un vantaggio futuro.

Il criterio della "ragionevolezza" del beneficio nell'ambito di una più generale politica economica di gruppo prescinde dal dato quantitativo e si fonda, piuttosto, sulla qualità della prognosi effettuata, cioè sulla sua logicità e credibilità razionale rispetto al dato empirico ed economico esistente al momento dell'azione.

---

<sup>192</sup> Sul punto v. MEZZETTI, *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 237, secondo il quale "occorre recuperare la locuzione ad un'accezione 'oggettiva' di aspettative di vantaggi mediamente e ragionevolmente auspicabili in base a valutazioni economico-finanziarie standard secondo parametri dettati dal mercato, considerando anche aspettative di redditività di medio e/o lungo periodo, specialmente se collocate in una 'logica' economica di gruppo, e tenuto conto dei margini di rischio insiti in alcune operazioni che risentono in misura maggiore delle reazioni del mercato".

<sup>193</sup> Cass. Pen., Sez. V, 23.6.2003, n. 38110, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, p. 656 con nota di MASUCCI; in *Giur. comm.*, 2004, p. II, p. 599 con nota di CODAZZI; Cass. Pen., Sez. V, 18.11.2004, n. 10688, in *Cass. Pen.*, 2005, p. 3781 con nota di NAPOLEONI; in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 747 con nota di LEMME.

## 2.9. Il fenomeno del c.d. “*bad companies*”.

Il fenomeno delle “*bad companies*” rappresenta un fenomeno frequente nella realtà fattuale e ha come presupposto il compimento di operazioni di salvataggio di gruppi di imprese poste in essere mediante la separazione tra attività redditizie ed attività in perdita.

In particolare, in capo alla società priva di vitalità economica vengono attribuite attività in sofferenza, lasciando contemporaneamente una “*good company*” in grado di svolgere un’azione efficiente e profittevole (*bad bank*).

Trattasi di operazioni di ingegneria aziendale volte a creare una o più nuove società (nel gergo *newco*) cui attribuire una parte delle attività sino a quel momento svolte dal complesso imprenditoriale, così, separando i rami di azienda profittevoli o suscettibili di un risanamento dai rami di azienda per i quali non sussistono speranze di evitare il dissesto<sup>194</sup>.

Da punto di letterale detto termine veniva già utilizzato per il *crack* Parmalat ed è stato rispolverato in occasione della vicenda di privatizzazione di Alitalia.

Infatti un caso emblematico di questa tipologia di operazioni resterà quello legato alla vicenda di Alitalia che rappresenta uno storico episodio di salvataggio di una compagnia attraverso lo spezzettamento e la separazione delle attività buone da quelle cattive.

Tuttavia non sempre la creazione di un veicolo societario in cui far confluire gli *asset* “tossici” di una società suddividendo quest’ultima in due differenti compagnie, una “*good company*”, nella quale verranno convogliati tutti gli attivi (strutture, crediti), e una “*bad company*”, nella quale verranno convogliati solo i passivi, si traduce in un dissesto della “*bad company*” con successivo esito di bancarotta.

Si profila, quindi, come illecita l’operazione economica che scarichi tutte o in gran parte delle passività su una società, destinandola programmaticamente al fallimento.

Spesso detto fenomeno si realizza al fine di eludere il pagamento di imposte sui redditi di impresa: infatti società che hanno accumulato in passato rilevanti perdite di esercizio possono infatti, previa fusione per unione o per incorporazione con società in grado di generare forti utili, trasferire alla nuova società sorta dalla fusione tutti i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, compreso il diritto di riportare in diminuzione del proprio reddito le perdite fiscali ante fusione. Questa pratica, consentita se la fusione è ispirata da motivazioni aziendali lecite, è contrastata in numerosi Stati quando sia invece motivata esclusivamente dallo scopo elusivo dell’onere tributario. In Italia, in particolare, l’art. 172, 7 comma, del Testo Unico delle Imposte sui Redditi (TUIR) precisa che la detraibilità delle perdite pregresse non è consentita se l’azienda apportatrice di queste

---

<sup>194</sup> GHIA, PICCININNI, SEVERINI, *Trattato delle procedure concorsuali*, Milano, 2012, p. 230 ss..



ultime non supera un test di vitalità. Per superare tale test, l'azienda deve dimostrare, nell'esercizio precedente a quello in cui la fusione è stata deliberata, sia un ammontare di ricavi e proventi dell'attività caratteristica sia un ammontare di spese per prestazioni di lavoro subordinato e relativi contributi, di cui all'art. 2425 del c.c., superiore al 40% di quello risultante dalla media degli ultimi due esercizi anteriori. In caso di mancato superamento del test di vitalità, l'azienda si configura come una bara fiscale.

## **2.10. Le operazioni infragruppo.**

Il raggruppamento di società rappresenta sul piano economico la risposta ad esigenze effettive del sistema e consente in molti casi all'attività imprenditoriale di esprimersi in termini di flessibilità ed efficacia assai maggiori, con importanti ripercussioni nel diritto penale fallimentare.

Sotto l'aspetto della lettura di condotte antigiuridiche particolari e sofisticate e sotto l'aspetto della valutazione della natura di operazioni che possono in apparenza presentare un aspetto antigiuridico l'analisi dell'interprete deve essere necessariamente approfondita, atteso che la valutazione dell'effettiva illiceità penale di talune operazioni infragruppo sarà effettuata sulla base di criticità applicative, analisi dottrinali e tentativi di evoluzione giurisprudenziale.

In effetti man mano che il fenomeno dei gruppi di società ha iniziato a diffondersi e ad affermarsi sono divenuti più frequenti i casi, anche giudiziari, in cui è stata affrontata la questione circa la natura distrattiva di operazioni effettuate dalla società poi fallita con altre società del medesimo gruppo.

Nella logica del gruppo di società le operazioni infragruppo costituiscono operazioni da porre in essere per il conseguimento di un interesse di gruppo interagente con l'interesse delle singole società e, quindi, operazioni volte al conseguimento di vantaggi legati alla possibilità di costruire strategie imprenditoriali su un terreno molto flessibile e legati alla possibilità di spalmare su più entità societarie l'impatto di specifiche criticità o di sopravvenienze positive<sup>195</sup>.

Nella prassi possono costituire casi di operazioni penalmente rilevanti le ipotesi di concessioni a terzi di prestiti o finanziamenti, attività di per sé lecite, allorquando il tasso di interesse risulti incongruo o non venga apprestata una garanzia adeguata, di modo che l'operazione presenti uno squilibrio tra il sacrificio temporaneo del mutuante e l'alea della controprestazione, tale da far desumere, in concreto, ed alla luce del dato economico complessivo, il carattere lesivo dell'atto rispetto all'obbligo di conservazione dell'integrità patrimoniale.

---

<sup>195</sup> GHIA, PICCININNI, SEVERINI, *Trattato delle procedure concorsuali*, Milano, 2012, p. 217.

Il criterio per stabilire l'offensività di un'operazione infragruppo in siffatta ipotesi risiede nella valutazione dello squilibrio tra prestazioni, in cui giocano un ruolo decisivo da un lato, la razionalità economica della scelta, calcolata alla stregua della situazione dell'attivo e del passivo aziendale globale al momento del compimento dell'atto, dall'altro, l'obiettivo specificatamente perseguito con il finanziamento stesso: se questo sia, cioè, unicamente finalizzato alla speculazione in pregiudizio ai creditori o se sia, piuttosto, soggettivamente ed oggettivamente indirizzato a scopi di vantaggio per l'azienda del tutto leciti.

Parimenti penalmente rilevante può qualificarsi la condotta di rilascio di garanzie o fidejussioni a favore di terzi senza alcun corrispettivo, che esponga il garante a rischi abnormi per l'integrità della garanzia patrimoniale, oppure la stipula di un contratto di locazione effettuata con l'intento di sottrarre l'azienda all'esecuzione fallimentare (qualora questa sia imminente), o comunque allo scopo di trasferire la disponibilità di tutti o dei principali beni aziendali ad altro soggetto.

Anche le erogazioni per motivi di corruzione a favore di partiti politici o di singoli esponenti politici, non ricollegabili ad un beneficio per l'impresa ottenuto con mezzi consentiti dall'ordinamento, ma anzi penalmente perseguibili, che cagionino un ingiustificato depauperamento per i creditori, ai quali è sottratta la possibilità eventualmente di rivalersi su una parte dei beni dell'impresa e di identificare una contropartita su cui rivalersi corrispondente all'erogazione illecita, possono costituire fatti di distrazione.

Da tali operazioni emerge lampante la deviazione del bene dal suo scopo giuridicamente imposto.

Nel conteso del gruppo societario, come ricostruito nel precedente capitolo, il discorso si complica atteso che le società che compongono il gruppo costituiscono entità giuridicamente autonome, con uno specifico oggetto sociale, e con un patrimonio indipendente posto a garanzia dei propri creditori. Grava, pertanto, sugli amministratori della singola aggregata (o sugli altri soggetti cui l'art. 223 L.F. collega in astratto la qualifica determinante ai fini della dichiarazione della responsabilità penale per bancarotta impropria), l'obbligo di agire nell'interesse dell'ente gestito, nei limiti del rispetto delle aspettative creditorie.

Tralasciando le operazioni distrattive riconducibili allo schema classico di cui all'art. 223, primo comma, L.F. emergono delle difficoltà di carattere interpretativo allorquando l'operazione depauperativa realizzata dall'amministratore della società controllata (e poi fallita), connotata in apparenza dai caratteri della distrazione, sia stata effettuata a vantaggio di un'altra società del medesimo gruppo.

Occorre, quindi, domandarsi se il trasferimento di beni da una società ad un'altra del gruppo o, più in generale, lo scambio infragruppo di prestazioni di rilevanza patrimoniale senza adeguato

corrispettivo, sia riconducibile allo schema della bancarotta per distrazione allorquando l'ente impoverito successivamente fallisca.

La giurisprudenza, salvo qualche sporadico episodio<sup>196</sup>, è orientata, come già detto in precedenza, per la tesi affermativa: in particolare, muovendo dal presupposto che il fenomeno dell'aggregazione societaria abbia natura meramente economica e non scalfisca il principio dell'autonoma personalità giuridica di ciascuna società, riconosce che “*gli atti di distrazione patrimoniale privi di seria contropartita eseguiti dagli amministratori a favore di una società dello stesso gruppo realizzano il delitto di bancarotta per distrazione*”<sup>197</sup>.

Quindi, nel compimento di operazioni infragruppo il perseguimento dell'interesse di gruppo è sempre latente e presente nel compimento delle stesse. Infatti ogni operazione posta in essere da una società del gruppo, anche con terzi, registra l'ingombrante presenza dell'interesse di gruppo.

L'autonomia patrimoniale di ogni singola società del gruppo impone all'amministratore di ogni società di perseguire esclusivamente l'interesse della società cui è preposto e gli vieta di sacrificarlo sull'altare di un interesse di gruppo che trascende la società stessa che di per sé non ha rilievo né per i soci di minoranza né per i creditori della società.

Nelle operazioni finanziarie tra controllante e controllata o tra società sottoposte a comune controllo si coglie, infatti, con particolare risalto la caratteristica qualificante di tale fenomeno, ossia la sua idoneità a conciliare l'unità economica dell'attività d'impresa con la pluralità di centri soggettivi di imputazione in cui essa è giuridicamente articolata: da un lato, l'unità indotta dal collegamento di gruppo permette di attuare la circolazione dei flussi di liquidità tra le entità che ne fanno parte secondo termini e condizioni diversi da quelli normalmente praticati sul mercato; dall'altro, la pluralità di masse patrimoniali originate dalla catena partecipativa rende ipotizzabile la “trasformazione” del titolo giuridico in base al quale le risorse vengono acquisite sul mercato “esterno” dei capitali, potendo la capogruppo utilizzare le somme rivenienti da un aumento di capitale sociale sottoscritto da investitori “terzi” al fine di erogare prestiti alle proprie controllate o, per converso, canalizzare il mutuo che le fosse stato somministrato dal ceto bancario per incrementare la dotazione di mezzi propri delle entità dirette e coordinate<sup>198</sup>.

## **2.11.Considerazioni conclusive e ultimi orientamenti giurisprudenziali.**

---

<sup>196</sup> Cass. Pen., Sez. V, 25.2.1959, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p. 939.

<sup>197</sup> Cass. Pen., Sez. V, 04.12.2007, n. 4410, in *Fallimento*, 2008, p. 466; Cass. Pen., V sezione, 01.2.2000, Tonduti, in *Cass. pen.*, 2001, p. 661; Cass. Pen., Sez. V, 8.1.1996, Cozzi, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2234.

<sup>198</sup> MAUGERI, *I finanziamenti “anomali” endogruppo*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2014, p. 726.

Il fenomeno dei raggruppamenti societari pone al diritto penale fallimentare il problema della possibile rilevanza, anche indiretta, degli interessi del gruppo nella valutazione dell'ipotizzabile natura distrattiva di operazioni economiche poste in essere dalle singole società facenti parte del gruppo.

L'obiettivo ultimo cui la società deve tendere, mediante il contratto sociale in fase costitutiva e attraverso il successivo operato degli amministratori in fase esecutiva, è quello del conseguimento dell'oggetto sociale così come descritto nell'atto costitutivo. Qualsiasi deviazione da tale scopo, da cui risulti una illegittima lesione al valore della partecipazione sociale o all'integrità del patrimonio, comporta la responsabilità diretta degli amministratori nei confronti della società, dei soci e dei creditori.

A seguito delle riforme del 2002 e del 2003 e del riconoscimento della legittimità generale delle aggregazioni societarie, non può ritenersi ammissibile alcuna ingerenza di tipo giuridico ed economico che sia pregiudizievole rispetto al patrimonio sociale dell'ente, ancorché derivante da una politica di gruppo<sup>199</sup>.

Tuttavia, con la disciplina in tema di attività di direzione e coordinamento (artt. 2497 e ss. c.c.) e con l'introduzione della clausola di esonero dalla responsabilità per infedeltà patrimoniale in materia di gruppi (art. 2634, terzo comma, c.c.), il legislatore ha in qualche modo "smorzato" la valenza assoluta di siffatta impostazione, riconoscendo un più ampio margine di liceità delle operazioni infragruppo e specificando quali siano i criteri per definirne i confini.

Nel primo caso, infatti, la responsabilità della *holding* che, violando le regole di corretta gestione societaria ed imprenditoriale nell'ambito della sua attività di direzione e coordinamento, abbia cagionato un danno ai soci o ai creditori delle società controllate, viene meno allorquando "*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*".

Sembra riconoscersi, in tal senso, una posizione di "dominio" della capogruppo, la quale può legittimamente condurre una politica economico-aziendale che le permetta, per ottimizzare i profitti, di sfruttare il modello organizzativo "molecolare" utilizzando, ad esempio, porzioni di ricchezza facenti capo alle società che compongono il gruppo, nei limiti, però, della necessaria compensazione o reintegrazione, a consuntivo, dell'avvenuto depauperamento.

---

<sup>199</sup> 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. 1044 il quale, muovendo dalla concezione atomistica delle società per azioni, afferma che l'appartenenza di una società ad un gruppo non autorizza l'esercizio di una qualunque attività estranea all'oggetto sociale solo perché a favore del gruppo, in quanto vi deve essere sempre un nesso tra attività ed oggetto sociale, la cui esistenza va valutata in concreto.

Per verificare se sussista o meno un danno rilevante ai sensi dell'art. 2497 c.c., ovvero per determinare se gli amministratori delle controllate, in esecuzione delle direttive della holding, agiscano in maniera contraria o difforme rispetto all'interesse sociale che sono chiamati a perseguire, l'interprete dovrà guardare non già alla singola operazione depauperativa isolatamente considerata, ma sarà tenuto ad estendere la sua analisi al più ampio contesto del gruppo ed alla sua politica economica globale.

La valutazione della dannosità dell'operazione, infatti, avviene non solo sulla base dell'analisi del bilancio della singola controllata, ma tenendo altresì in considerazione le operazioni infragruppo precedenti, contestuali o successive che abbiano pareggiato il conto o comunque riequilibrato l'iniziale perdita. Valutazione che andrà fatta in una prospettiva *ex post*.

Spostandosi sul fronte penale il quadro normativo muta notevolmente: come già ribadito, il D. Lgs. n. 61 del 2002 muove dai medesimi presupposti che hanno ispirato il legislatore civile.

Tuttavia, il carattere necessariamente frammentario e sussidiario della normativa penalistica porta il legislatore ad utilizzare delle tecniche descrittive del fatto tipico inevitabilmente diverse rispetto a quelle che contraddistinguono le previsioni civilistiche.

Così, la scelta di collegare la responsabilità penale al carattere ingiusto del profitto piuttosto che alla sussistenza di un danno lascia intendere come l'ambito di intervento punitivo sia volutamente più ristretto: non si guarda solo al disvalore di evento, in termini di effettiva lesione al patrimonio, ma anche al particolare *modus operandi* dell'agente, che deve essere connotato dai crismi dell'infedeltà.

La condotta dell'agente deve essere letta in chiave soggettiva attraverso la ricostruzione delle finalità che hanno spinto l'amministratore a realizzare determinati atti dispositivi, e, quindi, dovrà essere valutata la sussistenza o meno del dolo specifico di ingiusto profitto o di altro vantaggio per sé o per altri: mentre l'art. 2497 c.c. collega la responsabilità civile al pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore delle partecipazioni sociali (tutela dei soci), o alla lesione dell'integrità del patrimonio della società (tutela dei creditori sociali), l'art. 2634 c.c. non punisce qualsiasi operazione che abbia cagionato un danno patrimoniale all'ente, ma solo quella che sia stata realizzata dall'amministratore nell'esclusivo interesse proprio o di terzi, mediante una condotta di abuso.

La clausola di esonero prevista dall'art. 2634 , terzo comma, c.c. il cui ambito di operatività si presenta più esteso di quello di cui all'art. 2497 c.c. , ritiene rilevante la compensazione del profitto e non già del danno, anche quando questa sia solo "fondatamente prevedibile", come nei casi in cui

dall'arricchimento del gruppo possa ragionevolmente discendere un vantaggio anche alla società inizialmente impoverita.

Il calcolo assume, allora, natura qualitativa ed il giudizio assolutorio potrà promanare anche a seguito di una mera valutazione prognostica, senza che l'effettivo conseguimento del vantaggio, ovvero il concreto azzeramento del danno, possa minimamente incidere sulla legittimità dell'operazione contestata.

La natura distrattiva del trasferimento patrimoniale infragruppo può naturalmente escludersi allorquando emerga che la finalità che muove l'agente non sia indirizzata a pregiudicare i creditori sociali.

Come si vedrà nel corso del lavoro, ai fini dell'esclusione della tipicità della distrazione nelle operazioni patrimoniali e finanziarie infragruppo, assume rilievo dirimente anche l'analisi dell'*animus* dell'agente.

In ultimo la Corte di Cassazione con la sentenza n. 32131/16 ha precisato che, in tema di bancarotta fraudolenta, qualora il fatto contestato si riferisca a rapporti intercorsi tra società appartenenti al medesimo gruppo, l'operazione temporaneamente svantaggiosa per la società fallita può essere ritenuta legittima in virtù dei vantaggi compensativi solo laddove il saldo finale delle operazioni compiute nella logica e nell'interesse del gruppo sia positivo, la cui dimostrazione grava sull'imputato. In particolare, la Suprema Corte stabilisce che la disposizione di cui all'art. 2634, comma 3, c.c. può trovare applicazione nei soli casi in cui gli autori delle operazioni siano società facenti parte di un "gruppo" ovvero collegate. Pur in assenza di una specifica definizione normativa del "gruppo di società" (e di un'armonica disciplina del fenomeno), la Corte individua l'elemento minimo e caratterizzante di tale struttura nell'attività di direzione e coordinamento, al quale vanno poi a sommarsi le forme pubblicitarie prescritte dall'art. 2497-bis c.c. e rappresenta che per invocare efficacemente la teoria dei cd. vantaggi compensativi l'imputato è tenuto ad indicare gli elementi formali legittimanti l'applicazione delle norme relative alla direzione e coordinamento di società. Nella medesima pronuncia la Corte aggiunge che l'art. 2634, comma 3, c.c. nell'escludere la responsabilità penale in caso di vantaggi compensativi ha ampliato l'ambito operativo del concetto di cui all'art. 2497, comma 1, c.c. facendo riferimento ai "vantaggi fondatamente prevedibili". Tale clausola richiede che i vantaggi compensativi dell'appropriazione e della dissipazione del patrimonio sociale siano concreti e cioè "basati su elementi sicuri, pressoché certi e non meramente aleatori o costituenti una semplice aspettativa".

Nel reato di bancarotta fraudolenta per distrazioni infragruppo, i vantaggi compensativi possono dunque escludere la rilevanza penale della condotta solo in quanto sia dimostrato uno specifico

vantaggio a favore della società “sacrificata”, idoneo a compensare efficacemente gli effetti immediatamente negativi dell’operazione, il cui onere dimostrativo grava sull’amministratore imputato.

## CAPITOLO TERZO

### L'INQUADRAMENTO DEL DELITTO DI BANCAROTTA FRAUDOLENTA PER DISTRAZIONE

3.1. La dichiarazione di fallimento tra condizione obiettiva di punibilità ed elemento costitutivo del reato: interpretazione, efficacia e conseguenze; 3.2. La pregiudizialità fallimentare; 3.3. Collocazione sistematica dell'articolo 219 L.F. e rilevanza "sostanziale" della dichiarazione di fallimento; 3.4. Considerazioni generali sul delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione; 3.5. La "distrazione" nel codice Rocco; 3.6. "Distrazione" ed "appropriazione": un difficile distinguo; 3.7. Crisi d'impresa e condotte distrattive: il ruolo dell' "insolvenza" nella struttura del reato; 3.8. Indagine preliminare sull'oggetto giuridico; 3.9. La delimitazione della "distrazione" sul piano della tipicità del fatto: l'offesa in concreto alla garanzia dei creditori; 3.10. Il profilo soggettivo del reato: un intreccio non facilmente districabile; 3.11. Il momento "finalistico" della distrazione.

#### **3.1. La dichiarazione di fallimento tra condizione obiettiva di punibilità ed elemento costitutivo del reato: interpretazione, efficacia e conseguenze.**

Nei reati di bancarotta l'imprenditore è punibile "*se dichiarato fallito*".

Tale circostanza determina la necessità di precisare quale sia la posizione, nella struttura dei reati fallimentari, della dichiarazione di fallimento.

In via generale, si può osservare che la sentenza dichiarativa di fallimento è lo strumento logico mediante il quale si collegano procedura concorsuale e disciplina penale: senza la sentenza dichiarativa di fallimento realtà commerciale e realtà penale restano reciprocamente indifferenti.

Il legislatore ha dato qualificazione penalistica a taluni comportamenti solo in presenza di una sentenza dichiarativa di fallimento. Questa costituisce il dato formale, la cui esistenza condiziona la operatività di parte della disciplina penale del fallimento.

Pertanto, va ricordato che tale dato formale in realtà non è altro che la sintesi di elementi indubbiamente sostanziali: i presupposti per la dichiarazione di fallimento.

Quindi, i reati fallimentari si ricollegano nella loro struttura ai presupposti sostanziali della dichiarazione di fallimento e in essa trovano la loro sintesi formale.

L'elemento che accomuna tutte le ipotesi di bancarotta è costituito dalla dichiarazione di fallimento.



Ai fini del perfezionamento del reato di bancarotta fraudolenta ai sensi dell'art. 216, la legge fallimentare richiede che siano stati realizzati determinati e specifici fatti; che il soggetto attivo sia un imprenditore; e che sia intervenuta, prima o dopo la realizzazione della condotta, una sentenza dichiarativa di fallimento.

Si è dibattuto a lungo sul ruolo e sulla natura giuridica che tale provvedimento giurisdizionale assume nella struttura del reato.

Secondo l'orientamento dottrinale dominante, la dichiarazione di fallimento deve essere considerata come condizione obiettiva di punibilità, con la conseguenza che il fallimento incide su un fatto che è già considerato come reato con il compimento di uno dei fatti tipici, mentre la giurisprudenza di legittimità la considera come elemento costitutivo o come condizione di esistenza del reato: il fatto diviene penalmente rilevante solo dopo la dichiarazione di fallimento.

Secondo l'impostazione tradizionale della giurisprudenza la dichiarazione di fallimento, *“pur costituendo un elemento imprescindibile per la punibilità dei reati di bancarotta, costituisce una condizione di esistenza del reato o, per meglio dire, un elemento al cui concorso è collegata la esistenza dei reati, relativamente a quei fatti posti in essere anteriormente alla sua pronuncia”*<sup>200</sup>.

Come annunciato da sempre l'interpretazione degli elementi costitutivi delle fattispecie penali fallimentari ha prodotto una netta separazione tra l'interpretazione giurisprudenziale e quella dottrinale.

A tal punto appare doveroso ripercorrere sinteticamente i punti salienti di questo “annoso contrasto”, soffermando l'attenzione sugli ultimi sviluppi interpretativi.

I riflessi che dall'accoglimento di una o dell'altra teoria derivano sul piano delle fattispecie concrete sono di enorme rilevanza.

Configurare la sentenza come evento del reato, comporta che anche il fallimento, come qualsiasi altro elemento di reato, deve essere conosciuto e voluto dall'agente; ritenere che si tratti di una condizione obiettiva di punibilità (art. 44 c.p.) ha per conseguenza che il suo verificarsi incide solo sulla punibilità e non sull'esistenza del reato.

La tesi dell'elemento costitutivo del reato ha ricevuto indiscusso seguito giurisprudenziale, riscuotendo però rare approvazioni in dottrina<sup>201</sup>; di contro, la tesi della condizione obiettiva

---

<sup>200</sup> Cass. Pen., S.U., 25.01.1958, n.2, in *RV 98004*, 1958.

<sup>201</sup> COCCO, *La bancarotta preferenziale*, Napoli, 1987, p. 36 ss.; più di recente, ID., *Reati fallimentari*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, V, Milano, 2006, p. 4854 ss.

di punibilità, costantemente respinta dalla giurisprudenza di legittimità e di merito, può vantare l'adesione della maggior parte della letteratura penalistica<sup>202</sup>.

La tesi che individua nella dichiarazione di fallimento un elemento costitutivo del reato postula che essa partecipi pienamente all'individuazione del disvalore veicolato dal delitto di bancarotta fraudolenta<sup>203</sup>. Si tratterebbe, dunque, di una situazione che *“inerisce così intimamente alla struttura del reato da qualificare quei fatti, i quali, come fatti di bancarotta, sarebbero penalmente irrilevanti fuori del fallimento”*.

Le condotte dell'imprenditore sarebbero sussumibili sotto le figure tipiche che sostanziano il reato di bancarotta esclusivamente nel contesto dell'avvenuto fallimento, mantenendo, in assenza di tale rituale dichiarazione, la natura di atti pienamente leciti, privi di un autonomo disvalore idoneo a giustificare l'intervento sanzionatorio penale.

Tuttavia la sfera di libertà dell'imprenditore incontra il limite dell'insolvenza, sicché, una volta intervenuto il fallimento, con il danno ai creditori che esso reca inevitabilmente con sé, emerge la natura illecita degli atti precedentemente compiuti.

Quindi, alla luce del riferito orientamento, sposato dalla giurisprudenza, viene a delinearsi un disvalore a “manifestazione posticipata”, che illumina retrospettivamente quei comportamenti dell'imprenditore i quali, fino al sopraggiungere dell'insolvenza, restano insindacabili, nella loro intrinseca connotazione di liceità, in quanto espressione della libertà programmatica e gestionale accordata dall'ordinamento a quanti assumano la qualifica di imprenditore commerciale.

Quindi, il provvedimento giurisdizionale, dunque, funge, all'interno della fattispecie, da strumento di rilevazione dello stato di insolvenza e assurge ad indice di rilevanza penale di determinati fatti e comportamenti che, in sua assenza, rimarrebbero leciti e neutri, in quanto esempi di libera manifestazione del diritto di gestire l'impresa nel modo che all'imprenditore sembra più conveniente per il perseguimento dei propri interessi<sup>204</sup>.

Muovendo da tale premessa le conseguenze pratiche sono molteplici: la dichiarazione di fallimento, contribuendo alla consumazione del reato in quanto elemento costitutivo dello

---

<sup>202</sup> CASAROLI, *Artt. 216-241*, in A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2013, pp. 1408 ss.

<sup>203</sup> Analoga conclusione può trarsi in relazione a quel risalente orientamento dottrinale che ravvisava nella sentenza dichiarativa del fallimento una «condizione di esistenza» del reato: così, ad esempio, M. PUNZO, *Il delitto di bancarotta*, Torino, 1953, p. 92.

<sup>204</sup> Cass. Pen., Sez. V, 15.7.2008, n. 39546; Cass. Pen., Sez. V, 14.2.2007, n. 390; Cass., Sez. V, 19.12.2006, n. 3622, in *Fall.*, 2007, p. 216; Cass. Pen., Sez. I, ord., 6.11.2006, n. 1825, in *Riv. pen.*, 2007, p. 1070.

stesso, aiuterebbe a determinare, invero, il *tempus* ed il *locus commissi delicti*<sup>205</sup>: così, ai fini della decorrenza del termine di prescrizione e della individuazione della competenza territoriale per il procedimento di bancarotta, l'interprete dovrebbe guardare al momento in cui è intervenuto il provvedimento giurisdizionale.

Detta tesi attribuisce un ruolo di assoluta centralità alla procedura concorsuale nell'ambito dei reati fallimentari, in ragione della sua asserita indispensabilità al fine di ritenere pienamente integrato il disvalore dei reati di bancarotta.

Secondo tale teoria l'orientamento secondo cui la sentenza dichiarativa di fallimento deve essere estromessa dal novero degli elementi costitutivi del fatto tipico, provocherebbe una marginalizzazione ingiustificata ed eccessiva del ruolo della dichiarazione del fallimento, obliterandone la richiamata centralità all'interno della fattispecie.

In particolare, una sua collocazione al di fuori dei requisiti essenziali di tipicità del reato equivarrebbe a negare che essa debba, in ogni caso, agganciarsi a un profilo di rimproverabilità soggettiva dell'agente, determinando così un marcato distacco dai dettami del principio di colpevolezza.

La scrivente, invero, tenta di rappresentare come detta tesi, tuttavia, presenti incoerenze applicative: da un lato, sul versante teorico, tale orientamento ambisce a valorizzare la centralità del fallimento, includendolo nel novero dei requisiti di fattispecie e, perciò, attraendolo nella sfera del dolo, sulla base della considerazione che sarebbe in stridente contrasto col principio costituzionale di colpevolezza mantenere un elemento di così cruciale importanza nell'economia complessiva della norma al di fuori della sfera di rimproverabilità soggettiva; dall'altro lato, però, sul versante dell'applicazione pratica, tali principi restano di fatto lettera morta, non essendo quasi mai condotto, nella giurisprudenza di merito, né richiesto, in quella di legittimità, un effettivo accertamento del dolo, nelle sue componenti di previsione e volizione, in relazione al fallimento come "*esito moralmente approvato*" delle operazioni gestorie poste a base del delitto di bancarotta patrimoniale.

La profonda discrasia esistente tra l'impostazione teorica e il suo precipitato empirico determina così un radicale svuotamento di significato dell'affermazione secondo cui la dichiarazione di fallimento è elemento costitutivo del reato: essa è sostanzialmente ridotta al

---

<sup>205</sup> Cass. Pen., Sez. V, 18.09.2007, n. 39307, in *Fall.*, 2008, 4, 466; Cass. Pen., Sez. V, 12.10.2004, n. 46182, in *Riv. pen.*, 2006, p. 594; Cass., Sez. I, 29.10.2004, n. 46023, in *Riv. Pen.*, 2005, p. 1270; Cass. Pen., Sez. V, 03.04.2003, n. 25276, in *Guida al dir.*, 2003, p. 90; Cass. Pen., Sez. V, 03.02.2003, n. 12239; Cass. Pen., Sez. V, 19.10.1999, n. 1935, in *Cass. pen.*, 2001, 3532; Cass. Pen., Sez. I, 07.07.1992, in *Mass. cass. pen.*, 1992, p.120.

ruolo di mera formula di stile, che si tramanda stancamente da una sentenza all'altra, sebbene il fallimento, *de facto*, continui a rimanere estraneo all'oggetto del dolo.

Tuttavia recentemente la giurisprudenza di legittimità ha ribadito il suindicato indirizzo secondo cui *“la sentenza dichiarativa di fallimento non costituisce una condizione obiettiva di punibilità dei reati di bancarotta, ma integra un elemento costitutivo di essi. Conseguentemente i fatti compiuti dall'imprenditore (atti di disposizione o altri atti enumerati dall'art. 216 l.F. come ipotesi di bancarotta) diventano penalmente rilevanti solo con la pronunzia della sentenza dichiarativa di fallimento”*<sup>206</sup>.

In termini diametralmente opposti rispetto alla posizione dei giudici di legittimità si pongono talune sentenze di merito, nonché la parte maggioritaria della dottrina.

Con riguardo, infatti, alla tesi secondo cui la sentenza di fallimento costituisce condizione obiettiva di punibilità, il punto nodale della stessa attiene all'individuazione del disvalore del fatto di bancarotta e alla partecipazione del fallimento ad esso, e, quindi, attribuisce rilevanza alla natura penale del comportamento dell'imprenditore commerciale (distrazione, dissipazione, alterazione delle scritture contabili e via elencando). Infatti, secondo l'autorevole Pedrazzi in tali fatti *“si radica una carica offensiva ad essi immanente”*, ancorata alla *“violazione di regole gestionali poste a protezione delle ragioni creditorie”*<sup>207</sup>.

E', dunque, nello scarto esistente fra le regole di condotta alle quali dovrebbe attenersi l'imprenditore e il compimento di atti gestori realizzati in spregio delle ragioni della massa creditoria che si pone l'oggetto del rimprovero.

Detta tesi mostra almeno due pregi significativi: da una parte, essa appare fondata su premesse giuridiche intrinsecamente coerenti; dall'altra, evita di dover ricorrere alla configurazione di quel disvalore *“a scoppio ritardato”*, che, pur essendo un dato fortemente eccentrico e difficilmente giustificabile in chiave dogmatica, non è tuttavia eliminabile dalla tesi che riconosce alla dichiarazione di fallimento la natura di elemento costitutivo del reato. Incentrando il giudizio di disvalore sulle sole condotte di bancarotta, dunque, non è più necessario forzare il dato normativo, al fine di delineare uno schema interpretativo in grado di ammettere che uno o più atti gestori possano essere collocati in un limbo di indefinita *“liceità/illiceità”*, nell'attesa che si verifichi o meno il fallimento. Quest'ultimo, peraltro, una volta sciolto da ogni legame causale con l'atto di distrazione (o di dissipazione, distruzione, occultamento e via elencando), potrà pianamente derivare anche da fattori del tutto estranei

---

<sup>206</sup> Cass. Pen., V Sez.25.03.2010, n. 21872; Cass. Pen., Sez. I, 23.02.2011, n. 33019.

<sup>207</sup> PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito*, in *Diritto penale*, 2003, vol. 4, pp. 442 ss.

all'agente e alle sue condotte (ad esempio, una sfortunata congiuntura economica), in quanto non inciderà più sull'illiceità del fatto, non partecipando al giudizio di disvalore posto alla base della selezione dei comportamenti tipici, ma soltanto sulla sua concreta punibilità<sup>208</sup>.

Secondo la dottrina che più da vicino si è occupata del tema, la sentenza dichiarativa di fallimento rappresenta *“un qualcosa di aggiuntivo o supplementare rispetto al fatto illecito: un avvenimento concomitante o successivo alla condotta che non va a completare un fatto di reato, ma si limita a*

*rendere punibile il fatto medesimo, già identificato e strutturato secondo le sue note essenziali di disvalore”*<sup>209</sup>.

Proprio in virtù di tale caratteristica, che ne segna l'insuperabile alterità rispetto ai requisiti costitutivi di fattispecie, si giustifica la previsione dell'art. 44 c.p. che stabilisce che la punibilità scatti, al verificarsi della condizione obiettiva, anche laddove essa non sia voluta dall'agente.

Detta tesi evidenzia l'esigenza di realizzare un soddisfacente equilibrio tra le esigenze di legalità che informano il sistema penale ed eventuali ragioni di opportunità che, in determinati contesti, possono suggerire al legislatore di non comminare alcuna sanzione, almeno fino al verificarsi di determinati fatti, ulteriori rispetto a quello costituente il reato<sup>210</sup>.

La configurazione della dichiarazione di fallimento come condizione obiettiva di punibilità mostra un solido fondamento logico e giuridico atteso che non si ritiene opportuno, per ragioni di salvaguardia delle iniziative economiche private, avviare azioni penali che abbiano ad oggetto le gravi fattispecie di bancarotta, prima che l'impresa si sia effettivamente dissolta, e alloca correttamente il disvalore sulle condotte di bancarotta, senza operare assai discutibili presunzioni di dolo.

Per quanto concerne i reati pre-fallimentari, l'impossibilità di concepire la dichiarazione di fallimento come evento dei reati pre-fallimentari e la circostanza che si tratta, rispetto alla condotta criminosa, di un avvenimento futuro ed incerto, dal cui verificarsi dipende la

---

<sup>208</sup> NUVOLONE, *Problemi legislativi e giurisprudenziali in tema di bancarotta*, in *Il diritto penale degli anni settanta*, 1982, p. 291.

<sup>209</sup> ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 1, p. 55 ss.; VASSALLI, *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 618 ss.; BRICOLA, *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Nuoviss. Dig. it.*, XIV, Torino, 1967, p. 588 ss.; ANGIONI, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 1440 ss.; DONINI, *Le condizioni obiettive di punibilità*, in *Studium Iuris*, 1997, p. 592 ss.; DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998, p. 169 ss.; D'ALESSANDRO, *Fattispecie di aggravi e prassi di mercato ammesse tra esclusione del tipo e cause di giustificazione*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, pp. 1874 ss.

<sup>210</sup> FIANDACA-MUSCO, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, VI ed., 2010, p. 775 ss.

punibilità del fatto, hanno indotto la prevalente dottrina a ritenere che la medesima vada inquadrata tra le condizioni obiettive di punibilità <sup>211</sup>.

### **3.2. La pregiudizialità fallimentare.**

In relazione alla pregiudizialità fallimentare, l'art. 479 c.p.p. (che fa salva la possibilità di sospensione del dibattimento fino al momento in cui la controversia civile o amministrativa dalla quale dipenda il giudizio dell'esistenza del reato sia decisa con sentenza passata in giudicato) consente la sospensione del processo penale durante la pendenza del giudizio conseguente al ricorso avente ad oggetto il reclamo ex art. 18 L.F. avverso la sentenza dichiarativa di fallimento durante il processo penale <sup>212</sup>. Tuttavia grava sull'imputato l'onere di allegare gli elementi che giustificano la sospensione.

Rispetto a tale facoltà, è stato sottolineato come in assenza della sentenza di fallimento non possa essere pronunciata sentenza di condanna, alla luce della formulazione delle norme penali, che tale condizione richiedono indipendentemente dalla disciplina della sospensione del processo. Considerando, infatti, che l'art. 479 c.p.p. non conferisce alla sentenza civile l'autorità di cosa giudicata nel processo penale, parte della dottrina ritiene che il proscioglimento che deriva dalla revoca della sentenza di fallimento, che interviene indipendentemente dalla ragione che determina tale decisione, discenda non dal regime delle questioni pregiudiziali, bensì dalla mancata perfezione di tutti gli elementi costitutivi del reato, che determina l'obbligatorietà della sospensione del processo penale in attesa del giudicato fallimentare, in assenza del quale non può essere pronunciata alcuna sentenza di condanna per i reati di bancarotta.

La pregiudizialità della sentenza di fallimento rispetto al processo penale discenderebbe piuttosto dalla formulazione dell'art. 238 L.F.

Richiamando la disciplina delle questioni pregiudiziali, nell'ipotesi in cui non si faccia luogo alla sospensione del processo penale e la revoca della sentenza di fallimento sia successiva alla sentenza di condanna irrevocabile, la questione diviene problematica in quanto non si versa in un caso di abrogazione del reato e la sentenza non appare revocabile ex art. 673 c.p.p..

Nel caso invece di sospensione del dibattimento in attesa della irrevocabilità della sentenza dichiarativa di fallimento, qualora quest'ultima venga successivamente revocata, si può

---

<sup>211</sup> MANNA, *La sentenza dichiarativa di fallimento*, in GHIA, PICCININNI, SEVERINI, in *Trattato delle procedure concorsuali*, Torino, 2012, p.62.

<sup>212</sup> Cass. Pen., V Sez. 05.03.2012, n. 8607, in *DeJure*.

profilare il ricorso alla revisione del processo penale, in considerazione del fatto che la sentenza fallimentare assumeva nel processo penale il rilievo di questione pregiudiziale determinante l'esistenza del reato ex art. 479 c.p.p.<sup>213</sup>.

L'ampiezza dei poteri del giudice penale rispetto alla sentenza irrevocabile di fallimento è oggetto di pareri contrastanti. In particolare si discute se il giudice penale possa entrare nel merito della sussistenza dei requisiti posti dal giudice civile a fondamento del fallimento, quali la natura di imprenditore del soggetto attivo e la sussistenza dello stato di insolvenza.

La giurisprudenza consolidata è orientata in senso negativo con riguardo ad entrambi i requisiti citati ritenendoli insindacabili da parte del giudice penale, in ragione del valore *erga omnes* della sentenza di fallimento e in ragione che gli stessi presupposti sono stati già vagliati dal giudice civile<sup>214</sup>.

### **3.3. Collocazione sistematica dell'articolo 219 L.F. e rilevanza "sostanziale" della dichiarazione di fallimento.**

Un ulteriore spunto di riflessione in ordine alla funzione sostanziale della dichiarazione di fallimento nella struttura del reato è dato dall'art. 219 L.F., che al secondo comma impone un aumento di pena se *"il colpevole ha commesso più fatti tra quelli previsti in ciascuno degli articoli indicati"*, riferendosi la disposizione ai fatti di cui agli artt. 216, 217 e 218 L.F..

Il legislatore sembra, con questa clausola, voler ribadire come il compimento di più fatti di bancarotta, anche realizzati in momenti o in contesti diversi, non dia luogo a distinti reati, a fronte della unicità del fallimento che ad essi segue (bancarotta prefallimentare) o di cui costituisce il presupposto (bancarotta postfallimentare).

L'accertamento giudiziale del dissesto segna il momento a partire dal quale può emergere l'(eventuale) offesa all'interesse dei creditori ed ingloba in sé, unificandole, tutte le disposizioni patrimoniali, effettive o fittizie, che l'imprenditore ha posto in essere in spregio agli obblighi di conservazione che su di lui gravano.

Da un fallimento deriva un reato, ancorché realizzato con diverse violazioni. Ad una pluralità di fallimenti, invece, non può che riconnettersi una molteplicità di reati, seppur omogenei.

L'art. 219, secondo comma, n.1, L.F., dunque, riconosce alla dichiarazione di fallimento una funzione unificante nei confronti di più fatti prefallimentari o postfallimentari, la cui

---

<sup>213</sup> CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, in *Diritto penale dell'economia*, Milano, 2017, p.1660.

<sup>214</sup> Cass. Pen., S.U. 15.05.2008, n. 19601, Cass. Pen., V Sez. 27.10.2014, n. 44838, in *DeJure*.

realizzazione precedente, contestuale o successiva a quel fallimento opera come mera aggravante<sup>215</sup>.

Il primo ed il terzo comma dell'art. 219 L.F., invece, che prevedono rispettivamente un aggravio o una riduzione di pena nel caso in cui i fatti di cui agli artt. 216, 217 e 218 L.F. abbiano cagionato un danno di rilevante gravità o di speciale tenuità, non fanno che confermare come il momento del fallimento funga, all'interno della fattispecie, da fattore temporale meramente indicativo della concretizzazione o meno del pericolo (*rectius*: dell'offesa) per la garanzia patrimoniale dei creditori, provocato dalle condotte di bancarotta. È solo in tale contesto, infatti, che può valutarsi la sussistenza effettiva di un danno; danno che, però, non va confuso con quello insito nell'insolvenza e che, tuttavia, può misurarsi solo al momento della dichiarazione di fallimento.

#### **3.4. Considerazioni generali sul delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione.**

La fattispecie di distrazione è, senza timor di smentita, quella di maggiore applicazione giurisprudenziale e al contempo quella di più difficile interpretazione.

Le condotte distrattive costituiscono ipotesi "sussidiarie" con cui il legislatore intende coprire tutte quelle attività di diminuzione (fittizia) del patrimonio che non rientrino nelle nozioni di dissipazione, dissimulazione, distruzione o occultamento, o ancora di esposizione di passività inesistenti.

La distrazione si caratterizza, infatti, per la naturale indeterminatezza dei suoi confini già sul piano ontologico e per tali motivi sembra che alla luce del carattere aperto di tale nozione il legislatore abbia scelto di utilizzarla come fattispecie, appunto, residuale.

A causa del carattere sfuggente e poliedrico del concetto di distrazione numerosi sono stati gli interventi della Cassazione, nella sua funzione nomofilattica, tesi a definire ed a perimetrare una volta per tutte la rilevanza penale delle condotte distrattive, in ossequio al principio di tassatività, che vincola il giudice a pronunciarsi contro l'imputato solo quando la condotta da lui posta in essere sia effettivamente conforme a quella in astratto punita dalla legge.

La maggior parte delle pronunce di legittimità in materia di bancarotta fraudolenta patrimoniale, infatti, scaturiscono proprio dal conflitto che spesso viene a crearsi nei

---

<sup>215</sup> Sull'art. 219 L.F. e sulla c.d. "unitarietà" del delitto di bancarotta *cfr.*, tra gli altri, MANGANO, *Unità e pluralità di reati nei fatti di bancarotta*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1992, p. 357 e ss.; PAGLIARO, *Pluralità dei fatti di bancarotta e unità del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 705.



tribunali di merito in ordine alla incerta definizione dei caratteri della distrazione nel fallimento.

L'azione distrattiva deve tendere ad impedire l'apprensione del bene così sottraendolo alla funzione di garanzia nei confronti dei creditori.

Recentemente si è sostenuto che la distrazione consista nel conferire ad un bene una destinazione diversa da quella giuridicamente vincolata, che nel contesto della legge fallimentare è la copertura delle passività. La distrazione consiste, dunque, nella sottrazione di un bene alla sua funzione di garanzia patrimoniale per i creditori.

L'interpretazione attribuita al concetto di distrazione gioca un ruolo fondamentale nel determinare la profondità del vaglio penalistico e della valutazione *ex post* rispetto al fallimento da parte del giudice penale, riguardo la gestione commerciale dell'impresa.

Detto vaglio può, talvolta, assumere caratteristiche penetranti qualora si spinga a sindacare condotte di per sé legittime in termini di effetti lesivi della garanzia patrimoniale<sup>216</sup>.

La tematica ha assunto un particolare interesse in riferimento agli spostamenti di ricchezza all'interno dei gruppi di società, ove l'attivo patrimoniale di società del medesimo gruppo viene utilizzato al fine di appianare le perdite di imprese consorelle.

Nell'ottica del gruppo di società il termine di riferimento del vantaggio compensativo è costituito dal danno subito dalla società che compie l'operazione in favore di altra società facente parte del gruppo o in ogni caso in conformità ai dettami della politica di gruppo. L'operazione appena descritta sarebbe a prima vista di distrazione se si affermasse l'inapplicabilità del principio espresso dalla teoria dei vantaggi compensativi. Se si vuole comprendere in maniera esatta il problema, occorre delimitare il concetto di distrazione e identificare i caratteri propri dell'atto distrattivo, che non può essere ravvisato in ogni qualsivoglia operazione che causi un iniziale danno, se tesa all'ottenimento di un (fondatamente prevedibile) ritorno economico.

La presenza di un gruppo di società e l'appartenenza al medesimo di entrambe le società coinvolte “deve essere tenute in conto per stabilire se il trasferimento di beni dall'una all'altra consociata abbia avuto o meno un adeguato corrispettivo, giacché se l'operazione si inserisce in una trama di rapporti infragruppo, generando un'utilità nel bilanciamento tra

---

<sup>216</sup> Cass. Pen., Sez. V, 03.07.2012, n. 42710, in *CED*, riv. 254456 ritiene configurabile l'ipotesi distrattiva in condotte di restituzione dei finanziamenti soci deliberate dall'amministratore socio in proprio favore in periodo di dissesto.

svantaggi e vantaggi per la società apparentemente pregiudicata, essa perde i connotati dell'atto depauperatorio»<sup>217</sup>.

Il concetto di distrazione può essere definito come distoglimento di una entità dallo scopo suo proprio e utilizzo della medesima per fini diversi dal previsto.

In tal senso l'oggetto della condotta distrattiva è identificabile nel patrimonio della società, che costituisce la garanzia dei debiti societari, secondo la previsione di cui all'art. 2740 c.c. che afferma che il debitore risponde dei propri debiti con tutti i suoi beni presenti e futuri, cioè il principio della garanzia generica del debitore<sup>218</sup>.

La distrazione è inoltre caratterizzata da un vantaggio del soggetto attivo, in assenza del quale potrà sussumersi la condotta nelle diverse categorie di dissipazione o distruzione. La distrazione può essere commessa sia attraverso operazioni materiali sia attraverso l'utilizzo di strumenti giuridici ed è esclusa nel caso in cui esista un adeguato corrispettivo<sup>219</sup>.

Può ritenersi pacifico che integri una distrazione rilevante ogni atto dispositivo gratuito o che sia privo di una reale contropartita, in particolare quando la società che compie l'atto si trovi in stato di dissesto<sup>220</sup>. Nel caso in cui sia presente una contropartita occorre invece stimare la stessa, al fine di determinare se questa sia innanzitutto concreta ed effettiva, poiché in questo caso si esclude la distrazione, configurabile al contrario nel caso in cui la contropartita sia solo apparente e inesistente.

Sono due però i risvolti pratici sui quali è necessario porre l'attenzione.

Innanzitutto occorre determinare se possa essere integrata una distrazione da un atto che sia teso all'ottenimento di vantaggi, ancorché mediati e indiretti; in secondo luogo occorre approfondire l'analisi di alcune operazioni delle quali si afferma in maniera prevalente la natura distrattiva, e cioè le operazioni di finanziamento tra società, segnatamente quando esse fanno parte del medesimo gruppo.

Per quanto riguarda il primo aspetto, si può rilevare, come in precedenza detto, che la configurabilità di una distrazione rilevante può essere esclusa sia dal punto di vista

---

<sup>217</sup> GAMBARDELLA, *Il caso Cirio: i delitti di bancarotta*, in Foffani- Castronuovo, *Casi di diritto penale dell'economia*, I, Bologna, 2015.

<sup>218</sup> 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. econ.*, 2003, 1028 ss, parla di « estromissione di un bene dal patrimonio dell'imprenditore senza adeguato corrispettivo » e afferma che la bancarotta di distrazione integra un reato a forma libera, con la conseguenza che non interessa il modo in cui avviene ma solo l'effetto che produce. Precisa inoltre che deve essere presente un qualche vantaggio per il soggetto attivo, altrimenti si potrebbero ritenere integrate condotte di dissipazione o distruzione, anch'esse previste dagli artt. 216 e 223 L.F.

<sup>219</sup> PEDRAZZI, in Pedrazzi-Sgubbi, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, Bologna-Roma, 1995, 56.

<sup>220</sup> Cass. Pen., Sez. V, 16 aprile 2009, n. 36595; Cass. Pen., Sez. V, 7 giugno 2011, n. 37370.

dell'elemento soggettivo, ma ancora prima dal punto di vista della sussistenza del fatto. L'elemento soggettivo è infatti rappresentato dal dolo generico, che richiede consapevolezza e volontà di compiere un fatto di distrazione, accettando il risultato pregiudizievole per i creditori<sup>221</sup>. Nel caso in cui l'operazione miri all'ottenimento di un ritorno economico, di un vantaggio, non si sta cercando di celare un bene al fine di non renderlo disponibile nel caso in cui il patrimonio sia aggredito dai creditori, sottraendosi alla garanzia generale di cui si è detto, ma si cerca di accrescere il patrimonio, e ciò andrebbe a vantaggio dei creditori stessi. Pertanto non è configurabile il dolo della distrazione. Ma ancor prima, non è configurabile il fatto tipico della distrazione per due ordini di ragioni: non sussiste il distoglimento del bene dalla garanzia e l'atto apparentemente depauperatorio è reintegrato da vantaggi futuri che lasciano integra la garanzia creditoria.

Il discorso relativo al finanziamento tra società merita delle considerazioni ulteriori. I problemi concernono in particolare modo l'individuazione del corrispettivo dell'operazione, la situazione economica nella quale si trovano le società, lo stabilire se operazioni di questo tipo debbano essere previste dallo statuto sociale o, comunque, essere conformi all'oggetto.

La giurisprudenza penale, per affermare la liceità dell'operazione, richiede che questa sia prevista nello statuto tra le attività idonee al raggiungimento del fine indicato nell'oggetto sociale, o che possa essere considerata in ogni caso strumentale alle stesse; in caso contrario invece, ne afferma la natura di distrazione. Il discorso acquista particolare rilevanza proprio riguardo al tema dei finanziamenti tra società del gruppo: è discusso se l'attività detta possa essere considerata strumentale nel caso in cui non sia tipizzata nello statuto. La risposta da darsi è affermativa, in quanto si tratta di uno strumento idoneo a supportare più ampie operazioni della società, nonché provocare ulteriori conseguenze positive e, ancora, l'ottenimento di vantaggi.

Pertanto, il finanziamento, sorretto da adeguati corrispettivi e garanzie, effettuato da una società ad altra facente parte del gruppo, deve essere considerato lecito; mentre costituiscono di norma condotte di distrazione la concessione di finanziamenti a titolo gratuito, senza adeguate garanzie, con corrispettivi minimi o irrisori: è distrazione dal punto di vista di chi riceve il finanziamento corrispondere tassi esorbitanti o concedere garanzie eccessive<sup>222</sup>.

---

<sup>221</sup> COCCO, voce Reati fallimentari, in Dizionario di diritto pubblico, dir. da Sabino Cassese, vol. V, Milano, 2006, 4858.

<sup>222</sup> Cass. Pen., Sez. V, 17 marzo 1995, n. 5032; Cass. Pen., Sez. V, 6 ottobre 1999, n. 12897; Cass. Pen., Sez. V, 1 febbraio 2000, n. 1070; Cass. Pen., Sez. V, 12 maggio 2000, n. 5619.

Peraltro, è necessario compiere qualche precisazione in riferimento alla situazione economico-finanziaria in cui si trovano le società protagoniste del finanziamento. Qualora la società finanziatrice sia in stato di dissesto, lo spostamento monetario può ben configurare una distrazione, in quanto si sottraggono beni idonei al soddisfacimento della massa creditoria; e alla medesima conclusione si potrà pervenire nel caso in cui la società che riceve il finanziamento sia in stato di dissesto, poiché in questo caso il finanziamento non può produrre un vantaggio per la società erogante, la quale sottrae, come nel caso precedente, parte del suo patrimonio alla garanzia creditoria, senza che vi siano prospettive di un recupero di quanto erogato e del corrispettivo della medesima erogazione. In questi termini, l'effettiva sussistenza dello stato di dissesto, o comunque, sul piano dell'elemento soggettivo, la sua riconoscibilità, è requisito di fondamentale importanza per la sussunzione o meno del finanziamento societario infragruppo tra le condotte di distrazione patrimoniale rilevanti ai fini della bancarotta fraudolenta.

Lo stato di dissesto è però ben diverso da altre situazioni in cui può versare la società, che non rappresentano situazioni patologiche. Mentre nel dissesto si ha una situazione connotata da una tendenziale irrimediabilità, nei contesti che qui si considerano la situazione economica delle società è solida, ma queste affrontano periodi di momentanea difficoltà per ragioni diverse. Pertanto, l'erogazione di finanziamenti, chiaramente connessa alla concessione di corrette garanzie e sorretta da adeguati corrispettivi come sopra detto, da società solide verso altre società che si trovano in tale situazione non costituisce una distrazione, in quanto consente il superamento delle difficoltà momentanee e quindi la restituzione delle somme ottenute; cosicché la solvibilità della società finanziata esclude che la società concedente possa con il finanziamento minare la garanzia dei suoi creditori. Questo ragionamento opera soprattutto se le società in questione fanno parte del medesimo gruppo, in quanto il superamento della momentanea crisi di una delle società, senza mettere in pericolo le altre, certamente è un beneficio per l'intero gruppo.

### **3.5. La “distrazione” nel codice Rocco.**

Sembra opportuna una breve ricognizione in ordine al significato che il termine “distrae” assume nel codice Rocco: se, cioè, questo possa essere riportato ad unità, come fosse un concetto omogeneo ed univoco rispetto a tutte le diverse fattispecie che lo richiamano, o se, al contrario, sia necessario ricostruirne il senso caso per caso, assumendo la distrazione un carattere mutevole a seconda della sua specifica collocazione sistematica.

Ad una prima analisi, strettamente letterale, dunque, sembrerebbe che il concetto di distrazione, classicamente ricondotto alla destinazione della cosa ad un uso o finalità diversi rispetto a quella (giuridicamente) dovuta, non sia da solo idoneo a caratterizzare con precisione la direzione della condotta, posto che in taluni casi il legislatore ha sentito la necessità di puntualizzare che questa debba essere sorretta da un dolo particolarmente qualificato che ne delimiti la penale rilevanza.

Nessun contributo espresso che chiarisca, precisandolo, il significato di per sé assai generico proprio perché sussidiario della distrazione.

Da tale astrattezza l'interprete potrebbe validamente ritenere che la norma punisca qualsiasi deviazione dallo scopo proprio della cosa, diversa dalla falsificazione, distruzione, soppressione o sottrazione.

Parte della dottrina ritiene che il richiamo al concetto formale di distrazione così designato sembra provare troppo e peccare per difetto in riferimento alla necessaria tassatività e determinatezza della

fattispecie, sia nella fase di creazione della norma, sia nella fase della sua applicazione<sup>223</sup>.

Una interpretazione costituzionalmente orientata, allora, imporrebbe di leggere l'incriminazione in chiave teleologica, coniugando la condotta e la sua pregnanza con lo scopo stesso della norma, mediante il richiamo al bene giuridico da questa tutelato<sup>224</sup>.

In assenza di una specifica ed espressa presa di posizione da parte del legislatore la tipicità del fatto distrattivo varia col variare del bene protetto, o comunque con lo scopo dell'incriminazione. Scopo che si ricostruisce alla stregua di tutti gli elementi di fattispecie e la cui mutevolezza e varietà inevitabilmente conducono, sotto questo profilo, al carattere poliedrico e multiforme della distrazione ed alla sua non riconducibilità ad unità.

### **3.6. “Distrazione” ed “appropriazione”: un difficile distinguo.**

Prima della riforma del 1990 sui delitti contro la Pubblica Amministrazione la distrazione del denaro o della cosa mobile appartenente alla p.a., ad opera del pubblico ufficiale o

---

<sup>223</sup> MARINUCCI, voce *Distrazione*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, p. 311 il quale afferma che “un tratto comune alle varie condotte di distrazione indubbiamente esiste, nel senso che tutte esprimono deviazione da uno scopo prefissato. È però una nota così generica, che si stempera nella fisionomia di ogni singola fattispecie”

<sup>224</sup> In generale, per la funzione del bene giuridico nel diritto penale, si veda da ultimo CATENACCI, voce *Bene giuridico*, in *Diz. dir. pub.*, a cura di CASSESE, Milano, 2006; nonché FIORELLA, voce *Reato*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano, 1987, p. 793 e ss.

dell'incaricato di pubblico servizio che ne era in possesso per ragioni del suo ufficio, veniva riportata al delitto di peculato (appunto, per distrazione).

A seguito dell'eliminazione di siffatta condotta dall'alveo dell'art. 314 c.p. gli interpreti si sono domandati se la nozione di appropriazione contenuta nell'art. 646 c.p. coprisse anche le operazioni distrattive a profitto proprio o altrui, realizzate mediante l'uso arbitrario del bene ovvero la deviazione dal suo scopo, anche e soprattutto in riferimento ai fatti compiuti da soggetti privi della qualifica soggettiva richiesta dal peculato<sup>225</sup>.

La problematica muove dalla convinzione secondo la quale la distrazione costituisca un'ipotesi speciale di appropriazione: un modo particolare, cioè, attraverso il quale si può disporre della cosa *uti dominus*.

In questo senso l'appropriazione rappresenterebbe l'imprescindibile presupposto logico e cronologico della distrazione; o meglio, la seconda comprenderebbe la prima<sup>226</sup>.

Su una diversa scia si pongono le interpretazioni secondo le quali l'elemento differenziale tra distrazione ed appropriazione risiederebbe non già nel momento dell'espropriazione del bene, quanto piuttosto in quello successivo della sua nuova destinazione: l'uscita totale del bene dal patrimonio del titolare seguita da una diretta ed immediata immissione dello stesso nel patrimonio dell'agente configurerebbe allora un'ipotesi appropriativa; al contrario, il semplice uso arbitrario della cosa destinato ad un indiretto e mediato arricchimento personale, o ad un profitto altrui caratterizzerebbe la condotta distrattiva<sup>227</sup>.

Un passo ulteriore viene compiuto poi da chi, invece, collega la differenza tra appropriazione e distrazione nel diverso destinatario del vantaggio: dato per assunto, cioè, che indirizzare la cosa ad una finalità diversa da quella originaria (distrarre) costituisca un comportamento *uti dominus* (appropriarsi), si perviene alla conclusione per cui il compimento dell'atto a proprio favore costituirebbe appropriazione, mentre si avrebbe distrazione allorché la disposizione ricada a profitto di un terzo<sup>228</sup>.

---

<sup>225</sup> BARTOLI, *La distinzione tra appropriazione e distrazione e le attuali esigenze di tutela patrimoniale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1137 e ss. che porta ad esempio le problematiche figure della concessione di fidi irregolari e della creazione di fondi neri utilizzati al di fuori del quadro dell'attività imprenditoriale.

<sup>226</sup> Qualificano l'appropriazione come momento "intermedio" della distrazione, strumentale fra la destinazione originaria del bene a un determinato scopo e quella finale ed indebita ad altro scopo DE MARSICO, *Il danno patrimoniale nel peculato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, p. 569; ANGELOTTI, *Le appropriazioni indebite*, Milano, 1933, p. 46.

<sup>227</sup> SEVERINO, *Il criterio distintivo tra distrazione ed appropriazione nel peculato*, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1976, p. 711 ss..

<sup>228</sup> PALAZZO, *Ai confini tra peculato e abuso d'ufficio*, in *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di STILE, Napoli, 1987, p. 233 e ss. *Contra* MAUGERI, *Peculato per appropriazione e condotte distrattive*, in *Ind. pen.*, 1993, p. 710, la quale sostiene che "ai fini della qualificazione della

A risultati eterogenei pervengono, invece, coloro i quali, riconoscendo sempre l'esistenza di un rapporto di genere a specie tra distrazione ed appropriazione, concludono, tuttavia, osservando come la seconda sia, invero, una forma di realizzazione particolare della prima, intesa questa come condotta più ampia e generica.

Se appropriazione significa "volgere in propria utilità la cosa" (attraverso la *interversio possessionis*), ovvero sottrarre la cosa al fine cui essa era destinata secondo le regole del diritto di proprietà, per orientarla ad un fine diverso ed incompatibile con quello; e se è vero che col termine distrazione si indica in via generale quella condotta che rivolge la cosa ad un fine diverso da quello cui essa era destinata; allora l'appropriazione rientrerebbe in tale ultimo concetto "con la sola particolarità che il fine cui la cosa era destinata è costituito dal conseguimento del *complesso di utilità* ricavabili in astratto grazie alla titolarità del dominio sulla cosa, mentre il fine diverso, cui la cosa è arbitrariamente rivolta, deve nel suo contenuto rispondere anch'esso a una delle possibili utilità che sarebbero ricavabili dall'esercizio dei poteri inerenti alla proprietà"<sup>229</sup>.

Su un fronte diametralmente opposto, ossia sulla autonomia concettuale delle due condotte in esame, si muovono quegli autori i quali, condivisibilmente, focalizzano l'attenzione sullo scopo dell'azione, qualificato come connotato oggettivo del fatto<sup>230</sup>.

Distinguo che si riflette, altresì, sull'elemento psichico del reato: mentre chi si appropria agisce rappresentandosi l'inversione del possesso a proprio favore, tale consapevolezza rimane del tutto estranea alla psiche del distrattore, il quale si rappresenta semplicemente la deviazione della cosa posseduta rispetto allo scopo cui è destinata.

La distrazione si perfezionerebbe con l'uso arbitrario della cosa, eventualmente anche a proprio (o ad altrui indiretto) vantaggio, ma senza alcuna incorporazione definitiva del bene

---

condotta come appropriazione (...) non è importante accertare il carattere proprio o altrui del profitto perseguito, ma occorre verificare che la cosa sia resa indisponibile per la p.a., o comunque per il suo legittimo proprietario, e venga messa a disposizione e a profitto di un soggetto ad essa estraneo, che sia poi l'autore del reato o un altro non muta il significato e la *lesività* della condotta".

<sup>229</sup> PAGLIARO, *Studi sul peculato*, Palermo, 1964, p. 5 ss., il quale peraltro, criticando chi sostiene l'inverso, e cioè chi riduce la distrazione a forma specifica di appropriazione, afferma che "il distrarre indica qualsiasi deviazione da una finalità ad un'altra" mentre "l'appropriarsi indica solo la deviazione della cosa dalla destinazione alla utilità del titolare del diritto di dominio verso una destinazione corrispondente al contenuto dell'esercizio del diritto di proprietà da parte dell'agente".

<sup>230</sup> Per tutti VINCIGUERRA, *Distrazione e peculato*, in *Studi in onore di Biagio Petrocelli*, Milano, 1972, p. 1645-1646.

nel proprio patrimonio<sup>231</sup>; senza, cioè, che questo (uso) comporti necessariamente l'esercizio di uno dei poteri o diritti tipici del proprietario sulla cosa.

Nuovamente l'elemento differenziale viene ricondotto non già e non solo al momento espropriativo o sottrattivo del bene, quanto piuttosto a quello successivo della sua nuova destinazione: è lo scopo che muove l'agente a segnare il *discrimen* tra le due condotte.

Infatti, il legislatore del 1930 nella redazione dell'art. 314 c.p. ha sentito l'esigenza di specificare per la distrazione, non anche per l'appropriazione, la particolare destinazione della condotta "a profitto proprio o di altri".

Detta specificazione normativa consente di chiarire la direzione dell'atto criminoso che è diversa dall'appropriazione che invece, di per sé, è condotta tipicamente indirizzata a vantaggio proprio, mediante la immissione diretta del bene nel proprio patrimonio.

Partendo dallo scopo che sostiene la condotta, qualificandola già sul piano oggettivo, si può sostenere che le operazioni distrattive richiamano il concetto del "*moto a luogo*": l'atto, cioè, è indirizzato a spostare ed indirizzare il bene da un "luogo" ad un altro; la condotta è dinamica. Nel caso dell'appropriazione, invece, l'azione del possessore che agisce *uti dominus* è piuttosto riconducibile all'idea dello "*stato in luogo*", essendo diretta ad "immettere" definitivamente il bene, che già si possiede, nella propria personale ed esclusiva sfera di dominio. L'appropriazione ricalca, dunque, una dimensione statica.

### **3.7. Crisi d'impresa e condotte distrattive: il ruolo dell' "insolvenza" nella struttura del reato.**

Uno dei problemi più annosi in tema di bancarotta fraudolenta per distrazione è quello concernente l'esatta individuazione del momento cronologico in cui uno o più beni dell'imprenditore vengano destinati ad un fine diverso da quello suo proprio.

L'art. 216 L.F. sul punto non offre alcuna indicazione di tipo testuale e detta assenza provoca non pochi problemi di interpretazione atteso che uno studio della distrazione che prescinda da una effettiva analisi delle concrete caratteristiche della stessa, rischierebbe di

---

<sup>231</sup> Così anche GALLO, *Delitto di peculato e illecito amministrativo*, in *Riv. pen.*, 1966, I, p. 399; PETROCELLI, *L'appropriazione indebita*, Napoli, 1933, p. 400. Nel senso della immediatezza ed irreversibilità della fuoriuscita del bene dal patrimonio del proprietario e della contestuale diretta e definitiva immissione dello stesso nel patrimonio dell'agente quali elementi caratterizzanti la condotta appropriativa si rinvia alle considerazioni di FLICK, *Dal pubblico servizio all'impresa banca: ritorno al futuro*, in *Riv. soc.*, 1989, p. 315 e 317.



condurre ad una sovrapposizione tra fatti di bancarotta prefallimentare, e atti che, in qualunque tempo commessi, costituiscono di regola espressione lecita dell'esercizio dell'impresa.

Non è quindi possibile estendere retroattivamente, senza limiti di tempo, la sanzione penale a qualsiasi fatto che integri la mera "materialità" del reato, dovendo necessariamente individuare con precisione i limiti cronologici funzionali a circoscrivere la "zona penale di rischio".

Conviene, a tal fine, nuovamente prendere le mosse dall'interesse protetto dalla fattispecie incriminatrice per poter meglio delimitare le condotte tipiche cui il legislatore ha scelto di attribuire attitudine lesiva.

Individuando nel delitto di bancarotta un reato posto a tutela del corretto svolgimento delle procedure concorsuali già in atto (nella bancarotta postfallimentare), o di imminente instaurazione (nella bancarotta prefallimentare)<sup>232</sup>, la ricostruzione della zona penale di rischio, cui collegare il momento effettuale della distrazione, verrebbe a coincidere necessariamente col presupposto stesso del fallimento, ovvero con l'insolvenza.

Seguendo tale impostazione il delitto sussisterebbe in presenza di quelle disposizioni patrimoniali di natura distrattiva realizzate in prossimità della decozione dell'impresa o in coincidenza della stessa e dal punto di vista della colpevolezza comporterebbe che lo *status* di insolvenza, intesa come incapacità di adempiere con regolarità alle proprie obbligazioni, sia conosciuto o conoscibile dal debitore nel momento in cui compie l'atto, e che la dichiarazione di fallimento, quale accertamento formale di detto *status*, si prospetti nella sua mente come un accadimento certo e prossimo.

Tuttavia detta impostazione non sembra potersi accogliere perché dal punto di vista formale la norma non offre alcun appiglio che permetta di considerare l'insolvenza come elemento di fattispecie, nonostante questa costituisca il necessario presupposto della sentenza di fallimento.

Dal punto di vista sostanziale occorre precisare che il bene giuridico protetto nelle fattispecie di bancarotta ha natura patrimoniale e consiste nell'interesse dei creditori alla conservazione della garanzia, quale interesse che sorge e si attualizza nel momento stesso in cui nasce l'obbligazione e non già con lo stato di insolvenza dell'imprenditore, né con la

---

<sup>232</sup> Questa è la linea tracciata autorevolmente da NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955, p. 24 e ss., LA MONICA, *I reati fallimentari*, Milano, 1999, p. 225 e ss.; SANTORIELLO, *I reati di bancarotta*, Torino, 2000, p. 10 e ss..

costituzione formale della massa dei creditori, che si realizza all'apertura della procedura concorsuale<sup>233</sup>.

Il vincolo di conservazione della garanzia grava di regola sul debitore a partire da un momento non necessariamente coincidente con l'insolvenza. In astratto, può ritenersi che la deviazione del bene dalla sua funzione può ritenersi distrattiva a prescindere dalla capacità di adempimento dell'imprenditore.

Quindi, l'atto dispositivo assumerà rilevanza penale qualora presenti un'attitudine lesiva nei confronti dell'interesse tutelato<sup>234</sup>.

Occorrerà analizzare la situazione economica complessiva dell'impresa e, quindi, l'eventuale sussistenza pregressa o attuale di uno squilibrio tra attività e passività, nonché la specifica incidenza che quell'atto può avere sullo stato patrimoniale dell'imprenditore, al fine di verificare se questo, a seguito e per mezzo del trasferimento di ricchezza effettuato, venga reso inadeguato, o fatto apparire inadeguato alla sua funzione di garanzia.

Acclarato che la bancarotta tutela gli interessi patrimoniali dei creditori fallimentari, si deve riconoscere che penalmente rilevante non può che considerarsi soltanto quella "distrattiva" che cagiona un danno al fallimento, inteso proprio quale diminuzione patrimoniale della massa fallimentare, perché ciò che caratterizza la distrattiva fallimentare non è il danno che questa condotta cagiona alla società, bensì quello che ricade sul fallimento.

Invero, è proprio dal pregiudizio economico cagionato alla massa dei creditori fallimentari che occorre prendere l'abbrivio per individuare la condotta tipica<sup>235</sup>.

Ai fini della bancarotta, non rileva né il fatto che la condotta tenuta dall'amministratore abbia i tratti tipici dell'abuso del potere, né tanto meno la circostanza che il bene non sia stato utilizzato conformemente ai c.d. scopi sociali.

### **3.8. Indagine preliminare sull'oggetto giuridico.**

L'oggettività giuridica della bancarotta fraudolenta è, in dottrina, ancora oggetto di discussioni. Una prima *summa divisio* consente di distinguere opinioni orientate in senso "privatistico" da opinioni orientate in senso "pubblicistico".

---

<sup>233</sup> NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955, p. 25.

<sup>234</sup> PEDRAZZI, *I reati commessi dal fallito, Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in *Commentario Scialoja-Branca, Legge fallimentare*, a cura di GALGANO, Bologna, 1995, pubblicato anche in PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, vol. IV, Milano, 2003, p. 502.

<sup>235</sup> LA MONICA, *Manuale di diritto penale commerciale*, Farigliano (CN), 1993, p. 445; NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955, p. 39 ss.

Sotto il primo profilo, che è quello dominante, accolto anche in giurisprudenza, si è posto l'accento, pur se con sfumature diverse, sulla posizione soggettiva dei creditori.

L'altra corrente di opinione si è articolata in una duplice direzione, alcuni ravvisando l'interesse pubblico tutelato in beni sostanziali, altri collocando invece l'interesse sul piano del processo.

Le teorie "pubblicistiche" tendono, in particolare, a porre in risalto l'aspetto destabilizzante della bancarotta, evidenziandone la lesività nei confronti dell'economia pubblica, la dannosità rispetto alla procedura concorsuale, nonché l'idoneità ad offendere un coacervo di interessi di difficile enucleazione, così da attrarre il delitto fallimentare nelle fattispecie plurioffensive.

In particolare, parte della dottrina ha tentato di contemperare le tesi pubblicistiche con le ricostruzioni in chiave privatistica, da un lato riconoscendo l'indubbia rilevanza da attribuire agli interessi patrimoniali dei creditori, dall'altro rimarcando l'offesa all'interesse sociale nel quale si risolve l'impatto dell'insolvenza *"nella vita economica del paese e, quindi, il pregiudizio che ne deriva alla normalità degli scambi e alla fiducia nell'esercizio del commercio: in una parola, il credito pubblico"*. Per tale dottrina la protezione dell'interesse dell'economia pubblica è "accentuata" sia dalla L. 3 aprile 1979, n. 95 che dal D.Lgs. 8 luglio 1999, n. 270 sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza: *"nulla di anormale perché nel nostro diritto sono assai frequenti incriminazioni dirette alla protezione di molteplicità di interessi, incriminazioni alle quali bene si addice la denominazione di reati plurioffensivi"*<sup>236</sup>. In una prospettiva plurioffensivistica si è pronunciata anche la giurisprudenza secondo cui, data l'impossibilità di affermare che qualsiasi fatto di bancarotta fraudolenta offenda la *"pubblica economia"*, occorrerebbe catalogare il delitto in esame tra i reati *eventualmente* plurioffensivi<sup>237</sup>. La ricostruzione in chiave patrimonialistica del delitto, come già si è detto, prevale in dottrina e in giurisprudenza. Con perfezione stilistica e di sintesi in Delitala si legge, a proposito di bancarotta fraudolenta patrimoniale: *"la bancarotta va collocata nel novero dei reati patrimoniali. L'oggetto sostanziale che il diritto protegge va infatti, in ogni caso, ravvisato nel diritto dei creditori. [...] Una volta fissato il limite entro il quale ciascun debitore può far uso del suo diritto di proprietà, bene possa il diritto penale sanzionare quegli atti che*

---

<sup>236</sup> ANTOLISEI, Manuale di diritto penale, Milano, 2008.

<sup>237</sup> Cass. Pen., Sez. V, 05.02.1986, Tacelli, FALL 1986, 914.

*tale limite eccedono*<sup>238</sup>. L'atto o il fatto che genera l'obbligazione determina, a carico del debitore, oltre che il debito, vale a dire il dovere del debitore di eseguire una data prestazione avente valore economico, sia essa una prestazione di dare o di fare o di non fare, una più generale conseguenza che investe l'intero suo patrimonio. E' il principio della responsabilità patrimoniale del debitore: questi, secondo un principio fondamentale del diritto privato, "risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri" (art. 2740 c.c.). Tutti i beni, presenti e futuri, del debitore costituiscono la garanzia del suo credito. La responsabilità patrimoniale è, dunque, necessariamente connessa all'obbligazione ed è, al pari di questa, fenomeno appartenente al diritto sostanziale; essa è, infatti, condizione di giuridicità dell'obbligazione ed è perciò coeva al sorgere del credito. La responsabilità patrimoniale è fenomeno anteriore all'inadempimento e, nella sua prima fase, assegna ai beni del debitore una potenziale destinazione alla soddisfazione esecutiva del creditore, destinazione che diventa attuale dopo il verificarsi dell'inadempimento. La strumentalità necessaria del patrimonio del debitore alla soddisfazione coattiva del creditore pone il debitore in uno stato di soggezione rispetto ai propri beni e attribuisce al creditore una garanzia generica che costituisce la posizione complessiva di preminenza del creditore di fronte al patrimonio del debitore. La giurisprudenza civile ammette che il principio della responsabilità patrimoniale interferisce sul potere gestorio del debitore entro il limite funzionale dell'interesse a rimuovere o ad evitare una situazione di pericolo di insoddisfazione del credito; siffatta interferenza si esplica, anzitutto, con gli strumenti di conservazione della garanzia patrimoniale previsti dagli articoli 2900 ss. c.c., determinando appunto una limitazione alla libertà di disposizione del debitore. Questi principi sono stati recepiti dalla dottrina penalistica. Si è così affermato che il fatto di bancarotta è offensivo del diritto di garanzia di cui all'art. 2740 c.c. a norma del quale *"il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri"* cosicché *"dal momento in cui sorge l'obbligazione, il debitore non è più pienamente libero nella sfera patrimoniale perché deve avere riguardo anche delle esigenze degli aventi diritto: è contemporaneamente proprietario pleno jure dei propri beni non necessari al soddisfacimento delle ragioni dei creditori, ma anche amministratore di una parte del suo patrimonio per conto degli aventi diritto."* Il bene giuridico tutelato è, dunque, individuato,

---

<sup>238</sup> DELITALA, *L'oggetto della tutela nel reato di bancarotta*, in *Dir. Pen., Raccolta degli scritti*, Milano, 1976, pag. 730.

dalla dottrina prevalente e dalla giurisprudenza negli interessi patrimoniali dei creditori del fallito (*cd. concezione patrimoniale della bancarotta*), La patrimonialità dell'interesse tutelato consente, dunque, di annoverare la bancarotta tra i reati contro il patrimonio, pur dovendosi rilevare che le condotte di bancarotta "*propria*", a differenza dei delitti contro il patrimonio previsti dal codice penale, non cadono su beni di terze persone, ma sul patrimonio dello stesso fallito. I creditori sono, dunque, i soggetti passivi, fermo restando che la bancarotta non offende interessi patrimoniali individuali ma i creditori come categoria.

### **3.9. La delimitazione della “distrazione” sul piano della tipicità del fatto: l’offesa in concreto alla garanzia dei creditori.**

La condotta di distrazione assolve il ruolo di condotta “residuale e sussidiaria” atteso che la stessa sarebbe idonea a ricoprire tutte le attività di utilizzo del patrimonio dell’impresa a scopi diversi da quelli a cui questo è destinato, che non rientrino nelle più specifiche nozioni di distruzione, dissipazione, occultamento o dissimulazione<sup>239</sup>.

E’ una forma di estromissione del bene dal patrimonio dell’imprenditore senza che a questo venga conferito un corrispettivo, in guisa da intaccarne l’integrità in danno ai creditori.

Così, costituirebbe distrazione penalmente rilevante ai sensi della legge fallimentare la vendita di un bene a titolo oneroso, se fatta con la volontà e consapevolezza di sottrarre il bene ed il ricavato della vendita alla garanzia dei creditori, o se realizzata comunque per scopi estranei all’impresa e con criteri economici incongrui; la vendita sotto costo della merce, quando presenti carattere sistematico e qualificante l’attività d’impresa; la concessione di fidejussioni con le quali l’imprenditore realizzi, senza alcun utile per l’azienda, un effettivo depauperamento della stessa in danno ai creditori; l’erogazione di finanziamenti concessi senza adeguate garanzie.

Al contrario non opera l’art. 216, primo comma, n. 1 L.F. quando in luogo del bene alienato subentri un corrispettivo adeguato, o comunque quando il rapporto sinallagmatico sia integrale, effettivo e non fittizio: in tal senso mancherebbe la tipicità della distrazione nel caso in cui un’operazione diminuisca il patrimonio dell’imprenditore ma nello stesso tempo faccia rientrare nel complesso dei beni un vantaggio equivalente alla spesa: la stessa vendita sotto costo, che altrimenti sarebbe una pura perdita, può accrescere l’avviamento e permettere di inserirsi in un mercato nuovo.

La valutazione in ordine al carattere distrattivo dell’atto dispositivo deve, quindi, effettuarsi in concreto, a nulla rilevando l’eventuale alienazione del bene quando l’operazione, valutata nel suo complesso, risponda ad un interesse patrimonialmente calcolabile dell’imprenditore, in modo che il sacrificio patrimoniale risulti adeguatamente compensato.

La funzione di garanzia costituisce lo sfondo sul quale si deve parametrare l’offensività del fatto.

Pertanto, non tutti i movimenti di ricchezza per fini apparentemente extra-aziendali saranno per ciò solo riconducibili all’art. 216 L.F., ma solo quelli che, attraverso un’analisi

---

<sup>239</sup> Sulla eccessiva dilatazione del concetto di distrazione nel delitto di bancarotta si esprime in senso critico LA MONICA, *La tipicità della condotta nel delitto di bancarotta*, in *Giust. pen.*, 1984, p. 334.

complessiva dell'intera operazione economica, risultino concretamente pericolosi per gli interessi dei creditori, in quanto incidano sul *quantum* della garanzia. Ciò può avvenire, ad esempio, quando la stessa apprensione materiale del bene distratto venga resa impossibile o particolarmente difficoltosa.

Lo stesso discorso può valere, poi, in relazione agli atti a titolo gratuito: salvo quanto previsto dall'art. 64 L.F., che espressamente deroga al regime dell'inefficacia per i regali d'uso e per gli atti compiuti in adempimento di un dovere morale o a scopo di pubblica utilità, in quanto la liberalità sia proporzionata al patrimonio del donante, le donazioni, non assumono di per sé il connotato distrattivo, non costituiscono cioè una illecita deviazione del bene dal proprio scopo, a meno che non compromettano o non siano idonee a compromettere la conservazione della garanzia.

Ecco allora che la nozione di distrazione prefallimentare già può trovare una delimitazione sul piano obiettivo del fatto, mediante una lettura della condotta improntata sulla necessaria offensività del reato: ricostruito l'oggetto giuridico dell'incriminazione nel diritto dei creditori a vedere conservata la propria garanzia sui beni del debitore, l'azione criminosa non può che essere ritagliata, in chiave teleologica, sulla effettiva e concreta lesione (nella forma del pericolo) di siffatta integrità: di talché solo in presenza di uno squilibrio di valori sul piano economico che sia indiscutibile e privo di giustificazione e che influisca in concreto ed in modo determinante sulla consistenza della garanzia potrà profilarsi una distrazione.

Di distrazione non potrà parlarsi, invece, fin tanto che l'attivo a disposizione dei creditori non risulti ingiustificabilmente diminuito, e il calcolo andrà effettuato in base ai valori di mercato alla data dell'operazione, tenendo conto della condizione complessiva dell'impresa e delle previsioni allora ragionevolmente formulabili.

La concreta offensività delle manipolazioni patrimoniali è legata ad un secondo evento naturalistico (oltre a quello del semplice decremento "aritmetico"), riconducibile ad un effettivo squilibrio tra attività e passività, calcolato però non già in modo settoriale, attenendosi cioè all'analisi della sorte dei singoli cespiti, ma misurabile sul complesso del patrimonio.

Siffatto dato di squilibrio economico segna in un certo senso il *discrimen*, sul piano obiettivo, tra legittimo esercizio del potere di disposizione sui propri beni, e condotta distrattiva penalmente rilevante: fino a quando, cioè, residui un tranquillo margine di attivo

nel bilancio dell'azienda non potrà contestarsi all'imprenditore il diritto di disporre a piacimento delle proprie sostanze, anche mediante operazioni antieconomiche.

Ritenuto, pertanto, che la pericolosità dell'atto va calcolata sulla base della situazione economica esistente al momento del suo compimento, si può affermare che la soglia che determina la illiceità della disposizione (in quanto pericolosa per il bene protetto) è una soglia mobile, che varia al mutare delle condizioni economiche dell'impresa, o più in generale, della situazione patrimoniale del titolare.

### **3.10. Il profilo soggettivo del reato: un intreccio non facilmente districabile.**

Tra i diversi problemi interpretativi che hanno determinato spaccature in dottrina ed in giurisprudenza in relazione alla ricostruzione dell'elemento soggettivo del delitto di bancarotta fraudolenta emerge senz'altro quello relativo al ruolo del dolo specifico: mentre, infatti, lo scopo di recare pregiudizio ai creditori, o di favorirne alcuno a danno degli altri, è espressamente previsto per talune ipotesi di bancarotta documentale e per quella preferenziale, non lo stesso può dirsi per la bancarotta patrimoniale. In quest'ultimo caso, infatti, ad una analisi letterale della norma, può notarsi come il legislatore abbia scelto di richiedere espressamente il fine specifico di recare pregiudizio ai creditori solo in riferimento ai fatti di esposizione o riconoscimento di passività inesistenti.

Appare utile rappresentare l'orientamento condiviso in dottrina secondo cui per tutte le ipotesi descritte dall'art. 216, primo comma, n. 1, L.F. sia richiesto, anche se in forma implicita, un dolo di frode<sup>240</sup>, ritenendo l'ipotesi di bancarotta semplice quale fattispecie "residuale" che si aggiunge a quella fraudolenta per completare la repressione dell'insolvenza colpevole; nonché per il fatto che la legge abbia scelto di distinguere i due delitti non già in base al diverso elemento psicologico (dolo per l'una e colpa per l'altra), quanto piuttosto mediante l'utilizzo di una terminologia che inquadri l'aspetto della fraudolenza come requisito differenziale<sup>241</sup>.

---

<sup>240</sup> ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. II, *I reati fallimentari, tributari, ambientali e dell'urbanistica*, Milano, 2008, p. 172 in cui si riprende il pensiero dell'autore, secondo cui la bancarotta fraudolenta richiede, in tutti i casi che la costituiscono, un dolo specifico, e precisamente l'intenzione di sottrarre propri beni alla esecuzione concorsuale. Sicché nella bancarotta semplice, per logica necessità, debbono rientrare anzitutto i casi in cui il soggetto diminuisca consapevolmente – e quindi, secondo l'autore dolosamente – il proprio patrimonio senza quella intenzione.

<sup>241</sup> Particolarmente incisivo sul punto NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955, p. 74-75 che afferma che la bancarotta semplice si differenzia da quella fraudolenta perché, anche in base alle caratteristiche oggettive della condotta, appare evidente l'assenza di ogni intenzionalità nei confronti del danno dei creditori. È la contrapposizione tra *dolo di frode* e *dolo semplice* che



Proprio al particolare *nomen iuris* indicato alla rubrica dell'art. 216 L.F., infatti, alcuni autori hanno ricondotto la specificità dell'elemento soggettivo della bancarotta fraudolenta, caratterizzato dall'intento di frode in danno dei creditori e dalla finalità di un profitto personale del fallito; scopo, questo, del tutto assente nella corrispettiva fattispecie semplice<sup>242</sup>.

A diverse conclusioni, invece, si potrebbe pervenire qualora si scelga di muovere dal dato obiettivo caratterizzante il fatto tipico, ricostruendo così l'elemento soggettivo del reato, e differenziando i fatti di bancarotta fraudolenta da quelli di bancarotta semplice, in base ai principi generali in tema di dolo di cui agli artt. 42 e 43 c.p.

In particolare, considerato il tenore letterale delle norme, e ricostruito il delitto in esame come fattispecie di mero pericolo, in cui l'evento naturalistico della depauperazione patrimoniale effettiva o fittizia si accompagna ad una concreta idoneità lesiva rispetto alla garanzia dei creditori, l'indagine sull'oggetto del dolo non potrebbe portare a concludere per la coincidenza di questo con l'offesa-evento agli interessi dei creditori, nella sua forma del pericolo.

Il rischio di un pregiudizio all'integrità della garanzia, innescato dalle condotte descritte all'art. 216, primo comma, L.F., costituirebbe, dunque, l'evento del reato; e la copertura psicologica richiesta in base ai principi generali sull'imputazione soggettiva, sarebbe ravvisabile, secondo questa impostazione, nel *dolo generico di pericolo* sulla base dell'equazione: "a evento di pericolo, dolo di pericolo"<sup>243</sup>.

In quest'ordine di idee basterebbe, invero, che l'irrealizzabilità delle ragioni creditorie sia prevista e voluta come conseguenza della propria condotta, anche come risultato solo probabile di questa.

Il dolo di bancarotta fraudolenta, quindi, potrà manifestarsi anche nella sua forma più attenuata di dolo eventuale allorquando l'imprenditore agisca nella consapevolezza della possibilità di un danno per i creditori e ciò nondimeno ne accetti il rischio<sup>244</sup>.

---

costituirebbe, secondo l'autore, l'elemento fondamentale di discriminazione, sul piano soggettivo, tra le due fattispecie.

<sup>242</sup> BATTAGLINI, *Osservazioni sul dolo nella bancarotta fraudolenta*, in *Giut. pen.*, 1954, II, p. 113; CASAROLI, *Il dolo della bancarotta fraudolenta fra dubbi interpretativi e rigore giurisprudenziale*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, vol. II, Milano, 1991, p. 304.

<sup>243</sup> Cass. Pen., Sez. V, 13.05.2009, n. 38529; Cass. Pen., Sez. II, 15.10.2008, n. 43171 ; Cass. Pen., Sez. V, 04.07.2006, n. 1359.

<sup>244</sup> In giurisprudenza siffatta impostazione è stata fatta propria dai giudici nella famosissima vicenda del crack del Banco Ambrosiano, cfr. Cass., sez. V, 22.4.1998, n. 8327, in Cass. pen., 1999, p. 652.

Quindi, la lesione ai creditori, ancorché nella forma più lieve del pericolo, si presenta come elemento costitutivo di fattispecie, rappresentando, invero, il fulcro stesso dell'incriminazione.

Occorre considerare un ulteriore aspetto problematico che caratterizza il dolo della bancarotta fraudolenta ed il ruolo di "delimitazione" che esso gioca nelle diverse fattispecie di cui all'art. 216, primo comma, n. 1 L.F., soprattutto in riferimento alle condotte distrattive. Ci si è domandati, infatti, se sia sufficiente, ai fini della sussistenza dell'elemento psicologico del reato, la consapevolezza e la volontà di sottrarre le proprie attività alla generica garanzia dei creditori di cui all'art. 2740 c.c., o se sia piuttosto e più specificamente necessario che l'agente si rappresenti che con la sua condotta stia in qualche modo eludendo la corretta esecuzione concorsuale, considerata nel suo aspetto formale e pubblicistico. In questa seconda ipotesi, non solo dovrebbe ammettersi che l'intralcio alla procedura fallimentare sia elemento costitutivo del reato, che contribuisca in qualche modo a delinearne l'offesa; ma si sarebbe altresì portati a concludere, già sul piano oggettivo, per la penale rilevanza solo di quelle condotte realizzate in prossimità dell'insolvenza: solo quelle operazioni dispositive, cioè, poste in essere in previsione di una attuale o immediatamente futura decozione dell'impresa, che porti ad una sicura o probabile dichiarazione di fallimento.

In questi casi la consapevolezza dell'insolvenza (certa o probabile) assurgerebbe a condizione necessaria (anche se non sufficiente) del dolo di distrazione o di dissipazione, dissimulazione, distruzione o occultamento. L'oggetto del dolo, in tal senso, risulterebbe allargato, mentre ridotta apparirebbe, sul piano materiale, la rilevanza penale delle condotte depauperative, rimanendo fuori dall'orbita dell'art. 216 L.F. tutte quelle disposizioni patrimoniali presumibilmente pericolose per la garanzia dei creditori, ma realizzate quando l'impresa si trovava a tutti gli effetti *in bonis*.

### **3.11. Il momento "finalistico" della distrazione.**

L'esigenza di assicurare un'effettiva tutela del credito e la necessità di tutelare l'impresa e la libertà

di iniziativa economica *lato sensu* intesa richiedono una seria delimitazione delle condotte di bancarotta.

Affermare di essere in presenza di una operazione distrattiva allorquando l'imprenditore, anche *in bonis*, utilizzi i suoi beni in modo da porre in pericolo l'integrità della garanzia per

i creditori che da essi è costituita, alla luce di un'analisi della situazione economica dell'impresa complessiva e non già legata alla singola operazione (e sempre che successivamente si realizzi il fallimento come richiesto dall'art. 216 l. fall.), per quanto convincente sul piano della tipicità oggettiva del fatto, non sembra da sola sufficiente a soddisfare le esigenze di necessaria delimitazione della condotta illecita.

Sul punto si ribadisce che l'attività posta in essere dall'imprenditore è per sua natura rischiosa, atteso che la scelta di compiere operazioni potenzialmente pericolose per l'integrità del patrimonio, quale fonte di garanzia per i creditori, può, talvolta, risultare necessitata o, comunque, sorretta dalla volontà o dall'auspicio (anche eventualmente colpevole, si pensi ai casi di bancarotta semplice) di "migliorare" la situazione generale dell'impresa.

Al di fuori dei movimenti di denaro consistenti in operazioni di pura sorte o, comunque, riconducibili ad una gestione gravemente o manifestamente imprudente dell'impresa, che ricadono nella fattispecie di bancarotta semplice di cui all'art. 217 L.F., sono riscontrabili nella prassi delle "zone grigie" in cui, nonostante la pericolosità concreta ed effettiva di talune scelte gestorie, la condotta sembra rimanere al di fuori della sfera di operatività dell'art. 216, primo comma, n.1 L.F.<sup>245</sup>.

Il *discrimen* in questi casi non sarebbe più rinvenibile sul piano oggettivo dell'offesa, ma su quello soggettivo della volontà.

Infatti per poter incriminare l'imprenditore per bancarotta fraudolenta, oltre alla necessaria influenza negativa che le sue scelte aziendali devono aver determinato sul *quantum* del patrimonio posto a tutela dei creditori ai sensi dell'art. 2740 c.c., risulta di fondamentale rilievo la direzione finalistica della condotta stessa<sup>246</sup>.

L'art. 216 L.F., infatti, non è finalizzato a punire qualsiasi impoverimento dell'imprenditore che si configuri di fatto come pericoloso o dannoso per i creditori, ma solo quel

---

<sup>245</sup> L'insufficienza del mero riferimento alla *tipicità oggettiva* come elemento di discriminare tra bancarotta fraudolenta e semplice ovvero tra bancarotta e fatto lecito è acutamente evidenziata da PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, Palermo, 1957, p. 56, il quale rileva come la stessa dottrina dominante riconosca che "al medesimo fatto materiale, commesso con coscienza e volontà può, di volta in volta, corrispondere bancarotta fraudolenta o un altro delitto, o addirittura, un fatto non costituente reato. Ad esempio, il fatto materiale del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale può in molti casi essere identico a quello della bancarotta semplice per spese eccessive o per operazioni imprudenti al fine di ritardare il fallimento".

<sup>246</sup> Sulla teoria dell'azione finalistica nella letteratura italiana si vedano, tra le altre, le opere di GALLO, *La teoria dell'azione finalistica nella più recente dottrina tedesca*, Milano, 1967; LATAGLIATA, *La situazione attuale della dottrina finalistica dell'azione*, in *Riv. pen. ec.*, 1991; SANTAMARIA, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, Napoli, 1955.

depauperamento lesivo della garanzia patrimoniale che sia finalisticamente orientato a tale risultato.

La distrazione, quindi, comprenderebbe tutte quelle operazioni che causano una deviazione del bene al suo scopo in presenza della volontà finalistica dell'agente verso la sottrazione dei beni alla funzione di garanzia dei creditori complessivamente considerati.

Il contenuto della volontà colpevole contribuisce alla precisazione dei caratteri del fatto tipico.

Sulla base dell'analisi sinora svolta si può agevolmente affermare che, in ambito fallimentare, col termine "distrarre" si richiama un contesto indeterminato e di scopo: non si sanziona il mero distacco del bene dall'azienda, bensì la destinazione ingiustificabile dello stesso, parametrata sugli interessi dei creditori dell'impresa, con un ambito di applicazione ritagliato sul caso concreto, e con accezione prettamente economica. In questo senso il dolo può dirsi meramente generico, contenendo in sé la consapevolezza dello speciale disvalore economico dell'atto dispositivo e delle sue inaccettabili finalità.

Quindi, nel contesto esaminato in tale lavoro, le operazioni infragruppo non sorrette da adeguato corrispettivo in caso di fallimento della società depauperata integrano il delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione, in quanto non rileva che siffatte operazioni siano poste in essere al fine di salvaguardare l'avviamento economico e la capacità occupazionale, trasferendo beni e risorse verso altre società ritenute maggiormente operative, poiché la salvaguardia delle risorse sociali va attuata all'interno del perimetro del soggetto proprietario nell'interesse dei creditori e dei terzi che hanno fatto affidamento sul patrimonio e sulla capacità operativa della singola società.

Dal punto di vista soggettivo il dolo è generico e deve essere individuato nella consapevolezza del distacco del patrimonio sociale di beni che, destinati a finalità estranee, determinano il depauperamento dell'impresa in danno dei creditori. Ne consegue che sull'elemento soggettivo non ha alcuna incidenza la finalità perseguita dall'agente. La garanzia dei creditori è data dal patrimonio sociale, che viene depauperato allorché vengano effettuati trasferimenti di beni ad altra società. Al creditore della società fallita è, infatti, precluso di inseguire i beni sociali su cui rivalersi, una volta usciti dalla disponibilità della società debitrice, pur se diretti verso altra società del gruppo.

## CAPITOLO QUARTO

### L'INSOLVENZA NEI GRUPPI DI SOCIETÀ: COMPARAZIONE CON L'ORDINAMENTO BULGARO

4.1. Finalità dell'attività di ricerca in Bulgaria; 4.2. L'interesse all'ordinamento e all'economia bulgara; 4.3. Nozioni sulla genesi dell'ordinamento bulgaro; 4.4. Il diritto societario bulgaro e normativa fiscale; 4.5. La Legge sulla contabilità; 4.6 Il gruppo di società: applicazione dei principi contabili IAS/IFRS per l'individuazione dei presupposti contabili del gruppo nell'ordinamento italiano e bulgaro; 4.7. Il gruppo di società ed il bilancio consolidato secondo l'applicazione dei principi contabili IAS/IFRS; 4.8. L'insolvenza transfrontaliera in ambito comunitario; 4.9. Il trasferimento della sede legale in Bulgaria e l'insolvenza bulgara.

#### 4.1. Finalità dell'attività di ricerca in Bulgaria.

Con il suo ingresso nell'Unione Europea la Bulgaria<sup>247</sup> ha acquisito tutte le caratteristiche per essere considerato un paese interessante per gli investitori europei ed italiani in particolar modo. Dapprima la caduta delle limitazioni previste dal regime filo sovietico, poi la stabilizzazione politica, successivamente l'ancoraggio della valuta nazionale, il Leva, al Marco (e quindi all'Euro) ed infine l'ingresso nell'UE sono stati gli step che hanno portato la Bulgaria dall'essere un paese ostile e rischioso al divenire un paese che può offrire sicure opportunità. Pare, infatti, che oltre alla stabilità garantita dal "*board* di valuta" ed alla certezza del diritto garantita dai trattati internazionali, i governi hanno capito l'importanza di attrarre gli investimenti ed i capitali dall'estero. Sebbene non si sia mai proceduto ad approvare una legge per le "società non residenti" si è perseguita una seria politica di concorrenza normativa rendendo l'ordinamento Bulgaro uno dei più "convenienti"<sup>248</sup> in Europa, sia da un punto di vista normativo, sia da un punto di vista fiscale.

Tali peculiarità hanno diretto l'attività di ricerca eseguita in Bulgaria ad un'indagine comparativa con gli "omologhi" istituti previsti dall'ordinamento bulgaro che individuano il fenomeno del gruppo di società e la procedura fallimentare. Ciò ha imposto un'analisi in detto ordinamento dell'impatto e dell'evoluzione delle norme che consentono di qualificare il gruppo di società

---

<sup>247</sup> Dal 1° gennaio 2007 Romania e Bulgaria sono diventati Paesi membri dell'Unione Europea, così come previsto dal Trattato istitutivo della Comunità Europea.

<sup>248</sup> L'attenzione allo "stakeholder" socio, ha fatto sì che si procedesse ad una graduale diminuzione del Capitale sociale minimo richiesto, oltre che ad una forte tutela dei soci delle Società per Azioni (AD) che possono rimanere "anonimi" essendo possibile emettere la totalità delle azioni al portatore.

soprattutto alla luce dei principi contabili “IAS e IFRS”, non senza delineare un breve ritratto della normativa fiscale e dell’insolvenza bulgara.

#### **4.2. L’interesse all’ordinamento ed all’economia bulgara.**

Negli ultimi anni il mercato bulgaro è stato oggetto di un processo di graduale apertura verso l’economia di mercato europeo.

Tutto questo è stato accompagnato da un cambiamento del contesto legislativo, che è ora più vicino sia ad una libera concorrenza sui mercati internazionali sia agli standard richiesti dall’Unione Europea.

La dinamicità del mercato bulgaro ha fatto sì che il clima imprenditoriale fosse particolarmente attraente per gli investitori stranieri offrendogli opportunità di *business* diversificate e in costante aumento, oltre che accompagnate da significativi incentivi all’investimento.

Di fatto la Bulgaria rappresenta uno dei Paesi dell’Est che gode oggi di fortissime attenzioni da parte degli operatori economici stranieri.

La Bulgaria è il Paese UE con la più bassa imposizione fiscale. Il sistema bulgaro prevede una FlatTax (tassa con unica aliquota) al 10% che si applica sia ai redditi delle persone fisiche che a quelli delle persone giuridiche. Trattandosi di un paese di cultura socialista l’imposizione è tutta diretta ed insiste principalmente sui guadagni e sulle persone anziché sui beni e sui consumi.

La Bulgaria è caratterizzata da un’economia fortemente diversificata, nella quale i settori tradizionali che contribuiscono per la quota maggiore alla formazione del prodotto interno lordo sono il settore dei servizi (che ha una incidenza pari al 61,9%), seguito dal settore industriale, che rappresenta circa il 20% del PIL.

Anche il settore agroalimentare, grazie alla qualità e varietà dei suoi prodotti, svolge un ruolo primario all’interno della economia del paese: i prodotti del settore, infatti, contribuiscono per il 18,4% alla produzione nazionale.

Il settore terziario è il settore che negli ultimi anni ha fatto registrare la crescita maggiore e nel primo trimestre del 2005 è cresciuto quasi del 7% rispetto alla stesso periodo dell’anno precedente. Non solo per la loro potenzialità intrinseca ma anche perché, essendo la Bulgaria già membro della Comunità europea, alcuni di codesti comparti sono suscettibili anche di finanziamenti internazionali.

Il Paese sta di fatto mostrando una grande disponibilità nel favorire gli investimenti stranieri<sup>249</sup>. Statisticamente l'interesse delle imprese italiane si concentra sia in operazioni dirette, con la costituzione di società di diritto bulgaro, sia indirettamente, con la fornitura di impianti, tecnologie e servizi, esecuzione di opere finanziate dai fondi europei.

Infatti, in base all'ordinamento vigente, l'investitore straniero potrebbe costituire un'impresa mista con un operatore locale, oppure acquisire la proprietà di un'impresa attraverso la partecipazione al processo di privatizzazione, oppure costituire una società *ex novo*.

La regolamentazione del settore degli investimenti tende alla creazione di un clima particolarmente favorevole agli investimenti in un'economia di mercato sostenibile.

In particolare, la Bulgaria, se paragonata agli altri Paesi dell'Europa centrale ed orientale, presenta disposizioni molto favorevoli agli investimenti stranieri diretti.

Per quanto riguarda la normativa relativa agli investimenti esteri, col varo della nuova Legge sugli Incentivi per gli Investimenti (4 agosto 2004), si è dato vita ad un regime altamente attraente per gli investitori.

La Costituzione bulgara e la citata legge definiscono il trattamento nazionale degli investitori stranieri: gli investitori stranieri hanno diritto a svolgere attività economiche nel paese secondo le stesse clausole applicabili agli investitori bulgari, se non diversamente specificato dalle legge. In particolare, questo principio copre l'ampia gamma di attività economiche e giuridiche necessarie alla realizzazione delle varie forme di imprenditoria. Il trattamento nazionale degli investitori stranieri prevede la partecipazione al processo di privatizzazione e acquisto di azioni, obbligazioni, titoli di stato e altre tipologie di titoli.

Non è prevista alcuna limitazione alla partecipazione del capitale straniero né alcuna forma d'autorizzazione specifica, se non per investimenti in settori considerati sensibili quali: produzione ed esportazione di armi, munizioni e attrezzature militari, servizi bancari e finanziari, esplorazione, sfruttamento e sviluppo delle risorse naturali, acquisizione di proprietà in particolari aree o zone del Paese. Solo in questi settori l'autorizzazione è rilasciata dal Consiglio dei Ministri, ad eccezione di quello bancario, ove l'istituzione competente è la Banca Nazionale Bulgara<sup>250</sup>.

---

<sup>249</sup> La Bulgaria ha firmato 68 trattati contro le doppie imposizioni compresi tutti i paesi dell'unione europea. In particolare la convenzione con l'Italia è stata sottoscritta il 21 settembre del 1988 ed è entrata in vigore il 10 giugno 1991. Non risultano invece accordi tra l'Italia e la Bulgaria per lo scambio di informazioni e per l'effettuazione di verifiche fiscali simultanee. La Bulgaria non rientra nelle liste contenute nei decreti ministeriali del 4 maggio 1999, del 23 gennaio 2002 e del 21 novembre 2001 e le loro successive modifiche che individuano i Paesi e territori a fiscalità privilegiata per quanto riguarda rispettivamente le persone fisiche, l'ineducibilità dei componenti negativi e le *controlled foreign companies*.

<sup>250</sup> Analogamente ai cittadini bulgari, gli investitori esteri devono registrare la loro attività presso: a) l'ufficio locale di tassazione; b) l'ufficio locale per l'assistenza sociale nel caso in cui gli investitori esteri siano anche datori di lavoro;

Agli investimenti stranieri sono inoltre accordate particolari agevolazioni come la protezione dall'esproprio o nazionalizzazione (se non per motivi di interesse nazionale e previo adeguato risarcimento) e la possibilità di trasferire liberamente profitti e capitali.

Dunque, la citata legge prevede in particolar modo delle misure preferenziali per investimenti che abbiano le seguenti caratteristiche:

- a) l'investimento deve essere relativo all'acquisizione di specifici *asset* aziendali con lo scopo di creare, aumentare o ammodernare la produzione esistente di merci e/o servizi;
- b) devono essere creati nuovi posti di lavoro;
- c) il progetto deve essere realizzato entro 3 anni.

Sono inoltre previsti programmi e misure per l'impiego nel mercato del lavoro in Bulgaria di giovani e di appartenenti a gruppi sociali deboli. In tal caso, l'Agenzia per l'Impiego può coprire le spese relative ai salari e agli altri oneri per la durata del contratto di lavoro di ogni persona impiegata (ma non per più di 12 mesi).

Sono, altresì, previste agevolazioni fiscali per investimenti in regioni ad alta disoccupazione incluse nella lista approvata dal Ministero delle Finanze.

Le aziende manifatturiere che investono nelle regioni ad alta disoccupazione hanno diritto alla totale esenzione della tassa sul reddito di impresa (pari al 10%) se ricoprono determinate caratteristiche<sup>251</sup>.

L'ammontare di credito fiscale per ogni anno deve essere investito nelle attività manifatturiere entro 3 anni dalla fine dell'anno per cui è richiesta l'esenzione.

Le agevolazioni sono disponibili per i 5 anni successivi, se sono rispettate le condizioni in ogni singolo anno.

E' inoltre previsto un regime preferenziale dell'IVA per le importazioni di beni necessari alla realizzazione di un progetto di investimento. Infatti, investitori con partita IVA bulgara hanno il diritto di importare beni che verranno utilizzati in tali progetti, senza pagare l'IVA relativa all'importazione di tali beni. Inoltre, tali investitori hanno diritto ad essere rimborsati dell'IVA pagata su acquisti locali, entro 10 giorni dalla presentazione della domanda di rimborso, a

---

c) l'istituto statistico nazionale.

<sup>251</sup> Le caratteristiche sono che: a) tutti i luoghi di produzione, uffici e o altri siti riconducibili al soggetto fiscale devono essere localizzati nella relativa regione;

b) tutti gli assets del soggetto fiscale devono essere localizzati nella relativa regione, ad esclusione di denaro contante in conti bancari e investimenti in aziende associate o filiali;

c) il contribuente non deve avere arretrati o debiti relativi a tasse o oneri sociali in riferimento all'anno per il quale chiede l'esenzione.



condizione che almeno l'80% degli importi IVA mensili siano pagati attraverso un apposito conto per l'IVA.

Per beneficiare di questo regime speciale, l'investitore deve ottenere anticipatamente la autorizzazione dal Ministero delle Finanze.

#### **4.3. Nozioni sulla genesi dell'ordinamento Bulgaro.**

La Bulgaria è una Repubblica parlamentare sorta nel 1878 dalla suddivisione dell'impero ottomano e dal 1990 si è avviata verso una travagliata transizione per raggiungere la democrazia e l'economia di mercato.

Le prime riforme risalgono al 1991 e sono relative all'adozione di politiche monetarie e fiscali volte alla stabilizzazione finanziaria, al contenimento dell'inflazione, all'attrazione di investimenti esteri e alla gestione del disavanzo. La riforma strutturale ha comportato un cambiamento del tessuto economico tramite la privatizzazione immediata.

Tale trasformazione economica è stata molto lenta durante la prima metà degli anni novanta a causa, tra l'altro, del livello eccezionalmente alto di dipendenza dai mercati dell'ex Comecon (e specialmente da quelli dell'ex-Unione Sovietica), di un insostenibile debito estero, di grandi squilibri macroeconomici interni, della lontananza geografica della maggior parte dei mercati occidentali e della mancanza di stabilità politica nella regione dei Balcani occidentali. Tutti questi fattori hanno influito negativamente sulla transizione bulgara.

Verso la fine degli anni novanta, dopo sette anni di continui rinvii delle riforme strutturali e di diversi tentativi falliti di stabilizzazione e una cronica mancanza di disciplina finanziaria, la Bulgaria ha vissuto la crisi finanziaria e istituzionale più grave dall'inizio della transizione. Vi è stato il crollo del sistema bancario (un terzo delle banche è fallito) e una forte svalutazione della moneta, unitamente ad un'inflazione rilevante.

Questo complesso di fattori ha contribuito al permanere della percezione, da parte degli investitori esteri e delle organizzazioni internazionali, della Bulgaria come di un paese a rischio. Solo dopo il 1998 gli sforzi governativi per varare le riforme strutturali necessarie alla stabilizzazione e al controllo delle finanze hanno dato timidi segnali di ripresa.

Da tale momento la Bulgaria inizia un lento processo di risanamento e di sostanziale ristrutturazione dell'economia.

Nel 2007 l'entrata della Bulgaria nell'Unione Europea ha avuto un'importante influenza sullo sviluppo economico del Paese e il cambiamento del sistema economico ha evidenziato la necessità

di una legislazione in materia contabile a livello nazionale. Le riforme contabili, quindi, furono contestuali a quelle perseguite in tema di politica economica.

Prima di tale momento storico era impossibile creare dei principi contabili simili a quelli dei paesi europei più sviluppati, a causa di un sistema di contabilità impostato per seguire le vicissitudini di imprese prevalentemente pubbliche, orientato al controllo dei prezzi di produzione ed alla predisposizione di informazioni ai fini di investimento. La contabilità si limitava alla registrazione dei fatti economici, eventi e processi, in base a regole dettagliate e rigide, che la professione contabile non poteva in alcun modo scavalcarle tramite una propria interpretazione della realtà aziendale. Il principale fruitore del bilancio era lo Stato, il quale richiedeva un gran numero di riferimenti statistici oltre alle relazioni finanziarie.

La novella legge sulla contabilità ha fornito una grossa scossa rispetto alle precedenti disposizioni, regolando tuttavia l'organizzazione della contabilità in un sistema economico misto, a causa della quota ancora dominante di imprese possedute dallo Stato.

L'entrata del paese nell'Unione Europea ha comportato il recepimento anche "di diritto" delle Direttive comunitarie, precedentemente implementate solo "di fatto" e, l'applicazione obbligatoria dei principi contabili internazionali disposta dal Regolamento europeo n. 1606 del 2002.

Attualmente, dunque, i principi contabili internazionali, ai sensi dell'art. 22 della Legge sulla contabilità, sono quelli applicabili a tutte le imprese, ad esclusione di quelle pubbliche e delle piccole e medie imprese. Per queste ultime, il Consiglio dei Ministri, con il Decreto n. 46 del 21 marzo 2005, ha approvato 31 nuovi principi contabili nazionali, entrati in vigore, retroattivamente, dal 1 gennaio 2005, modificati successivamente con efficacia a partire dal 2008.

E' utile rappresentare che la Costituzione della Repubblica è la legge suprema. Essa non stabilisce espressamente la preminenza del diritto dell'UE, sebbene quest'ultimo sia considerato di rango superiore alla legislazione nazionale. Secondo il dettato dell'articolo 5, della Costituzione, infatti i trattati internazionali ratificati conformemente alla procedura costituzionale, promulgati e entrati in vigore nella Repubblica della Bulgaria diventano parte della legislazione nazionale. Tali trattati hanno la preminenza su eventuali disposizioni contrarie della legislazione nazionale.

#### **4.4. Il diritto societario bulgaro e normativa fiscale.**

Il diritto societario bulgaro è disciplinato dalla Legge Commerciale, entrata in vigore il 1° luglio 1991 e ha ricevuto numerosi emendamenti, precedenti al 2007, dettati dalla volontà di armonizzare la legislazione societaria bulgara alle direttive emanate dell'Unione Europea e a rendere la legge sulle società competitiva in un panorama Europeo.

Il codice del commercio è la principale fonte in materia societaria: in esso sono previste e disciplinate tutte le forme societarie, ad eccezione delle società cooperative.

Le principali tipologie di società disciplinate dalla legge sono rappresentate dalle società per azioni, società a responsabilità limitata, società in accomandita semplice, società in nome collettivo.

La società per azioni e la società a responsabilità limitata sono dotate di personalità giuridica e, inoltre, indipendentemente dalla nazionalità dei loro soci, ogni società costituita in base alla legge nazionale bulgara viene considerata come una società bulgara, o comunque viene definita società di diritto bulgaro.

La legge prevede delle norme comuni (indipendenti dalla tipologia di società) per la formazione dell'atto costitutivo della società, il quale deve contenere gli elementi considerati essenziali, quali il nome e la sede legale della società costituenda, il suo scopo, i riferimenti degli azionisti e dei soci, l'ammontare dei conferimenti in natura e denaro (per le società in accomandita semplice e le società in nome collettivo), l'ammontare del capitale sociale (per le società per azioni e le società a responsabilità limitata).

La legge bulgara prevede che la società possa essere considerata come legalmente costituita soltanto dopo che sia stata registrata presso il Registro Imprese del distretto locale competente<sup>252</sup>.

Dal 1° gennaio 2008 è stato istituito il nuovo Registro Imprese presso l'Agenzia delle Iscrizioni, che è costituito a livello nazionale. E' stato previsto un periodo di passaggio, prorogato fino al 31 dicembre 2011, per la trascrizione delle società già esistenti presso il nuovo Registro Imprese, pena la liquidazione d'ufficio delle società che non hanno richiesto il passaggio al nuovo Registro Imprese. La procedura di trascrizione delle società già esistenti è esente da tasse di registro.

La forma societaria più diffusa in Bulgaria è rappresentata dalla società a responsabilità limitata.

Anche in Bulgaria, i soci di una società a responsabilità limitata sono responsabili esclusivamente per le quote di capitale versate da ognuno di essi.

La società a responsabilità limitata ha una autonomia patrimoniale perfetta e, pertanto, è la società stessa con il proprio patrimonio che risponde delle obbligazioni sociali similmente all'omologo italiano.

Tale forma societaria viene utilizzata per investimenti di piccole e medie dimensioni. Il capitale minimo richiesto dalla legge per la sua costituzione infatti è inferiore rispetto a quello previsto per

---

<sup>252</sup> Qualora dopo la registrazione si verificano dei cambiamenti all'interno della società stessa, la legge impone che tali cambiamenti siano notificati al Registro Imprese entro sette giorni dal verificarsi degli stessi.

le società per azioni ed, a seguito delle modifiche della legge commerciale del 16 ottobre 2009, ammonta a 2,00 BGN, che corrispondono a circa ad 1,00 euro<sup>253</sup>.

Nel caso in cui, invece, il trasferimento delle quote sia effettuato ad un terzo, le procedure previste dalla legge sono più restrittive e sono maggiori gli oneri per il socio entrante.

Le persone giuridiche registrate all'estero possono aprire delle succursali (sedi secondarie) in Bulgaria. Quest'ultime sono obbligate alla tenuta dei libri contabili egualmente come una società indipendente e non richiedono alcun capitale minimo.

In Bulgaria gli uffici di rappresentanza possono essere aperti da operatori stranieri titolari all'estero di attività commerciali. Tali uffici, registrati presso la Camera di Commercio e non presso il Registro Imprese, non sono considerati persone giuridiche e non possono intraprendere attività economiche.

Le società a responsabilità limitata di diritto bulgaro sono soggette all'imposta sui redditi delle società. In particolare, i redditi sono tassati in capo alla società, mentre gli utili che vengono distribuiti sono tassati anche all'atto della distribuzione agli azionisti.

Gli utili che vengono distribuiti da una società residente ad un'altra residente non concorrono, invece, a formare la base imponibile della società ricevente. I dividendi distribuiti ai soggetti non residenti e, in generale, a tutti i soggetti, sono imponibili soltanto con imposta a titolo di acconto.

Dal novembre 2006, l'aliquota *standard* che grava sui redditi delle società è stata ridotta al 10%.

La legislazione fiscale non distingue tra società residente e società non residente.

Ai fini fiscali, una società non residente è trattata al pari di una società residente se è stata registrata secondo le disposizioni della legge nazionale bulgara. Ciò significa che le società fiscalmente residenti nel paese sono soggetti d'imposta per tutto l'ammontare del reddito, indipendentemente da dove sia stato prodotto. Le società straniere, che non sono registrate nel paese, sono assoggettabili a tassazione in Bulgaria soltanto per la parte di reddito prodotta nel paese.

Gli utili da capitale percepiti da una società concorrono a formare la base imponibile della società stessa. In particolare, la legge fiscale stabilisce che gli utili non possono essere tassati fino a

---

<sup>253</sup> La legge commerciale non prevede un numero minimo o massimo di soci che possono riunirsi in una società a responsabilità limitata.

Esistono comunque delle regole specifiche per la costituzione di una società a responsabilità limitata:

- a) almeno il 70% del capitale deve essere sottoscritto all'atto della costituzione e versato, prima di procedere alla registrazione della società medesima presso il Registro Imprese;
- b) i soci devono necessariamente nominare i responsabili della «costituente», i quali non necessariamente devono essere di nazionalità bulgara, ma possono essere anche soggetti stranieri;
- c) occorre poi ricordare che, nelle società a responsabilità limitata di diritto bulgaro, il trasferimento delle quote da un socio all'altro non incontra nessuna restrizione.

quando non vengono realizzati. I dividendi che sono distribuiti da una società residente nel paese ad un'altra residente sono esenti da imposta.

Anche le filiali di società estere sono tenute a registrarsi ai fini IVA nel paese. In tal caso, però, esse possono procedere alla registrazione diretta, senza cioè la necessità di nominare un rappresentante fiscale<sup>254</sup>.

Alla luce della vigenza di una normativa fiscale più agevole rispetto a quella italiana e al fenomeno del trasferimento di molte società italiane in Bulgaria, numerosi sono i procedimenti penali pendenti innanzi alle Procure Italiane per delitti di bancarotta fraudolenta in relazione a condotte consistenti nello svuotamento patrimoniale completo delle società, nella conservazione dei beni in capo ai soci mediante intestazione fittizia a soggetti di fiducia e il trasferimento delle società, private di ogni attività, in Bulgaria per impedire la dichiarazione di fallimento in Italia.

Le società da svuotare vengono progressivamente intestate a prestanome dell'associazione pronti anche a svolgere il ruolo di liquidatori. Quindi si creano delle società *ad hoc* intestate e gestite dal "gruppo di lavoro" alle quali trasferire i beni mobili e immobili delle aziende in liquidazione in cambio di corrispettivi più che simbolici (spesso inferiori all'1% del valore di stima) e quasi mai versati, per poi riciclare gli stessi beni con altri passaggi di mano per arrivare a portarli in capo ai proprietari originari schermati da prestanome e/o fiduciarie. Quanto alle aziende svuotate, l'iter prevede il loro trasferimento in Bulgaria, non prima di aver aperto delle sedi locali. Il passaggio è fondamentale per escludere la giurisdizione italiana in caso d'istanza di fallimento nell'anno successivo al trasferimento. Una volta effettuato il cambio di sede, infatti, decade la giurisdizione originaria sull'impresa. A rendere ancora più complicata la tracciabilità delle aziende, poi, interviene la loro fusione con delle società locali create *ad hoc*.

In punto di trasferimento della società si distinguono due ipotesi: la società che trasferisce la propria sede rimanendo però soggetta alla legge dello Stato di costituzione, e la società che realizza il trasferimento proprio per modificare il regime giuridico ad essa applicabile, trasformandosi in una società regolata dal diritto nazionale di un altro Stato.

Con riferimento alla prima ipotesi, vige il principio secondo cui uno Stato membro dispone della facoltà di definire sia il criterio di collegamento richiesto affinché una società possa ritenersi

---

<sup>254</sup> Le statistiche mostrano che nel periodo dal 01.01.2009 al 31.12.2010 si sono registrate un totale di 438 imprese con partecipazione italiana, di queste 184 sono nuove e 210 hanno rinnovato. In questo periodo hanno interrotto l'attività due società e il numero delle società controllate è stato di 42. Nel periodo dal 01.01.2011 al 03.11.2011 un totale di 460 aziende si sono registrate, di cui 278 sono nuove e 161 hanno rinnovato. 9 aziende sono state chiuse e il numero delle controllate è 12. Questo dimostra chiaramente che nel solo anno incompleto si sono registrate più aziende rispetto al totale del 2009 e 2010.

costituita ai sensi del proprio ordinamento nazionale, sia i requisiti per continuare a mantenere tale *status*. Dunque, lo Stato membro di costituzione potrebbe decidere di impedire la conservazione del collegamento con il proprio ordinamento, applicando così il principio della sede reale. Nella seconda ipotesi, si realizza una vera e propria operazione di trasformazione della società, che non può essere ostacolata da eventuali obblighi di scioglimento e ricostituzione posti dalle leggi nazionali. La società è, quindi, libera di modificare il diritto societario a essa applicabile spostando la propria sede sociale in un Stato membro diverso da quello di costituzione, a condizione che tale operazione sia consentita dallo Stato membro ospitante.

#### **4.5. La legge sulla contabilità.**

La legislazione bulgara in materia di contabilità è in linea con le direttive europee nel rispetto del processo di armonizzazione del diritto contabile nazionale con le leggi dell'Unione Europea.

Ai sensi della legge di contabilità bulgara, le norme contabili che trovano applicazione per tutti gli enti, ad eccezione per le piccole e medie imprese, sono dette gli “International Financial Reporting Standards”, ossia IFRS, emanati dall'International Accounting Standards Board (IASB) e adottati dall'Unione europea.

Le imprese bulgare, con l'eccezione di piccole e medie imprese, sono tenute a redigere i loro bilanci annuali sulla base degli IFRS come adottati dall'Unione Europea (IFRS UE).

Le piccole e medio imprese dovrebbero applicare la National Financial Reporting Standard (NFRSSME) adottate dal Consiglio dei Ministri in Bulgaria, o, possono decidere di applicare volontariamente IFRS UE<sup>255</sup>.

I principi contabili di base NFRSSME sono generalmente simili a quelli sotto gli IFRS.

Tutte le entità sono tenute alla redazione del bilancio annuale con un fine esercizio al 31 dicembre. Ai sensi della legge sulla contabilità, le società sono tenute a redigere bilanci individuali (non consolidate) e consolidati (ove richiesto). Per le imprese individuali con un fatturato annuo inferiore a 100.000 BGN, il requisito è solo per un conto economico annuale.

In conformità con i requisiti della legge di contabilità, i bilanci (intermedi, annuali e consolidati) possono essere redatti solo da redattori di bilancio. Qualsiasi individuo o un'impresa di contabilità

---

<sup>255</sup> Nello Stato Bulgaro le piccole e medie imprese, secondo la legge sulla contabilità, sono quelle che non superano almeno due dei seguenti criteri in almeno una delle precedenti due periodi di riferimento:

- a) numero medio di personale per l'anno precedente: 250 persone
- b) fatturato annuo: 15 milioni di BGN;
- c) il totale delle attività al 31 dicembre: 8 milioni di BGN.

specializzata può essere un preparatore di bilancio a condizione che soddisfino i requisiti della legge sulla contabilità per un livello minimo di istruzione e di esperienza professionale pertinente.

I bilanci individuali sono costituiti di una situazione patrimoniale-finanziaria, conto economico complessivo, rendiconto finanziario, prospetto delle variazioni del patrimonio netto note e la comunicazione al bilancio.

Gli enti che, in conformità con i requisiti della legge di contabilità, sono obbligatoriamente assoggettati a revisione contabile sono inoltre tenuti a redigere una relazione annuale di gestione per l'attività annuale della società. Questa relazione deve avere ad oggetto le informazioni sui recenti e futuri sviluppi del soggetto, descrizione dei principali rischi, importanti eventi successivi, la descrizione degli strumenti finanziari utilizzati dall'impresa e gestione dei rischi finanziari.

La situazione patrimoniale-finanziaria ed il conto economico complessivo deve essere basata su documenti contabili.

Poi determinate società, come banche, compagnie di assicurazione, società di investimento, fondi pensione e fondi di assicurazione sanitarie sono sottoposte alla supervisione della Commissione di sorveglianza finanziaria, e, pertanto, sono tenute a presentare determinati rapporti supplementari alla Commissione.

Vi sono poi regole contabili specifiche applicabili alle imprese in liquidazione e il fallimento, volte a fornire ulteriori informazioni necessarie a dare una rappresentazione veritiera e corretta della situazione finanziaria e dei risultati del *business*.

Tutte le imprese sono tenute a redigere i loro bilanci individuali annuali e le relazioni annuali di gestione sulle attività entro il 31 marzo dell'anno successivo. La direzione è responsabile per la tempestiva preparazione del bilancio e il loro contenuto.

Tutte le imprese sono tenute a presentare la loro dichiarazione dei redditi d'impresa annuale entro il 31 marzo dell'anno successivo. Questa dichiarazione deve essere accompagnata da alcune rilevazioni statistiche, come definito nella legge statistica.

Gli enti che non sono iscritti presso il Registro Commerciale (organizzazioni per esempio non-profit, fondazioni, consorzi) devono pubblicare i loro bilanci annuali, insieme ad un giudizio di revisione, sulla stampa finanziaria o su Internet entro tre mesi dalla loro approvazione, ma non oltre il 30 giugno dell'anno successivo.

La legge bulgara in materia di contabilità richiede che i bilanci di società che soddisfano determinati criteri deve essere sottoposti al controllo di un revisore ufficiale. Il corpo che regola il procedimento di revisione è l'Istituto bulgaro dei Dottori Commercialisti. In particolare, si tratta di

società per azioni e in accomandita per azioni, istituti di credito, imprese di assicurazione e di investimento.

Dal 2008 la Legge Finanziaria di Revisione è stata armonizzato con la legislazione europea, adeguandosi ai requisiti della direttiva 2006/43 / CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle revisioni legali dei conti annuali e dei conti consolidati.

Il revisore è tenuto a verificare che il bilancio di esercizio sia stato redatto in modo veritiero e corretto in relazione alla situazione finanziaria, al risultato economico, al prospetto dei flussi di cassa e ai movimenti del patrimonio netto del soggetto, e che sia stato redatto in conformità con la legislazione contabile bulgara. A seguito della detta verifica il revisore redige proprio parere tecnico.

La regola generale è che l'entità oggetto di revisione contabile deve nominare un revisore indipendente, che deve essere una persona fisica o ente di revisione specializzato iscritti presso *"Institute Certified Public Accountants"* (revisore contabile).

In data 8.12.2015 è entrata in vigore in Bulgaria la legge contabile n. 95, la quale introduce per la prima volta categorie temporali di entità in base alle vendite, alle entrate, al totale delle attività, e al numero medio dei dipendenti. La tabella seguente riassume le categorie di entità ed i criteri che devono essere soddisfatti per ciascuna categoria.

In Bulgaria un gruppo di società si compone di una entità padre bulgaro e di tutte le sue entità controllate.

La nuova legge di contabilità prevede che le micro-entità e le piccole imprese sono tenute a redigere lo stato patrimoniale e il conto economico in forma abbreviata.

Inoltre all'interno del gruppo di società, la società madre non è tenuta alla redazione del bilancio consolidato se nessuna delle entità del gruppo è un ente di interesse pubblico.

Invece le società controllanti che sono tenuti a redigere il bilancio consolidato devono preparare una serie di dichiarazioni conformi ai principi contabili bulgari.

In base alla nuova normativa, le società che sono tenute ad applicare i principi contabili nazionali sono autorizzati a scegliere l'internazionale Financial Reporting Standards ( "IFRS") come base di preparazione. Tuttavia, una volta che hanno scelto l'IFRS come base di preparazione, non sono autorizzati ad applicare principi contabili nazionali in futuro.

Indipendentemente da quanto sopra, le micro-entità, piccole entità, e le entità medie dimensioni che già applicano gli IFRS al 31 dicembre 2015 possono scegliere di applicare principi contabili nazionali.

Le entità in liquidazione sono tenuti ad applicare i principi contabili nazionali.



I gruppi che redigono il bilancio consolidato devono applicare i principi contabili che usano per la redazione del bilancio individuale del genitore-entità., e sono tenute a redigere una relazione di gestione, una dichiarazione non finanziaria e una dichiarazione sul governo societario: la relazione sulla gestione comprende una descrizione veritiera sullo sviluppo e sugli affari del soggetto, unitamente alla descrizione dei principali rischi; la dichiarazione non finanziaria è una descrizione delle politiche dell'impresa in materia di ecologia, responsabilità sociale, diritti umani, religione e altri temi.

Sono soggetti a revisione contabile i bilanci delle seguenti società: le entità medie imprese, soggetti di grandi dimensioni, enti di interesse pubblico, gruppi di medie dimensioni, gruppi numerosi, i gruppi in cui almeno un soggetto è un ente di interesse pubblico.

#### **4.6. Il gruppo di società: applicazione dei principi contabili IAS/IFRS per l'individuazione dei presupposti contabili del gruppo nell'ordinamento italiano e bulgaro.**

Come ampiamente esposto nei capitoli precedenti<sup>256</sup> il legislatore italiano attraverso l'art. 2359 c.c.<sup>257</sup> e l'art. 2497 c.c. ha, sul piano civilistico, inquadrato il fenomeno del gruppo di società specificandone gli elementi di individuazione e le responsabilità derivanti dall'esercizio dell'attività di eterodirezione.

Il legislatore italiano, pur non fornendo una definizione positiva della attività di “direzione e coordinamento”, stabilisce però una sostanziale identità tra tale attività ed il ruolo che *la capogruppo* svolge nei confronti delle società controllate.

Se manca, infatti, nell'ordinamento italiano una definizione positiva di *direzione e coordinamento* numerosissime sono invece le indicazioni che la tecnica contabile ha sviluppato per permettere la

---

<sup>256</sup> Si rimanda al capitolo 2.

<sup>257</sup> La nozione di controllo, contenuta nell'articolo 2359 del Codice Civile, comprende varie fattispecie “accolte” anche dall'IFRS 10:

Il controllo di diritto;; questo controllo deriva dal possesso diretto o indiretto della maggioranza dei diritti di voto in un'altra società (questa nozione è ugualmente accolta dall'IFRS 10 che definisce il controllo è presunto quando la capogruppo detiene direttamente o indirettamente attraverso società controllate, più della metà dei diritti di voto in un'impresa, salvo dimostrare chiaramente, in casi eccezionali, che questa detenzione non consente il controllo);

Il controllo contrattuale; questo controllo risulta dal diritto di esercitare un'influenza dominante su un'impresa in virtù di un contratto o di clausole statutarie (questa nozione è ugualmente accolta dall'IFRS 10 il quale indica che il controllo esiste ugualmente quando la capogruppo che possiede la metà o meno dei diritti di voto in un'impresa, dispone del potere su più della metà dei diritti di voto in virtù di un accordo con gli altri soci);

Il controllo di fatto; esiste quando alcune condizioni sono soddisfatte o si presume lo siano, ad esempio può accadere che una società amministri in maniera continuativa un'altra società di cui non detiene la maggioranza dei diritti di voto o che qualche contratto le permette comunque di esercitare un'influenza dominante (questa nozione è ugualmente accolta dall'IFRS 10 il quale definisce il concetto di controllo al verificarsi di tre specifiche condizioni, così come specificato nella slide successiva).

individuazione dell'esistenza di un rapporto di *controllo*, nonché per definire il conseguente perimetro di consolidamento dei bilanci.

L'ordinamento giuridico italiano ha provveduto ad emanare una *nozione di controllo*, limitatamente alla materia del bilancio consolidato, che si impenna su aspetti *giuridico-formali*. Così facendo si è tuttavia attuata, inevitabilmente, una "rottura" tra il concetto di gruppo e l'area di consolidamento. Quest'ultima che è strettamente connessa al concetto di controllo risulta essere necessariamente minore rispetto ad una concezione di gruppo che trascende da aspetti puramente di carattere formale.

Ciò nonostante, negli ultimi anni, anche sulla base della spinta dei principi contabili internazionali<sup>258</sup>, ci si è orientati verso una definizione di controllo<sup>259</sup> che faccia perno più sugli aspetti economico-sostanziali a discapito di quelli *giuridico-formali*. La direzione sembra quella di garantire una coincidenza tra gruppo societario, inteso nella suo significato più ampio, e "area di consolidamento". Solo così il documento di sintesi contabile del gruppo non perderebbe di significatività ed assolverebbe in pieno il suo compito.

Orbene, il quadro normativo di riferimento per la redazione del bilancio consolidato è rappresentato, a livello nazionale, della Direttiva n. 83/349/CEE del 13 giugno del 1983 (meglio nota come VII direttiva CEE recepita con il D.lgs. 127/1991) e dai principi contabili nazionali n.

---

<sup>258</sup> Interessante appare l'analisi del rapporto tra principi contabili e norme sul bilancio regolate dal codice civile offerta dal Tribunale di Prato: *"I principi contabili nazionali (O.I.C.) ed internazionali (I.A.S.) possono assolvere ad una funzione integrativa e di ausilio interpretativo della disciplina sul bilancio di cui agli artt. 2423 s.s. c.c., sia perché tale disciplina costituisce di per sé una rielaborazione di regole contabili elevate dal legislatore al rango di norme giuridiche, sia perché la c.d. clausola di salvaguardia di cui all'art. 2423, IV comma, c.c. consente di disapplicare la normativa civilistica nei casi (eccezionali) nei quali la sua applicazione conduca a fornire informazioni non veritiere e corrette. La disapplicazione della norma civilistica non può, tuttavia, avvenire sulla base di un criterio soggettivo proprio del solo redattore del bilancio, ma deve avere un fondamento oggettivo riconducibile all'applicazione di un criterio tecnico-contabile di natura oggettiva. Ne consegue che se le regole contabili, in casi eccezionali ed espressamente motivati, possono condurre alla disapplicazione della normativa civilistica, le stesse possono ben servire in funzione integrativa e di ausilio interpretativo delle norme di cui all'art. 2423 s.s. c.c.. (cfr. Trib. Prato 14 settembre 2012 in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it))*.

<sup>259</sup> "Negli studi economico-aziendali, la presenza di una situazione di controllo è riscontrata nei casi in cui un'azienda, mediante determinati strumenti, ha il potere effettivo (e non potenziale) di condizionare le scelte (ovvero il processo decisionale) in relazione alle politiche gestionali, finanziarie ed organizzative di un'altra unità aziendale. (...) Oltre all'effettivo esercizio del controllo, indipendentemente dalle modalità con cui lo stesso è esercitato, è necessaria una continuità. (...) In conclusione, gli studi economico aziendali privilegiano la dimensione sostanziale considerando condizione sufficiente alla presenza di controllo l'effettivo esercizio dello stesso. In questo senso fornirebbero l'area di integrazione o consolidamento tutte le unità economiche la cui attività è effettivamente ed in maniera stabile condizionata dalla direzione unitaria del soggetto economico stante nella capogruppo. Non è determinate (o comunque, sufficiente) invece, la dimensione formale del controllo, ovvero, le modalità e gli strumenti con cui potere di controllo potenzialmente potrebbe essere esercitato, (...) non è detto, ad esempio, che in presenza di una partecipazione maggioritaria sia sempre riscontrato l'esercizio di un effettivo controllo. L'area di consolidamento, FEDERICA, *L'adozione degli IAS/IFRS in Italia: concentrazioni aziendali e bilancio consolidato*, (a cura di) ANDREI, Torino, 2006, pag. 38-39.

17 – Il bilancio consolidato emanato all'OIC (*Organismo di contabilità Italiana*) che dal 2005 ha sostituito il CNDCCR (*Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e Ragionieri*); a livello internazionale dai principi contabili internazionali emanati dallo IASB (*International Accounting Standards Board*). Il principio che regola la redazione del bilancio consolidato è attualmente lo IAS 27 dal titolo “*Bilancio consolidato e separato*” (*Consolidated Financial Statements*).

La VII Direttiva CEE ha previsto, in riferimento al bilancio consolidato, all'art. 1, paragrafo 1, l'obbligo per i paesi Europei di imporre la redazione di bilanci consolidati alle imprese che hanno un *potere di controllo* nei confronti di altre imprese (art. 1, paragrafo 1, lettere *a* e *b*) o che *esercitano influenza dominante* resa effettiva da una direzione unitaria (art. 1, paragrafo 1, lettere *c* e *d*). Si comprende facilmente che il legislatore comunitario non ha previsto una *definizione* di gruppo, ma si è concentrato a definire i criteri di individuazione dell'area di consolidamento.

Non si trascuri che con l'art. 28 del D.Lgs n. 127/1991 il legislatore ha voluto stabilire delle regole in base alle quali le capogruppo possono decidere di escludere (*rectius*: ne hanno facoltà) dal processo di formazione del bilancio consolidato alcune imprese controllate e precisamente allorquando:

- l'inclusione è irrilevante ai fini indicati nel secondo comma dell'art. 29<sup>260</sup>;
- l'esercizio effettivo dei diritti della controllante è soggetto a gravi e durature restrizioni;
- le informazioni necessarie per la redazione del bilancio di gruppo non sono ottenibili tempestivamente o richiedono il sostenimento di costi sproporzionati;
- le azioni o quote delle controllate sono possedute esclusivamente allo scopo di successiva alienazione.

Con riguardo al bilancio consolidato, l'ordinamento bulgaro prevede, invece, che le società che hanno una partecipazione di maggioranza in altra società, o che esercitano il controllo su altra

---

<sup>260</sup> In merito al primo caso (irrilevanza) il Legislatore si limita a stabilire che un'attività è irrilevante quando la mancata inclusione nel bilancio consolidato è tale da non alterarne la sua significatività e capacità informativa. Non fornisce, invece dei parametri oggettivi cui fare riferimento per valutare la possibile “irrilevanza” di una combinazione produttiva.

A tal fine viene in aiuto il principio contabile n. 17, il quale definisce una serie di parametri oggettivi di natura quantitativa facilmente misurabili. Nel valutare la rilevanza di una controllata si deve tener conto del:

- totale dell'attivo;
- patrimonio netto;
- totale dei ricavi caratteristici;
- della situazione patrimoniale e finanziaria dell'impresa nel suo complesso;
- di tutte quelle notizie riguardanti la controllata la cui inclusione nel consolidato può alterare in maniera sostanziale il contenuto informativo del bilancio di gruppo stesso.

Da quest'ultimo punto ne discende che per ragioni di carattere meramente qualitativo, alcune aziende, pur non rispettando i criteri quantitativi su esposti, vanno inserite nel consolidato. Motivi del genere sono ravvisabili, ad esempio, nella posizione strategica che quell'impresa riveste nel gruppo.

società devono generalmente redigere il bilancio consolidato annuale, il quale deve contenere una rappresentazione veritiera e corretta della operazioni del gruppo con terzi.

Ai sensi della legge di contabilità, la società madre non è tenuta alla redazione del bilancio consolidato quando le imprese del gruppo che sono oggetto di consolidamento, in base al loro bilancio di esercizio al 31 dicembre dell'anno in corso, non superino due dei seguenti criteri: a) il totale delle attività al 31 dicembre: 3 milioni di BGN; b) ricavi netti di vendita per l'anno: 6 milioni di BGN; c) numero medio di personale per l'anno: 80 persone.

Questo non si applica quando l'impresa all'interno del gruppo è un'entità con titoli che sono stati o ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato, o è un istituto finanziario, o di una società per azioni.

Dove preparato, il bilancio consolidato devono comprendere una dichiarazione patrimoniale-finanziaria consolidata, un conto economico consolidato complessivo, un economico consolidato dei flussi di cassa, un prospetto delle variazioni del patrimonio netto ed appropriate note di divulgazione, nonché la società è tenuta a preparare una relazione sulla gestione consolidata e sull'attività annuale della Società e delle sue controllate.

#### **4.7. Il gruppo di società ed il bilancio consolidato secondo l'applicazione dei principi contabili IAS/IFRS.**

I principi contabili internazionali emanati dall'International Accounting Standards Board, denominato "IASB" (organismo responsabile dell'emanazione dei principi contabili internazionali), sono principi che, in attuazione del regolamento 1606/2002, sono stati assunti dall'Unione Europea come riferimento obbligatorio per la redazione dei bilanci di quelle entità che, in considerazione dell'impatto che esse hanno sui soggetti terzi, devono garantire *il più alto livello di qualità possibile alla propria informazione contabile*.

Si tratta di principi che sono stati sottoposti ad un complesso processo di "endorsement" che ne ha valutato la coerenza con l'impostazione normativa della Unione Europea (di cui la Bulgaria fa parte dal 2007). Questi principi hanno negli ultimi anni dedicato particolare attenzione al tema della individuazione del perimetro del controllo ed a valle di un lungo processo di revisione hanno di recente<sup>261</sup> emanato l'IFRS 10 che fornisce ad oggi una ampia ed aggiornata panoramica degli strumenti utilizzabili per individuare l'esistenza di rapporti di controllo.

---

<sup>261</sup> La Commissione Europea ha recepito con regolamento del 22 settembre 2016 le nuove modifiche ai principi internazionali International Financial Reporting Standard IFRS 10 - Bilancio consolidato e IFRS 12 - Informativa sulle partecipazioni in altre entità, nonché quelle relative al Principio contabile internazionale International Accounting Standard IAS 28 - Partecipazioni in società collegate e joint venture. Le modifiche mirano a precisare i

Tuttavia, la crescente dinamicità dei modelli organizzativi ha visto più spesso situazioni nelle quali un soggetto, pur non disponendo degli strumenti con cui tradizionalmente esso è esercitato, deteneva di fatto il controllo e quindi poteva esercitarlo in modo tanto più pericoloso in quanto meno individuabile. Gli organi deputati a dettare le regole per individuare il perimetro del controllo esercitato dalla capogruppo dovettero quindi prendere atto che le origini del controllo non necessariamente risiedono nel formale possesso degli strumenti tradizionali di governo.

Così nel corso degli ultimi anni, l'armonizzazione delle regole contabili ha rappresentato uno dei principali obiettivi della Comunità Europea per agevolare lo sviluppo e l'efficienza dei mercati finanziari europei. L'applicazione di differenti principi contabili in ciascun Paese membro ha determinato, infatti, uno scarso grado di confrontabilità dei bilanci delle imprese europee, costituendo di fatto un freno allo sviluppo di tali mercati.

La normativa contabile europea (ed in particolare la IV e VII direttiva, rispettivamente in tema di bilancio d'esercizio e bilancio consolidato), diversamente applicata nei singoli Paesi membri<sup>262</sup>, non risultava infatti più adeguata nel garantire tale obiettivo.

In quest'ottica, la decisione della Comunità europea di introdurre progressivamente i principi contabili internazionali IAS/IFRS dello IASB (International Accounting Standard Board) all'interno di ciascun Paese membro nasce dall'esigenza di "affidarsi" ad un *corpus* di regole contabili organico, coordinato e qualitativamente riconosciuto a livello internazionale.

Un primo bilancio dell'introduzione dei principi contabili ad opera della Commissione delle Comunità Europee<sup>263</sup> ha fatto rilevare che la contabilità IFRS è ancora influenzata dalle tradizioni contabili nazionali.

---

requisiti per la contabilizzazione delle entità d'investimento e a prevedere esenzioni in situazioni particolari. Le imprese applicano le modifiche al più tardi a partire dalla data di inizio del loro primo esercizio finanziario che cominci il 1° gennaio 2016 o successivamente. Il regolamento entra in vigore il terzo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea. E' stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea il Regolamento che modifica il Regolamento (CE) n. 1126/2008 per quanto riguarda gli International Financial Reporting Standard IFRS 10 - Bilancio consolidato e IFRS 12 - Informativa sulle partecipazioni in altre entità, nonché il Principio contabile internazionale International Accounting Standard IAS 28 - Partecipazioni in società collegate e joint ventures.

<sup>262</sup> Si veda per l'applicazione in Italia del decreto legislativo, 28 febbraio 2005 n. 38, *L'APPLICAZIONE DEI PRINCIPI CONTABILI INTERNAZIONALI (IAS/IFRS) IN ITALIA*, OSSERVATORIO PRINCIPI CONTABILI INTERNAZIONALI, Documento n. 23 del 25 luglio 2005, in [www.fondazionenazionalecommercialisti.it](http://www.fondazionenazionalecommercialisti.it).

<sup>263</sup> Il risultato dell'applicazione è tratto dalla "RELAZIONE DELLA COMMISSIONE AL CONSIGLIO E AL PARLAMENTO EUROPEO" sul funzionamento del regolamento (CE) n. 1606/2002, del 19 luglio 2002, relativo all'applicazione di principi contabili internazionali. La Commissione ha rilevato come una delle ragioni è la mancanza di esperienza e di dottrina contabile. Nella pratica, l'introduzione di una tale contabilità basata su principi, che richiede una notevole dose di apprezzamento professionale, ha creato difficoltà in alcuni Stati membri. Tuttavia, man mano che i redattori e i revisori acquisiscono familiarità con gli IFRS, i problemi iniziali di applicazione dovrebbero essere superati. Le disposizioni degli IFRS in materia di rilevazione e di valutazione sembrano essere state applicate con maggiore uniformità e chiarezza rispetto ad alcuni requisiti in materia di informativa. Le opzioni previste dagli IFRS, tra cui quelle relative ai benefici per i dipendenti, agli oneri finanziari e alle *joint ventures*, sono state utilizzate in

In ambito europeo è prevalso l'orientamento di consentire la facoltà di adottare i principi contabili internazionali nella redazione del bilancio consolidato con le seguenti precisazioni: in alcuni paesi è prevista l'applicazione tassativa per tutte le società che redigono il bilancio consolidato (tra questi la Bulgaria, Cipro, Slovacchia, Malta); in altri paesi quali Italia, Belgio, Estonia, Finlandia, Lettonia, Lituania, Polonia, Romania, Slovenia è obbligatorio redigere il consolidato secondo gli IAS IFRS per alcune tipologie di società (essenzialmente enti creditizi, enti finanziari vigilati, etc.); nei restanti paesi (Austria, Danimarca, Spagna, Francia, Germania, Grecia, Irlanda, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo, Repubblica Ceca, Spagna, Svezia ed Ungheria) l'adozione è facoltativa per le società non quotate che redigono il bilancio consolidato.

In Bulgaria, in particolare, gli IAS/IFRS sono applicati obbligatoriamente a tutte le forme di società non quotate che predispongono il bilancio consolidato, cosicché si renderà utilizzabile ai fini dell'individuazione del gruppo i medesimi principi elaborati nel nostro ordinamento<sup>264</sup> per l'individuazione della fattispecie.

Ciò detto, non può nutrirsi alcun dubbio che vi siano aziende controllate, pur essendo "teoricamente" libere di decidere le proprie *politiche gestionali*, in quanto formalmente nel pieno possesso degli strumenti tradizionali di controllo, che non possono assumere le scelte che di fatto sono state loro imposte da un soggetto terzo con cui potrebbero anche non avere alcun legame partecipativo (IASB, SIC 12). Si pensi ad una azienda composta da un unico *asset* che sia parte integrante della catena produttiva di un'altra entità che è suo unico fornitore e suo unico cliente. Apparentemente l'organo di governo di quella azienda sarà libero di decidere le politiche gestionali, ma è evidente che questa libertà servirà a poco in quanto tutte le sue decisioni saranno inevitabilmente condizionate e predeterminate dalle scelte che la entità cliente e fornitore avrà assunto.

L'IFRS 10, attualmente vigente, sposando a pieno il modello *risk and rewards* adottato dal SIC 12, stabilisce che per verificare se un investitore controlli una entità non occorre partire dalla *analisi della natura del rapporto esistente con tale entità (IFRS 10.5)*, ma occorre piuttosto verificare se esso è "*esposto a rendimenti variabili, o detiene diritti su tali rendimenti, derivanti*

---

diversi modi dalle imprese. Anche l'opzione relativa all'applicazione anticipata degli IFRS è stata ampiamente utilizzata. In compenso, non sono state molto utilizzate le opzioni che permettono di ampliare l'applicazione della valutazione al valore equo, e solo pochissime banche si sono avvalse delle parti escluse dello IAS 39. Le autorità di vigilanza hanno espresso le loro riserve, auspicando in futuro una riduzione del numero di opzioni previste dagli IFRS.

<sup>264</sup> Si veda per la differente applicazione degli IAS/IFRS nella UE, DI MASSIMO, SARACINO, PROVASI, MESSAGGI, *Evoluzione dei principi contabili nel contesto internazionale*, 2012, Milano, pag. 114.

*dal proprio rapporto con la stessa e nel contempo ha la capacità di incidere su tali rendimenti esercitando il proprio potere su tale entità” (IFRS 10.6).*

In sintesi, seguendo la attuale impostazione IASB, affinché si possa riconoscere l'esistenza di un rapporto di controllo non basta verificare l'esistenza di un legame partecipativo, ma occorre verificare se un soggetto presenti contemporaneamente queste tre condizioni (IFRS 10.7): 1) abbia potere sull'entità (Potere sulla controllata); 2) sia esposto ai diritti a rendimenti variabili derivanti dal rapporto con l'entità (Variabilità dei Rendimenti); 3) abbia la capacità di esercitare il proprio potere sull'entità oggetto di investimento per incidere sull'ammontare dei suoi rendimenti (Relazioni tra potere e rendimenti).

Insomma, comprendere il perimetro del consolidamento anche secondo l'ordinamento bulgaro può consentire di individuare gli strumenti di reazione di tale ordinamento in caso di abuso della società dominata (e/o etero diretta) sino al suo fallimento (ed al suo omologo nel diritto bulgaro).

#### **4.8. L'insolvenza transfrontaliera in ambito comunitario.**

L'esigenza di operare un coordinamento della disciplina delle procedure di insolvenza e, per quanto possibile, l'armonizzazione dei sistemi giuridici in ambito concorsuale sorge dall'incremento progressivo delle relazioni economiche tra soggetti appartenenti a Stati differenti e, dunque, dalle pressanti necessità di un mercato sempre più globalizzato.

L'intento dell'Unione Europea è stato quello di fornire uno standard minimo di cooperazione giuridica su alcuni aspetti dell'insolvenza transnazionale e i vari progetti prevedevano la possibile apertura di procedure secondarie, contemporanee o successive all'apertura di una procedura principale, avente sede nel Paese in cui veniva individuato il centro degli interessi principali del debitore.

Solamente nel 2000 si perviene all'emanazione del regolamento (CE) n. 1346/2000 relativo alle procedure d'insolvenza.

La finalità principale del Regolamento è stata quella di dettare un criterio di determinazione della competenza giurisdizionale tra Stati in materia d'insolvenza transfrontaliera<sup>265</sup>.

---

<sup>265</sup> Limitandoci alla dottrina italiana, cfr. *ex multis* FUMAGALLI, *Il regolamento comunitario sulle procedure d'insolvenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 677; CAPONI, *Il regolamento comunitario sulle procedure d'insolvenza*, in *Foro it.*, 2002, V, c. 220; VITALONE, *Il regolamento n. 1346/2000 del consiglio delle comunità europee relativo alle procedure d'insolvenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, I, p. 213 ss; VINCRE, *Il regolamento CE sulle procedure d'insolvenza e il diritto italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 213; LEANDRO, *Il ruolo della lex concursus nel regolamento comunitario sulle procedure d'insolvenza*, Bari, 2008; LUPOI, in *Comm. breve alla legge fallimentare*, a cura di MAFFEI, Padova, 2009.

La questione, invero, trascende il mero riparto di competenza, poiché l'individuazione del tribunale, oltre ad incidere sulle norme procedurali da adottare, è rilevante soprattutto per la determinazione della disciplina sostanziale applicabile e della tipologia di procedura (di risanamento o liquidatoria) alla quale il debitore può essere assoggettato. Ma vi è di più. Deve considerarsi come la stessa nozione di insolvenza sia suscettibile di assumere un significato diverso da un ordinamento all'altro.

Accanto a tale obiettivo, il legislatore comunitario ha inteso altresì, attraverso il regolamento, limitare il ricorso alla diffusa pratica del *forum shopping*, consistente nel trasferimento di attività e beni da uno stato all'altro preordinato ad avvantaggiarsi di sistemi giuridici più convenienti in danno della *par condicio creditorum*.

Le predette finalità sono state perseguite attraverso la scelta del modello della c.d. universalità attenuata o limitata, il quale prevede che all'interno dello spazio giuridico europeo possano essere aperte più procedure di insolvenza nei confronti di un medesimo debitore.

Si tratta di procedure dotate, però, di presupposti e caratteri differenti: la procedura *principale* (art. 3, § 1 del regolamento) è aperta nel luogo ove il debitore ha il "centro degli interessi principali" (c.d. COMI, acronimo di "*center of main interests*"), è dotata di una portata universale, comprendendo tutti i beni del debitore ovunque situati, e può essere finalizzata sia al risanamento che alla liquidazione dell'impresa. Le procedure *secondarie* (art. 3, § 2 del regolamento), invece, sono a carattere necessariamente liquidatorio, presuppongono già aperta la procedura principale e possono essere avviate in ciascuno Stato membro ove l'impresa abbia una "dipendenza" ed hanno effetti limitati ai beni del debitore che si trovano nel territorio in cui è aperta la procedura secondaria<sup>266</sup>.

Non è esclusa una terza possibilità, ovvero sia quella dell'apertura di una procedura locale *autonoma ed indipendente*, antecedente all'apertura di una procedura d'insolvenza principale nello Stato in cui è collocato il centro degli interessi principali del debitore, non necessariamente a carattere liquidatorio, in due ipotesi, previste espressamente dall'art. 3, § 4 del Reg. (CE) n. 1346/2000 e, precisamente: *a)* quando non sussistano le condizioni per l'apertura di una procedura principale in forza delle condizioni previste dalla legislazione dello Stato membro in cui si trova il centro degli interessi principali del debitore; *b)* quando l'apertura della procedura territoriale

---

<sup>266</sup> La qualificazione di una procedura come principale o secondaria è tutt'altro che agevole, ma essa assume un valore eminentemente pratico più che teorico, derivando dalla diversa competenza giurisdizionale differenti effetti sui diritti dei creditori, posto che la diversa legge dello Stato membro di apertura, oltre a determinare le condizioni di svolgimento e di chiusura della procedura stessa, definisce anche gli effetti delle azioni esecutive individuali (art. 4, § 2, lett. *f*), fatta eccezione per quelle già pendenti.



d'insolvenza sia richiesta dai creditori locali, più esposti agli effetti pregiudizievoli di una procedura aperta in altro Stato, il cui domicilio, residenza abituale o sede è situata nello Stato membro nel quale si trova la dipendenza, oppure perché il loro credito deriva dall'esercizio di tale dipendenza.<sup>267</sup>

Il Regolamento prevede che, in ogni caso, laddove all'apertura di una procedura locale faccia seguito l'apertura, in altro Stato, della procedura principale, quella territoriale autonoma divenga una procedura secondaria (così l'art. 36, il quale fa salvo il caso in cui la legge dello Stato non lo consenta) assoggettata, pertanto, alle norme di cui agli artt. 31-35 del medesimo Regolamento.

Dalla portata universale della procedura principale discendono una serie di importanti conseguenze: *in primis*, tutti gli elementi attivi del patrimonio del debitore, ovunque si trovino, rimangono sottoposti ad essa, secondo la legge a questa applicabile, sin dalla decisione di apertura (art. 17, § 1); in secondo luogo, il curatore nominato nell'ambito della procedura principale può esercitare nel territorio di un altro Stato membro tutti i poteri che gli sono attribuiti dalla legge dello Stato di apertura, sulla base della mera presentazione di una copia conforme all'originale del provvedimento di nomina (art. 18, § 1); inoltre, la decisione di apertura di una procedura principale di insolvenza produce effetti automatici<sup>268</sup>, e come tale viene riconosciuta in tutti gli altri Stati membri non appena produce effetto nello Stato in cui è aperta (art. 16).

Con riguardo a tale ultimo profilo va evidenziato come il regolamento abbia accolto il principio del mutuo riconoscimento delle decisioni tra Stati membri.

Esso rappresenta il risultato del contemperamento tra il criterio della *prevenzione*<sup>269</sup> e quello della *insindacabilità* della decisione di apertura, per cui prevale, in ogni caso, la decisione del giudice che ha aperto per primo la procedura principale<sup>270</sup>.

---

<sup>267</sup> Per l'apertura di una procedura locale autonoma, non potrà prescindere dalla dimostrazione dello stato di insolvenza del debitore, poiché tale procedura, come visto, non è preceduta dall'apertura della procedura principale che tale presupposto abbia accertato.

<sup>268</sup> L'efficacia del provvedimento non richiede, nei casi dell'art. 16, il compimento di alcuna attività ulteriore e/o notificazione.

<sup>269</sup> Il principio della prevenzione è, in ogni caso, subordinato ai criteri di giurisdizione per cui, seppur antecedente, la procedura principale erroneamente aperta in uno Stato ove non è situato il centro principale di interessi dell'impresa, dovrà essere revocata in favore della procedura aperta dal giudice dello Stato ove esso è ubicato.

<sup>270</sup> Tale è stato il principio espresso dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 2 maggio 2006 resa nella causa C-341/04, *Eurofood IFSC Ltd*, in *Fall.*, 2006, p. 1249. Il giudice comunitario nel caso *Eurofood* ha, in primo luogo, ricordato come sia proprio il concetto di fiducia reciproca previsto al *Considerando* 22 del regolamento 1346/2000 ad aver consentito la creazione di un sistema obbligatorio di competenza che tutti i giudici europei hanno l'obbligo di rispettare, con la rinuncia da parte degli Stati membri all'applicazione delle loro norme interne di riconoscimento e di delibazione, in favore di un meccanismo comune semplificato di riconoscimento e di esecuzione. Al punto 42 della sentenza in esame si afferma che "Il presente regolamento dovrebbe prevedere l'immediato riconoscimento delle decisioni relative all'apertura di una procedura d'insolvenza [...] che dovrebbe poggiare sul principio di fiducia reciproca. A tale riguardo i motivi del mancato riconoscimento dovrebbero

Da quanto sopra esposto deriva, come appare di tutta evidenza, il problema di individuare il rapporto tra le suddette procedure laddove si può ritenere che la procedura aperta nel luogo del C.O.M.I. è tendenzialmente universale perché essa – come visto – riguarda tutto il patrimonio del debitore ovunque esso si trovi, concorrendo in essa tutti i creditori in qualunque luogo siano essi localizzati ma la universalità trova il limite, appunto, nella possibile apertura di una procedura di insolvenza nel luogo in cui si individua una dipendenza, che è definita secondaria e territoriale in quanto i suoi effetti sono limitati al solo patrimonio che si trova nel Paese in cui si apre questo tipo di procedura.

Il criterio di collegamento prescelto dal regolamento n. 1346/2000 per determinare la competenza internazionale e, dunque, per individuare la legge applicabile alla procedura principale e fornire la guida per il riconoscimento automatico delle decisioni, è quello del luogo in cui è situato il “centro degli interessi principali” o “*center of debtor’s main interest*” o, più brevemente, C.O.M.I.

Detto in altri termini, l’individuazione del centro di interessi principali richiede una verifica del rapporto tra il debitore e il territorio dello Stato membro in termini di “abitudine”, “effettività” e “trasparenza”.

Nel contempo, l’art. 3, § 1, del regolamento, con specifico riferimento alle società e, più in generale, alle persone giuridiche, stabilisce una presunzione (salvo prova contraria) di coincidenza del C.O.M.I. con il luogo in cui si trova la sede statutaria.

Orbene, l’individuazione in concreto del centro degli interessi principali di un debitore transnazionale si presta ad essere un’operazione complessa, stante i contorni ampi ed elastici della nozione ricavabile dal regolamento, ed ha richiesto un notevole sforzo interpretativo della giurisprudenza della Corte di Giustizia.

La Corte, nella decisione *Eurofood* (diventata un vero e proprio *leading case*), ha preliminarmente chiarito come al concetto di C.O.M.I. dovesse esser attribuito un significato autonomo, uniforme ed indipendente dalla *lex fori* dei singoli Stati membri. Valorizzando i tre elementi presi in considerazione dal *tedicesimo Considerando* (la “gestione di interessi”, il carattere “abituale” di tale gestione e “la riconoscibilità per i terzi”), ha affermato che il centro principale degli interessi debba essere individuato in concreto in base a criteri che rispondono all’esigenza di obiettività e riconoscibilità rispetto ai terzi, i quali devono avere conoscenza della sua effettiva e reale

---

essere ridotti al minimo necessario. Si dovrebbe risolvere secondo tale principio anche il conflitto che insorge quando i giudici di due Stati membri si ritengono competenti ad aprire una procedura principale d’insolvenza. La decisione del giudice che apre per primo la procedura dovrebbe essere riconosciuta negli altri Stati membri, senza che questi ultimi abbiano la facoltà di sottoporre a valutazione la decisione del primo giudice”.

collocazione<sup>271</sup>. Ciò al fine di garantire la certezza del diritto e la prevedibilità della individuazione del giudice competente ad aprire una procedura di insolvenza principale.

Si è, dunque, affermato che nell'individuare il C.O.M.I. di una società, la presunzione contenuta nell'art. 3, § 1 del regolamento – secondo la quale il centro degli interessi principali di tale controllata è collocato nello Stato membro in cui si trova la sua sede statutaria – possa essere superata soltanto se elementi obiettivi e verificabili consentano di determinare l'esistenza di una situazione reale diversa da quella che si ritiene corrispondere alla collocazione nella detta sede statutaria.

In altri termini, a parere della Corte, dunque, ciò potrebbe valere unicamente per una società “fantasma” (la c.d. *letter-box* o *boite à lettre*), che non svolga alcuna attività sul territorio dello Stato membro in cui è collocata la sua sede sociale.

Di contro, secondo la Corte, tutte le volte che una società svolga la propria attività sul territorio dello Stato membro in cui ha sede, il semplice fatto che le sue scelte gestionali siano o possano essere controllate da una società madre stabilita in un altro Stato membro non sarebbe, di per sé solo, sufficiente per superare la presunzione stabilita dal detto regolamento.

Il rigore degli assunti posti dalla sentenza sul caso *Eurofood* è stato in seguito “soavemente” adattato dai giudici nazionali<sup>272</sup>.

Per limitarsi all'esame della giurisprudenza italiana, emblematico della tendenza a disapplicare la rigida massima *Eurofood* sul C.O.M.I. è il caso della *IT Holding Finance S.A.*<sup>273</sup> sul quale occorre premettere brevi cenni.

Nel febbraio 2009 con decreto del Ministro dello sviluppo economico la S.p.a. Itierre veniva ammessa alla procedura di amministrazione straordinaria di cui al decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347. Seguiva l'accertamento, da parte del Tribunale di Isernia, dello stato d'insolvenza.

I commissari straordinari della Itierre, società controllata dalla lussemburghese IT Holding Finance S.A., chiedevano (ed ottenevano) dal Ministro l'estensione della procedura concorsuale nei confronti della controllante lussemburghese, sottoponendo al Tribunale di Isernia la verifica del requisito d'insolvenza in capo a tale società.

---

<sup>271</sup> Così la Corte nella decisione C-341/04, *Eurofood IFSC Ltd*, cit. Si v. anche Corte di Giustizia, Sez I, 20 ottobre 11, causa C – 396/09, *Interedil s.r.l.* in *RDS*, 2012, fasc. 1, 72 annotata dal LEANDRO.

<sup>272</sup> Cfr. MONTELLA, *Il fallimento del Comi?*, in *Il fall.*, 2010, p. 99, il quale osserva come le mancanze non siano tanto da imputarsi alla delimitazione di Comi offerta dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Eurofood*, quanto nella scelta, poco lungimirante, del legislatore europeo di introdurre un criterio di giurisdizione con la pretesa di attribuirvi portata generale, indifferente all'enorme varietà dei casi in cui esso sarebbe stato chiamato a funzionare: debitori persone fisiche, debitori non imprenditori, società piccole e grandi, e, soprattutto, società facenti parti di gruppi di portata transnazionale.

<sup>273</sup> Reperibile in *Il fall.*, 2010, p. 59.

Un'applicazione rigida del criterio del C.O.M.I. enunciato dall'art. 3, § 1, del regolamento n. 1346/2000 al caso in esame avrebbe comportato che, avendo IT Holding Finance la propria sede legale in Lussemburgo, il C.O.M.I. dovesse (presuntivamente) ivi essere identificato. Eppure il tribunale – pur dichiarando di condividere i principi enunciati dalla Corte nella sentenza Eurofood in tema di limitazione dei casi di superamento della presunzione di corrispondenza del Comi con la sede legale della società – ha sostenuto la competenza del giudice italiano ad aprire una procedura principale d'insolvenza a carico della lussemburghese IT Holding Finance, sulla scorta dell'esistenza di «obiettivi e significativi elementi, verificabili da terzi, che facciano presumere una situazione reale diversa da quella che fa corrispondere la collocazione del centro degli interessi della società IT Holding Finance S.A. nel territorio dello Stato membro, Lussemburgo, ove si trova la sede statutaria abituale», ovvero sia: il fatto che l'intero capitale sociale della debitrice lussemburghese fosse detenuto da una società italiana (la It Holding S.p.a.); che nel consiglio di amministrazione figurasse un solo membro di nazionalità lussemburghese, per di più privo di deleghe operative; che l'oggetto sociale della debitrice fosse l'emissione di prestiti obbligazionari garantiti dalle altre società del gruppo.

Pertanto, dalla lettura della sopra detta decisione, emerge che il C.O.M.I. della società debitrice deve essere individuato con riferimento al luogo dell'amministrazione principale di tale società, identificabile, appunto sulla base di elementi oggettivi e riconoscibili ai terzi.

Aggiungono i Giudici Europei che il trasferimento della sede statutaria di una società debitrice prima della proposizione di una domanda di apertura di una procedura di insolvenza fa presumere che centro di interessi principali di tale società si trovi presso la nuova sede statutaria, sempre che non si dimostri che il C.O.M.I. non ha seguito il cambiamento della sede statutaria.

Interessante a tale ultimo riguardo è una recentissima sentenza resa dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella quale si affronta il tema della ripartizione dell'onere della prova della non coincidenza del centro di interessi principali con il luogo ove è posta la sede legale. La Suprema Corte ha stabilito che grava sui creditori istanti l'onere di dimostrare la sussistenza di fatti idonei che escludono una coincidenza tra la sede statutaria e l'effettivo centro di interessi principali della società. Al contempo, chiarisce la Corte, non incombe sulla società nei cui confronti sia stata presentata un'istanza di fallimento la prova dell'effettività del trasferimento all'estero della sede sociale, restando pur sempre consentito al giudice di desumere, *ex art. 116, co. 2, c.p.c.*, argomenti di prova dal contegno delle parti che inducano a escludere la corrispondenza tra la sede effettiva e

la sede legale della società<sup>274</sup>.

#### **4.9. Il trasferimento della sede legale in Bulgaria e l'insolvenza bulgara.**

Negli ultimi decenni si è assistito ad una sempre più crescente trasmigrazione (per lo più strumentale) di società italiane all'estero (ed in particolar modo in Bulgaria) al solo fine di sottrarsi alla dichiarazione di fallimento all'interno dell'ordinamento Italiano.

In Bulgaria la normativa fallimentare è contenuta nel codice del commercio e disciplina la procedura di insolvenza applicabile a tutte le società commerciali e alle imprese individuali. Invece la procedura concorsuale per le banche e per le assicurazioni prevede tuttavia particolari condizioni e requisiti ed infatti essa è contenuta nel codice delle banche e nel codice delle assicurazioni.

La finalità della procedura fallimentare è quella di assicurare un'equa soddisfazione dei creditori.

L'iter procedurale inizia con la valutazione da parte del giudice della domanda del creditore, fondata su fondati motivi sostanziali, con cui chiede l'apertura della procedura di insolvenza<sup>275</sup>.

Successivamente il giudice deve emettere un provvedimento di rigetto della detta domanda o di accoglimento dichiarando l'insolvenza del debitore e l'apertura della procedura di insolvenza.

A seguito dell'apertura della procedura di insolvenza e a seguito della nomina del comitato dei creditori e di un soggetto preposto a condurre la detta procedura in ausilio del giudice definito "amministratore fiduciario", devono essere valutate le attività e le passività della società.

Successivamente sono previste due modalità di prosecuzione della procedura di insolvenza.

In primo luogo si può dar seguito ad un piano di riorganizzazione della società, approvato dal comitato dei creditori, finalizzato alla soddisfazione degli stessi creditori.

In secondo luogo, qualora la società non abbia conseguito l'approvazione del piano di riorganizzazione o qualora questo non sia stato presentato dal debitore, si procede alla liquidazione del patrimonio fallimentare e alla conseguente soddisfazione dei creditori attraverso la distribuzione dell'attivo realizzato.

Le difficoltà economiche del debitore tali da integrare lo stato di insolvenza non possono essere temporanee ma devono essere oggettive e permanenti.

Con l'apertura della procedura di insolvenza il debitore continua la sua attività sotto la supervisione del fiduciario e nel rispetto delle norme previste dalla procedura di fallimento.

Tuttavia il tribunale potrà privare il debitore del diritto di gestire e di disporre dei suoi beni,

---

<sup>274</sup> Cfr. Cass. Civ., S.U., 26 maggio 2016, n. 10925.

<sup>275</sup> Come nel nostro ordinamento anche in Bulgaria l'imprenditore può presentare istanza di fallimento.

concedendo tali diritti al fiduciario, qualora constati che le azioni debitore possano ledere gli interessi dei creditori. Il tribunale svolge sia attività giudiziaria, volta a dirigere ed a autorizzare l'attività del fiduciario, sia attività di gestione della procedura di fallimento.

Infatti il giudice convoca e presiede la riunione dei creditori, nomina e revoca il fiduciario, autorizza il fiduciario ad eseguire determinate azioni e autorizza la vendita dei beni acquisiti alla massa fallimentare.

In relazione ai poteri del comitato dei creditori, all'assemblea dei creditori spettano i seguenti poteri: eleggere e revocare il fiduciario, determinare il compenso del fiduciario e determinare le modalità di vendita dei beni fallimentari. la dimensione della sua remunerazione corrente.

Il comitato dei creditori può essere composto da almeno tre e non superiore a nove componenti.

Il comitato sostiene e controlla la gestione fallimentare del fiduciario, comunicando al tribunale la cattiva gestione del fiduciario qualora lo stesso non esegua correttamente le sue funzioni o ponga in essere azioni lesive degli interessi dei creditori.

Anche ai singoli creditori spettano rilevanti poteri.

Ogni creditore può ricorrere in modo indipendente a tutti gli atti di tribunali, può proporre una persona per la nomina del fiduciario, può presentare un piano di riorganizzazione, può pagare in anticipo i costi iniziali della procedura.

Con l'apertura della procedura di insolvenza sono sospesi i procedimenti giudiziari civili, ad eccezione di controversie di lavoro aventi ad oggetto le richieste di condanna al pagamento di somme di denaro, i procedimenti di esecuzione di beni rientranti nella massa fallimentare, ad eccezione dei beni posti a garanzia di crediti dello Stato prima dell'apertura della procedura di insolvenza.

Il provvedimento di apertura della procedura di insolvenza viene iscritta nel registro del commercio. La decisione è immediatamente esecutiva e può essere impugnata dinanzi alla Corte di Appello da parte del debitore, creditore e terzi.

Al debitore spetta un ruolo di collaborazione e di ausilio nella gestione della procedura.

Infatti il debitore è tenuto entro il termine di 14 giorni dall'apertura della procedura di insolvenza, a fornire al giudice e al fiduciario le informazioni necessarie sul patrimonio della società e sulla gestione contabile della stessa, essendo tenuto a produrre un elenco di pagamenti in contanti o di bonifici bancari superiori a 1200 Levs.

In relazione alla soddisfazione dei creditori, vengono soddisfatti in primo luogo i creditori i cui diritti sono assistiti da garanzie. Regole speciali sono previste per i crediti vantati dai lavoratori

dipendenti in quanto gli stessi sono inseriti automaticamente dal fiduciario nella lista delle domande di credito accettate.

Il codice del commercio prevede norme per la protezione dei creditori fallimentari rispetto ad azioni poste in essere dal debitore che mirano a ridurre la massa fallimentare e a danneggiare gli interessi dei creditori.

A tal fine, la legge stabilisce una presunzione assoluta che vi è un danno ai creditori se alcuni tipi di azioni o transazioni hanno avuto luogo durante questo periodo. A seconda del tipo di operazione la legge indica un periodo sospetto.

Per alcuni tipi di operazioni il periodo sospetto decorre dalla data di insolvenza e si conclude con la decisione di aprire una procedura di insolvenza, per alcune operazioni il periodo sospetto abbraccia tre o due anni prima della data di apertura della procedura fallimentare.

Sono considerate dannose anche alcune azioni poste in essere dopo la data di apertura della procedura fallimentare senza il preventivo consenso del fiduciario<sup>276</sup>.

Non sono considerate nulle quelle operazioni effettuate dal debitore dopo la data di insolvenza, dirette a soddisfare debiti pubblici o crediti privati la cui raccolta obbligatoria venga svolta in pubblico.

Il tribunale dichiara il debitore fallito se nel termine di legge il piano di riabilitazione non è stato accettato o approvato. La decisione del tribunale fallimentare comporterà la dichiarazione di fallimento del debitore con successiva privazione del diritto di gestire e disporre di beni inclusi nella massa fallimentare e provvederà a ordinare la vendita dei beni inclusi nella massa fallimentare con successiva liquidazione degli stessi.

In relazione ai reati fallimentari in ragione dell'inasprimento delle pene previste dall'ordinamento italiano in tema di bancarotta fallimentare semplice e fraudolenta, si assiste spesso al trasferimento della sede all'estero di società italiana al fine di sottrarsi alla giurisdizione dei giudici italiani.

---

<sup>276</sup> Le operazioni dannose, che sono nulle rispetto ai creditori concorsuali, sono tassativamente indicati dalla legge e sono divise in due categorie: 1) esecuzione di un obbligo sorto prima della data di apertura di procedure concorsuali e costituzione di pegno o ipoteca sui beni dal patrimonio fallimentare dopo l'apertura della procedura; 2) esecuzione di un obbligo monetaria, indipendentemente dalle modalità di attuazione; donazioni di beni inseriti nella massa fallimentare; pegno, ipoteca o altra garanzia del diritto di proprietà della massa fallimentare.

Possono essere inefficaci rispetto ai creditori concorsuali le seguenti operazioni: donazioni eseguite entro 3 anni precedenti l'apertura della procedura di fallimento; donazioni in favore di un terzo fatte nei 2 anni precedenti l'apertura della procedura di fallimento; il pagamento di una obbligazione pecuniaria trasferendo la proprietà di beni commessi entro 3 mesi prima della data di insolvenza se il recupero comporterebbe una maggiore soddisfazione dei creditori; un mutuo, pegno o altro titolo, che viene costituito entro un anno prima dell'apertura di una procedura di fallimento a favore del debito non garantito in precedenza; operazione che viene effettuata entro due anni prima dell'apertura della procedura di insolvenza che danneggia i creditori in base al quale il paese è collegato con l'entità debitore.

Tale fenomeno, pur avendo creato incertezze sulla possibilità di dichiarare il fallimento secondo la normativa italiana, è stato chiarito dalla Corte di Cassazione.

Infatti la Suprema Corte ha stabilito che in caso di trasferimento della sede all'estero di società italiana opera la giurisdizione dei giudici italiani.

La vicenda processuale trae origine dall'istanza di fallimento presentata da alcuni creditori nei confronti di una società con sede in Italia che, pochi giorni prima della presentazione dell'istanza di fallimento, si era iscritta nel Registro delle società della Bulgaria.

I motivi che hanno spinto la Cassazione a ritenere competente il Tribunale Italiano per la dichiarazione di fallimento sono i seguenti: 1) il trasferimento della sede della società all'estero aveva preceduto di meno di un anno la prima istanza di fallimento. 2) il conferimento alla compagna dell'amministratore della società fallita, da parte dell'amministratore della società estera, di una procura generale ad agire sia in Italia sia all'estero in nome e per conto di tale società estera; 3) l'assenza di concreta ed effettiva operatività all'estero.

In base a questi tre motivi, la Suprema Corte ha ritenuto fittizio il trasferimento della sede all'estero, nel caso specifico in Bulgaria, da parte della società fallenda, poiché il centro degli interessi di tale società continuava a trovarsi in Italia e non in Bulgaria.

La questione è stata anche sottoposta al vaglio della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che ha confermato, seppur su diverse basi, la decisione della Corte Suprema di Cassazione.

Infatti anche per la CGUE il trasferimento della sede in un altro Stato membro come la Bulgaria, con la permanenza in Italia del centro degli interessi principali dell'attività, non blocca la procedura di fallimento e la competenza dei giudici italiani.

La CGUE afferma e ricorda che l'articolo 3 del Regolamento 1346/2000 del Consiglio, del 29 maggio 2000, relativo alle procedure di insolvenza fissa le regole per la determinazione del giudice competente.

La norma a cui sia i Giudici Italiani che Bulgari devono conformarsi è la seguente:

Art. 3 . 1 Sono competenti ad aprire la procedura di insolvenza i giudici dello Stato membro nel cui territorio è situato il centro degli interessi principali del debitore. Per le società e le persone giuridiche si presume che il centro degli interessi principali sia, fino a prova contraria, il luogo in cui si trova la sede statutaria;

Art. 3 . 2 Se il centro degli interessi principali del debitore è situato nel territorio di uno Stato membro, i giudici di un altro Stato membro sono competenti ad aprire una procedura di insolvenza nei confronti del debitore solo se questi possiede una dipendenza nel territorio di tale altro Stato



membro. Gli effetti di tale procedura sono limitati ai beni del debitore che si trovano in tale territorio.

I giudici europei hanno confermato la competenza dei giudici italiani in caso di fallimento, in base alla determinazione del luogo in cui si realizzano degli interessi principali che, nel caso in esame si trovavano ancora in Italia e non in Bulgaria.

Il centro degli interessi principali coincide sostanzialmente con il luogo di amministrazione della società. Ciò sulla base di elementi oggettivi riconoscibili da terzi.

In buona sostanza occorre prendere in conto i luoghi in cui la società debitrice esercita l'attività economica, i luoghi in cui detiene i beni, l'esistenza di contratti di gestione finanziaria gestiti in uno Stato membro diverso da quello della sede statutaria.

Dalla valutazione globale degli elementi rilevanti sopra descritti, e' possibile determinare la competenza dei giudici dello stato di origine, superando pertanto la presunzione di competenza dei giudici dello stato membro ove è stata fissata la sede statutaria.

Conseguentemente il trasferimento fittizio della sede legale dall'Italia alla Bulgaria, utilizzato da alcuni, non ha retto all'esame della vicenda processuale sia in Italia, con il pronunciamento della Cassazione sulla base della legislazione nazionale, che per la Corte di Giustizia dell'Unione Europea che ha chiaramente delineato la giurisdizione applicabile<sup>277</sup>.

---

<sup>277</sup> Ordinanza del 24.05.2016 Causa C 353/15.

## Conclusioni

Il fenomeno dei gruppi di società pone al diritto penale fallimentare il problema della possibile rilevanza, anche indiretta, degli interessi del gruppo nella valutazione dell'ipotizzabile natura distrattiva di operazioni economiche poste in essere dalle singole società facenti parte del gruppo.

Lo svolgimento dell'attività di impresa è diretto al conseguimento dell'oggetto sociale così come descritto nell'atto costitutivo e qualsiasi deviazione da tale scopo, da cui risulti una illegittima lesione al valore della partecipazione sociale o all'integrità del patrimonio, comporta la responsabilità diretta degli amministratori nei confronti della società, dei soci e dei creditori.

Per verificare se sussista o meno un danno rilevante ai sensi dell'art. 2497 c.c., ovvero per determinare se gli amministratori delle controllate, in esecuzione delle direttive della holding, agiscano in maniera contraria o difforme rispetto all'interesse sociale che sono chiamati a perseguire, l'interprete dovrà guardare non già alla singola operazione depauperativa isolatamente considerata, ma sarà tenuto ad estendere la sua analisi al più ampio contesto del gruppo ed alla sua politica economica globale.

La valutazione della dannosità dell'operazione, infatti, avviene non solo sulla base dell'analisi del bilancio della singola controllata, ma tenendo altresì in considerazione le operazioni infragruppo precedenti, contestuali o successive che abbiano pareggiato il conto o comunque riequilibrato l'iniziale perdita. Valutazione che andrà fatta in una prospettiva *ex post*.

Spostandosi sul fronte penale il quadro normativo muta notevolmente: come già ribadito, il D. Lgs. n. 61 del 2002 muove dai medesimi presupposti che hanno ispirato il legislatore civile.

Tuttavia, il carattere necessariamente frammentario e sussidiario della normativa penalistica porta il legislatore ad utilizzare delle tecniche descrittive del fatto tipico inevitabilmente diverse rispetto a quelle che contraddistinguono le previsioni civilistiche.

Così, la scelta di collegare la responsabilità penale al carattere ingiusto del profitto piuttosto che alla sussistenza di un danno lascia intendere come l'ambito di intervento punitivo sia volutamente più ristretto: non si guarda solo al disvalore di evento, in termini di effettiva lesione al patrimonio, ma anche al particolare *modus operandi* dell'agente, che deve essere connotato dai crismi dell'infedeltà.

La condotta dell'agente deve essere letta in chiave soggettiva attraverso la ricostruzione delle finalità che hanno spinto l'amministratore a realizzare determinati atti dispositivi, e, quindi, dovrà essere valutata la sussistenza o meno del dolo specifico di ingiusto profitto o di altro vantaggio per sé o per altri: mentre l'art. 2497 c.c. collega la responsabilità civile al pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore delle partecipazioni sociali (tutela dei soci), o alla lesione dell'integrità del

patrimonio della società (tutela dei creditori sociali), l'art. 2634 c.c. non punisce qualsiasi operazione che abbia cagionato un danno patrimoniale all'ente, ma solo quella che sia stata realizzata dall'amministratore nell'esclusivo interesse proprio o di terzi, mediante una condotta di abuso.

La clausola di esonero prevista dall'art. 2634 , terzo comma, c.c. il cui ambito di operatività si presenta più esteso di quello di cui all'art. 2497 c.c. , ritiene rilevante la compensazione del profitto e non già del danno, anche quando questa sia solo “fondatamente prevedibile”, come nei casi in cui dall'arricchimento del gruppo possa ragionevolmente discendere un vantaggio anche alla società inizialmente impoverita.

Il calcolo assume, allora, natura qualitativa ed il giudizio assolutorio potrà promanare anche a seguito di una mera valutazione prognostica, senza che l'effettivo conseguimento del vantaggio, ovvero il concreto azzeramento del danno, possa minimamente incidere sulla legittimità dell'operazione contestata.

La natura distrattiva del trasferimento patrimoniale infragruppo può naturalmente escludersi allorquando emerga che la finalità che muove l'agente non sia indirizzata a pregiudicare i creditori sociali.

Ai fini dell'esclusione della tipicità della distrazione nelle operazioni patrimoniali e finanziarie infragruppo, assume rilievo dirimente anche l'analisi dell'*animus* dell'agente.

In ultimo la Corte di Cassazione con la sentenza n. 32131/16 ha precisato che, in tema di bancarotta fraudolenta, qualora il fatto contestato si riferisca a rapporti intercorsi tra società appartenenti al medesimo gruppo, l'operazione temporaneamente svantaggiosa per la società fallita può essere ritenuta legittima in virtù dei vantaggi compensativi solo laddove il saldo finale delle operazioni compiute nella logica e nell'interesse del gruppo sia positivo, la cui dimostrazione grava sull'imputato.

In particolare, la Suprema Corte stabilisce che la disposizione di cui all'art. 2634, comma 3, c.c. può trovare applicazione nei soli casi in cui gli autori delle operazioni siano società facenti parte di un “gruppo” ovvero collegate. Pur in assenza di una specifica definizione normativa del “gruppo di società” (e di un'armonica disciplina del fenomeno), la Corte individua l'elemento minimo e caratterizzante di tale struttura nell'attività di direzione e coordinamento, al quale vanno poi a sommarsi le forme pubblicitarie prescritte dall'art. 2497-bis c.c. e rappresenta che per invocare efficacemente la teoria dei cd. vantaggi compensativi l'imputato è tenuto ad indicare gli elementi formali legittimanti l'applicazione delle norme relative alla direzione e coordinamento di società. Nella medesima pronuncia la Corte aggiunge che l'art. 2634, comma 3, c.c. nell'escludere la

responsabilità penale in caso di vantaggi compensativi ha ampliato l'ambito operativo del concetto di cui all'art. 2497, comma 1, c.c. facendo riferimento ai "vantaggi fondatamente prevedibili". Tale clausola richiede che i vantaggi compensativi dell'appropriazione e della dissipazione del patrimonio sociale siano concreti e cioè "basati su elementi sicuri, pressoché certi e non meramente aleatori o costituenti una semplice aspettativa".

Nel reato di bancarotta fraudolenta per distrazioni infragruppo, i vantaggi compensativi possono dunque escludere la rilevanza penale della condotta solo in quanto sia dimostrato uno specifico vantaggio a favore della società "sacrificata", idoneo a compensare efficacemente gli effetti immediatamente negativi dell'operazione, il cui onere dimostrativo grava sull'amministratore imputato.

## BIBLIOGRAFIA

ABBADESSA, *I gruppi di società nel diritto italiano*, in AA.VV., *I gruppi di società. Ricerche per uno studio critico*, a cura di PAVONE LA ROSA, Bologna, 1982.

ABRIANI, *Gruppi di società e criterio dei vantaggi compensativi nella riforma del diritto societario*, in *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, in *Giur. comm.*, 2003, I.

ACQUAROLI, *Alcune osservazioni sul reato di infedeltà patrimoniale alla luce del nuovo diritto societario*, in *La riforma dei reati societari*, a cura di PIERGALLINI, Milano, 2004.

AGNOLI, *La responsabilità amministrativa da reato nei gruppi societari*, in *Crit. pen.*, 2007.

ALDOVRANDI, *Art. 2634 c.c.*, in AAVV., *I nuovi reati societari*, a cura di LANZICADOPPI, Padova, 2007.

ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, Milano, 1979.

ALESSANDRI, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002.

ALESSI, *Il gruppo multinazionale. Il controllo unilaterale nel sistema societario italiano*, Firenze, 1985.

ALPA, *La responsabilità per la direzione e il coordinamento di società. Note esegetiche sull'art. 2497 cod. civ.*, in *Nuova giur. civ.*, 2004, 6.

AMATI, *Infedeltà patrimoniale*, in AA.VV., *Reati societari*, a cura di ROSSI, Torino, 2005.

ANGIOLINI, *Abuso di dipendenza economica ed eterodirezione contrattuale*, Milano, 2012.

ANGIONI, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989.

ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2008.

BADINI CONFALONIERI, in Badini Confalonieri-Ventura, *Direzione e coordinamento di società*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da Cottino, III, Bologna 2004.

BARTALENA, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber Amicorum Gianfranco Campobasso*, diretto da Abbatessa e Portale, Torino, 2006.

BARTOLI, *La distinzione tra appropriazione e distrazione e le attuali esigenze di tutela patrimoniale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001.

BASSI, *La disciplina dei gruppi*, in *La riforma del diritto societario* a cura di Buonocore, Torino 2003.

BASSI, *Gruppi di imprese*, in AA.VV., *Manuale di diritto commerciale*, a cura di BUONOCUORE, Torino, 2007.

BATTAGLINI, *Osservazioni sul dolo nella bancarotta fraudolenta*, in *Giut. pen.*, 1954.

BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e sanzioni penali*, Milano, 2006.

BENEDETTI, La responsabilità "aggiuntiva" ex art. 2497, 28 co., c.c., in *Quad. giur. comm.*, 2012.

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. proc. pen.*, 2007.

BERSANI, *Operazioni infragruppo e vantaggi compensativi nel diritto penale societario e fallimentare*, in *Fisco*, 2004.

BIANCHI, *Gli amministratori di società di capitali*, Padova 2006.

BONELLI, *Imprese collegate (o di gruppo): la responsabilità di chi esercita la direzione unitaria*, in *Fall.*, 1984.

BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, 1992.

BONELLI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società*, in *Giur. comm.*, 1992, I.

BRICOLA, *Lo statuto penale dell'impresa: profili costituzionali*, in *Tratt. Di Amato*, I, Padova, 1990, p. 144, oggi in *Scritti di diritto penale*, II, 2, Milano, 1997.

BRICOLA, *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Nuoviss. Dig. it.*, XIV, Torino, 1967.

BUSSON, *Operazioni infragruppo e bancarotta mediante distrazione*, DPP, 2001, 6.

BUSSOLETTI, LA MARCA, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, 1.

CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, in *Diritto penale dell'economia*, Milano, 2017,

CAMPOBASSO, *Controllo societario e poteri della capogruppo nei gruppi e nei gruppi bancari*, in *I gruppi di società*, Atti del convegno internazionale di studi, Venezia, 16-17-18 novembre, 1995, Milano, 1996, vol. II.

CAMPOBASSO, *Gruppi e gruppi bancari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1995, I.

CAMPOBASSO, *Le partecipazioni delle banche e dei gruppi societari*, in *Banca borsa*, 1995, I.

CAPONI, *Il regolamento comunitario sulle procedure d'insolvenza*, in *Foro it.*, 2002, V.

CARIELLO, *Primi appunti sulla c.d. responsabilità da attività di direzione e coordinamento di società*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2003.

CASAROLI, *Il dolo della bancarotta fraudolenta fra dubbi interpretativi e rigore giurisprudenziale*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, vol. II, Milano, 1991.

CASAROLI, Artt. 216-241, in A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2013.

CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano 2006.

CERRATO, *Osservazioni in tema di operazioni infragruppo e di vantaggi compensativi*, in *Giur. it.*, 2001.

CHIARAVIGLIO, *Operazioni infragruppo e bancarotta per distrazione: una recente pronuncia della Suprema Corte*, in *Riv. dott. comm.*, 2006.

CIAMPOLI, I “vantaggi compensativi” nei gruppi di società, in *Le soc.*, 2005.

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.

CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori di società*, I, Milano 2003.

CONTI, *Responsabilità penali degli amministratori e politiche di gruppo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995.

CORUCCI, *La bancarotta e i reati fallimentari*, Milano, 2013.

COTTINO, *Diritto societario*, (V<sup>a</sup> ed. di *Diritto Commerciale*), vol. I, tomo II, Padova, 2006.

COVELLI, *Direzione e coordinamento di società*, in *Codice commentato delle nuove società di capitali*, a cura di Bonfante, Corapi, Marziale, Rordorf, Salafia, 2004.

CUSTODERO, *Osservazioni sulla disciplina penale degli abusi di gestione nel “gruppo di società”*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995.

D’AVIRRO, *L’infedeltà patrimoniale*, in D’AVIRRO MAZZOTTA, *I reati di “infedeltà” nelle società commerciali*, Milano, 2004.

D’ALESSANDRO, *Fattispecie di aggio e prassi di mercato ammesse tra esclusione del tipo e cause di giustificazione*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011.

DAL SOGLIO, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, III, Padova 2005, sub art. 2497.

DELITALA, *L’oggetto della tutela nel reato di bancarotta*, in *Dir. Pen., Raccolta degli scritti*, Milano, 1976.

DE MARSICO, *Il danno patrimoniale nel peculato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, p. 569;

ANGELOTTI, *Le appropriazioni indebite*, Milano, 1933.

DI SABATO, *Riflessioni sparse sui gruppi: direzione unitaria, rapporti intragruppo, rapporti creditizi di gruppo*, in *Riv. dir. impr.*, 1995.

DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1959, I.

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.

DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998.

DI MASSIMO, SARACINO, PROVASI, MESSAGGI, *Evoluzione dei principi contabili nel contesto internazionale*, 2012, Milano.

DONATIVI, *Impresa e gruppo nella legge antitrust*, Milano, 1996.

DONINI, *Le condizioni obiettive di punibilità*, in *Studium Iuris*, 1997.

ENRIQUES, *Vaghezza e furore. Ancora sul conflitto di interessi nei gruppi di società in vista dell'attuazione della delega per la riforma del diritto societario*, in ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Verso un nuovo diritto societario*, Bologna, 2002.

FAVA, *I gruppi di società e la responsabilità da direzione unitaria*, in *Società*, 2003, 9.

FEDERICA, *L'adozione degli IAS/IFRS in Italia: concentrazioni aziendali e bilancio consolidato*, (a cura di) ANDREI P., Torino, 2006.

FERRANDO, *I contratti collegati*, in ALPA e BESSONE, *I contratti in generale*, III, in *Giur. Sist. Dir. Civ. e Comm.*, diretta da BIGIAMI, Torino, 1991.

FERRI, *Concetto di controllo e di gruppo*, in *Disciplina del gruppo di imprese*, Milano, 1982.

FERRO-LUZZI, MARCHETTI, *Riflessioni sul gruppo creditizio*, in *Giur. comm.*, 1994, I.

FIANDACA-MUSCO, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, VI ed., 2010.

FIMMANO', *Abuso di direzione e coordinamento e tutela dei creditori delle società abusive*, in *Riv. not.*, 2012.

FIMMANO', *Il fallimento del dominus abusivo ed il crepuscolo del socio tiranno in* [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)

FLICK, *Gruppi e monopolio nelle nuove prospettive del diritto penale*, in *Riv. soc.*, 1988.

FLICK, *Dal pubblico servizio all'impresa banca: ritorno al futuro*, in *Riv. soc.*, 1989.



FOFFANI, *Le aggregazioni societarie di fronte al diritto penale: appunti sulla nozione di “partecipazione rilevante”, “collegamento”, “controllo” e “gruppo”*, in *RTDPE*, 1993.

FOFFANI, *Reati societari*, in PEDRAZZI-ALESSANDRI-FOFFANI-SEMINARASPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell’impresa*, II<sup>a</sup> ed., Bologna, 1999.

FOFFANI, *L’infedeltà patrimoniale: verso una nuova fattispecie penale?*, in *Studi Urbinati*, 1994.

FUMAGALLI, *Il regolamento comunitario sulle procedure d’insolvenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2001.

GALLO, *Delitto di peculato e illecito amministrativo*, in *Riv. pen.*, 1966, I, p. 399;

PETROCELLI, *L’appropriazione indebita*, Napoli, 1933.

GAMBARDELLA, *Il caso Cirio: i delitti di bancarotta*, in Foffani- Castronuovo, *Casi di diritto penale dell’economia*, I, Bologna, 2015.

GAMBINO, *Su taluni problemi in tema di gruppi*, in *Giur. comm.*, 2012.

GHIA, PICCININNI, SEVERINI, *Trattato delle procedure concorsuali*, Milano, 2012.

GIARDA E.M.-GIARDA M.G., *I gruppi di società*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di GIARDA-SEMINARA, Padova, 2002.

GIOVANNINI, *Le responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, Milano, 2007.

GIUNTA, *La riforma dei reati societari ai blocchi di partenza. Prima lettura del d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61 (seconda parte)*, in *Studium Juris*, 2002.

GRIECO, *Il conflitto di interessi in generale e nell’ambito dei gruppi di società*, in *Giust. civ.*, 1991, II.

GUIZZI, *Eterodirezione dell’attività sociale e responsabilità per mala gestio nel nuovo diritto dei gruppi*, in *Riv. dir. comm.*, 2003.

IRACE, *Direzione e coordinamento di società*, in SANDULLI e SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, Torino, 2003, III.

JAEGER, *Considerazioni parasistematiche sui controllo e sui gruppi*, in *Giur. comm.*, 1994, I.

LAMANDINI, *Il “controllo”. Nozione e “tipo” nella legislazione economica*, Milano, 1995.

LA MONICA, *I reati fallimentari*, Milano, 1999.

LEANDRO, *Il ruolo della lex concursus nel regolamento comunitario sulle procedure d’insolvenza*, Bari, 2008.

LUPOI, in *Comm. breve alla legge fallimentare*, a cura di MAFFEI, Padova, 2009.

MAGGIOLO, *L'azione di danno contro la società o ente capogruppo*, in *Giur. comm.*, 2006, I.

MANGANO, *L'infedeltà patrimoniale degli amministratori nei gruppi di imprese*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1989.

MANGANO, *Unità e pluralità di reati nei fatti di bancarotta*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1992.

MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, Torino, 2004.

MANNA, *La sentenza dichiarativa di fallimento*, in GHIA, PICCININNI, SEVERINI, in *Trattato delle procedure concorsuali*, Torino, 2012.

MARCHETTI, *Note sulla nozione di controllo nella legislazione speciale*, in *Riv. soc.*, 1992.

MARCHISIO, *Note sulle azioni di responsabilità ex art. 2497 c.c.*, in *Riv.dir.comm.* 2008, II.

MASULLO, *Fallimento e società* (sub art. 2634), in AA.VV., *Leggi penali d'udienza*, a cura di Padovani, Milano, 2003.

MASUCCI, *Vantaggi del gruppo e dell'impresa collegata nel governo penale degli abusi di gestione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004.

MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio nella disciplina penale dei gruppi di società*, Napoli, 2006.

MAUGERI, *I finanziamenti "anomali" endogruppo*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2014.

MAZZAMUTO, *Questioni sparse al confine tra diritto comune e diritto societario*, in *Riv.dir.comm.*, 2006.

MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, 1973.

MEZZETTI, *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004.

MILITELLO, *Attività del gruppo e comportamenti illeciti: il gruppo come fattore criminogeno*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998.

MILITELLO, *Infedeltà patrimoniale e corruzione nel futuro del diritto societario*, in *IP*, 2000.

MILITELLO, *Aspetti penalistici dell'abusiva gestione nei gruppi societari: tra appropriazione indebita ed infedeltà patrimoniale*, in *Foro it.*, 1989, II.

MILITELLO, *I reati di infedeltà*, in *Dir. pen. proc.*, 2002

MINERVINI, *I poteri della capogruppo nei gruppi bancari plurifunzionali*, in *Banca borsa*, 1992, I.

MIOLA, *Le garanzia infragruppo*, Napoli, 1993.

MONTALENTI, *Conflitto d'interessi nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, I.

MONTELLA, *Il fallimento del Comi?*, in *Il fall.*, 2010.

MUCCIARELLI, *Il ruolo dei "vantaggi compensativi" nell'economia del delitto di infedeltà patrimoniale degli amministratori*, in *Giur. Comm.*, I, 2002.

MUSCO, *I nuovi reati societari*, Milano, 2007.

NAPOLEONI, *Geometrie parallele e bagliori corruschi del diritto penale dei gruppi (bancarotta infragruppo, infedeltà patrimoniale e vantaggi compensativi)*, in *Cass. Pen.*, 2005.

NEGRI CLEMENTI, FEDERICI, *La natura della responsabilità della capogruppo e la tutela del socio di minoranza*, in *Le Società*, 2013.

NIUTTA, *Il finanziamento infragruppo*, Milano, 2000.

NIUTTA, *La novella del codice civile in materia societaria: luci ed ombre della nuova disciplina sui gruppi di società*, in *Riv. dir. comm.*, 2003.

NUVOLONE, *L'infedeltà patrimoniale nel diritto penale*, Milano, 1941.

NUVOLONE, *Problemi legislativi e giurisprudenziali in tema di bancarotta*, in *Il diritto penale degli anni settanta*, 1982.

NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955.

OPPO, *I contratti parasociali*, Milano, 1942.

PAGLIARO, voce *Appropriazione indebita*, in *Dig. Disc. Pen.*, I, Torino, 1987, p. 228;

PROTO, *Analisi del concetto di appropriazione e abuso del possesso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1953.

PALAZZO, *Ai confini tra peculato e abuso d'ufficio*, in *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di STILE, Napoli, 1987.

PAGLIARO, *Pluralità dei fatti di bancarotta e unità del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976.

PANZANI, *L'azione di responsabilità ed il coinvolgimento del gruppo di imprese dopo la riforma*, in *Le Società*, 2002.

PATTI, *Direzione e coordinamento di società: brevi spunti sulla responsabilità della capogruppo*, in *Nuova Giur. Civ. Comment.* 2003.

PATTI, in *La riforma del diritto societario*, a cura di Lo Cascio, Milano, 2003, *sub art.* 2497.

PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, in *Riv. soc.*, 2003.

PAVONE LA ROSA, *Le società controllate. I gruppi*, in *Trattato delle società per azioni*, a cura di COLOMBO-PORTALE, vol. II, tomo I, Torino, 1991.

PAVONE LA ROSA, *La responsabilità degli amministratori della controllante nella crisi del gruppo societario*, in *Riv. soc.*, 2002.

PEDRAZZI, *Dal diritto penale delle società al diritto penale dei gruppi: un difficile percorso*, in *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, vol. III, Milano, 2003.

PEDRAZZI, *Sui limiti dell' "appropriazione"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1444; ID, voce *Appropriazione indebita*, in *Enc. Dir.*, II, 1958.

PEDRAZZI, *Abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori*, in *RDP*, 1953.

PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito*, in *Diritto penale*, 2003, vol. 4.

PERDONO', *La teoria dei vantaggi compensativi alla conquista del territorio dei reati fallimentari*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, I.

PETRICCIONE, voce *Gruppi di società*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. Comm., VI, 1991.

RABITTI, *Project Finance e collegamento contrattuale*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario* in *Trattato diretto da F. Galgano*, Torino, 1997.

RAPPAZZO, *I contratti collegati*, Milano, 1998.

RIVA GRECHI, *Bancarotta fraudolenta, infedeltà patrimoniale e rilevanza dei gruppi di società*, in *Giust. pen.*, 2004.

ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, I.

RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Le Società*, 2004.

ROSSI, *Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo da risolvere*, in *Riv. soc.*, 1995.

SABATO, *Riflessioni sparse sui gruppi: direzione unitaria, rapporti intragruppo, rapporti creditizi di gruppo*, in *Riv. dir. impr.*, 1995.

SALAFIA, *La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate*, in *Società*, 2003, n.2 bis.

SALVATO, *La disciplina del gruppo di società dopo le riforme del 2003 e del 2006*, in *Fallimento*, 2011.

SANTORIELLO, *I reati di bancarotta*, Torino, 2000.

SANTORIELLO, *Il nuovo diritto penale delle società: le previsioni sanzionatorie fra vecchia e nuova disciplina delle società di capitali e delle cooperative*, Torino, 2003.

SBISÀ, *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, in *Contr.e impr.*, 2003.

SBISA', *Società e imprese controllate nel d.l. 9 aprile 1991 n. 127*, in *Riv. soc.* 1992.

SCOGNAMIGLIO, *I gruppi di società*, in AA.VV., *Diritto commerciale*, V<sup>a</sup>ed., Bologna, 2007.

SCOGNAMIGLIO, *La responsabilità della società capogruppo: problemi ed orientamenti*, in *Riv. dir. civ.*, 1988.

SCHIUMA, *Controllo, governo e partecipazione al capitale*, Padova, 1997.

SEVERINO, *Il criterio distintivo tra distrazione ed appropriazione nel peculato*, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1976.

SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella disciplina antitrust*, in *Riv. soc.*, 1995.

TOMBARI, *Poteri e doveri dell'organo amministrativo di una s.p.a. "di gruppo" tra disciplina legale ed autonomia privata*, in *Riv. soc.*, 2009, 1.

VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società fra fatto e contratto*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di ABADESSA, PORTALE, Torino, 2007.

VASSALLI, *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960.

VINCIGUERRA, *Distrazione e peculato*, in *Studi in onore di Biagio Petrocelli*, Milano, 1

VINCRE, *Il regolamento CE sulle procedure d'insolvenza e il diritto italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2004.

VITALONE, *Il regolamento n. 1346/2000 del consiglio delle comunità europee relativo alle procedure d'insolvenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, I

WEIGMANN, *Gruppi di società*, in *La riforma del diritto societario*, a cura del Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Milano, 2003.