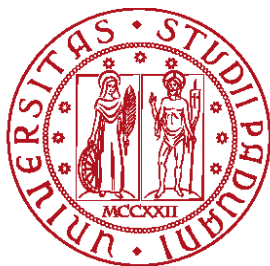


8^{1222 • 2022}
ANNI



**UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA**

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto

Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

Anno Accademico 2021/2022

TESI DI LAUREA

**Responsabilità da reato degli enti e gruppi di società:
problematiche e possibili soluzioni**

Relatore: Chiar.mo Prof. Enrico Mario Ambrosetti

Laureando: Marco Bellitti

A mio padre, a mia madre, a Marta e a Valentina

INDICE

Introduzione.....	1
--------------------------	----------

Capitolo primo: la responsabilità da reato degli enti e i gruppi di società. Nozioni generali e profili di disciplina

1. Introduzione.....	3
2. La responsabilità da reato degli enti: motivazioni della sua introduzione.....	3
3. Il d.lgs. 231/2001 e la questione riguardo la natura della responsabilità degli enti.....	5
4. Gli enti destinatari della disciplina del d.lgs. 231/2001.....	7
5. I reati che determinano la responsabilità dell'ente.....	8
6. I criteri oggettivi di attribuzione della responsabilità all'ente.....	9
7. I criteri soggettivi di imputazione della responsabilità all'ente; le cause di esonero della responsabilità.....	11
8. L'autonomia della responsabilità dell'ente.....	13
9. Le sanzioni applicabili all'ente.....	14
10. I gruppi di società: introduzione.....	18
11. I gruppi di società: definizione e genesi della disciplina.....	21
12. L'attività di direzione e coordinamento.....	23
13. Le norme fisiologiche.....	24
14. Le norme relative a situazioni patologiche.....	25
15. I finanziamenti intra-gruppo.....	28
16. Il recesso nei gruppi di società.....	29

Capitolo secondo: responsabilità da reato degli enti e gruppi di società. Problemi di compatibilità: le proposte dottrinali per una soluzione

1. Introduzione. Il problema dell'applicabilità della disciplina del d.lgs. 231/2001 in presenza di un gruppo di società.....	31
2. Prima tesi. Il gruppo come soggetto responsabile ex d.lgs. 231/2001.....	34

2.1	Concetti imperfetti: le sfuggenti nozioni di patrimonio e interesse di gruppo, e i problemi derivanti dal loro utilizzo.....	40
3.	Seconda tesi. La controllante come soggetto apicale, anche di fatto, della controllata.....	43
4.	Terza tesi. La violazione dei principi di corretta gestione come fonte di responsabilità per la controllante.....	48
5.	Quarta tesi. La posizione di garanzia dei soggetti apicali della controllante. La responsabilità della controllante per la violazione di obblighi da parte di suoi soggetti apicali.....	57
6.	Quinta tesi. I soggetti appartenenti alla controllata come soggetti sottoposti alla direzione o alla vigilanza dei soggetti apicali della controllante.....	63
7.	Sesta tesi. I soggetti apicali della controllata come soggetti apicali della controllante.....	66
8.	Interludio.....	69
9.	Una soluzione parziale. I soggetti apicali della controllante come amministratori di fatto della controllata.....	70
10.	Una soluzione possibile. Il concorso di persone nel reato.....	75
11.	Un ulteriore problema: i gruppi con società estere.....	80
12.	Considerazioni conclusive.....	83

Capitolo terzo: responsabilità da reato degli enti e gruppi di società. La posizione della giurisprudenza: le sentenze fondamentali

1.	Introduzione.....	85
2.	Tribunale di Milano, uff. g.i.p., ordinanza 20 settembre 2004, n. 30382-03.....	86
3.	Cassazione Penale, Sez. V, sentenza 20 giugno 2011, n. 24583.....	92
4.	Cassazione Penale, Sez. II, sentenza 27 settembre 2016, n. 52316.....	97
5.	Osservazioni conclusive.....	108

Capitolo quarto: responsabilità da reato degli enti e gruppi di società. La posizione delle imprese: le linee guida delle associazioni di categoria e i modelli organizzativi nella realtà concreta dei gruppi di società

1. Introduzione. Modelli organizzativi e gruppi di società.....	111
2. La posizione delle associazioni di categoria: le Linee Guida di Confindustria.....	113
3. Analisi di un caso concreto: il modello organizzativo di Eni s.p.a.....	120
4. Conclusioni.....	125
 Conclusioni.....	 127
 Bibliografia.....	 133

INTRODUZIONE

Ventuno sono gli anni trascorsi dall'introduzione della disciplina della responsabilità da reato degli enti, con il d.lgs. 231/2001. Ventuno sono, ironicamente, gli anni che formalmente trascorrono in Italia dal primo giorno di scuola di un bambino di appena tre anni alla sua laurea in giurisprudenza. E, così come nel secondo caso si giunge ad un traguardo significativo, così anche nel caso della disciplina cui si è fatto cenno è innegabile come essa ormai si presti ad essere analizzata attraverso una riflessione matura.

Nel presente lavoro la disciplina della responsabilità da reato degli enti *ex* d.lgs. 231/2001 verrà presa in considerazione e analizzata sotto una prospettiva particolare. Oggetto d'esame sarà il rapporto tra essa e il fenomeno dei gruppi di società, e l'attenzione sarà posta tanto sulle problematiche che possono emergere al riguardo quanto sulle possibili soluzioni che possono essere offerte.

L'importanza assunta dal fenomeno dei gruppi di società nella realtà economica e sociale, e insieme ad essa il ruolo con caratteristiche uniche svolto dall'istituto della responsabilità da reato degli enti sul piano giuridico, rendono di notevole interesse un'analisi caratterizzata dalle suddette prospettive.

L'indagine verrà svolta in tre passi. Per prima cosa verranno vagliate le posizioni elaborate dalla dottrina con riguardo al tema citato, in particolare per quanto concerne le condizioni alle quali risulta possibile l'attribuzione di responsabilità alla società controllante a capo del gruppo nel caso in cui nell'ambito di una società controllata venga commesso un reato rientrante nel novero dei reati presupposto *ex* d.lgs. 231/2001. Le proposte verranno analizzate per saggiarne la validità sotto il profilo del rispetto del dato normativo, e quindi dell'accuratezza tecnica, dei principi cardine della materia, della coerenza logica e del rilievo pratico. Verranno quindi tratte le conclusioni di quanto visto per capire se siano rintracciabili soluzioni utili ai fini del presente lavoro.

Successivamente verranno analizzate tre fondamentali pronunce della giurisprudenza sul tema, una del Tribunale di Milano e le restanti due della Corte di Cassazione. Si vedrà come esse rivestano tutte una particolare importanza per quanto interessa in questa sede. Il percorso ricostruttivo delle stesse verrà analizzato al fine di comprendere l'evoluzione delle posizioni giurisprudenziali sul tema e di individuare i punti fondamentali della ricostruzione operata dalla giurisprudenza in argomento. Si

cercherà infine di saggiare la correttezza logica e tecnica di queste ultime e l'utilità delle stesse sul piano concreto, oltre a tentare di delinearne il rapporto con quanto elaborato in sede dottrinale.

Infine, si prenderà in considerazione il comportamento assunto sul tema dal mondo delle imprese e l'indagine si muoverà su due direttrici: prima si esamineranno i contenuti delle linee guida diffuse al riguardo da una delle maggiori associazioni di categoria, in seguito si illustrerà un caso concreto, attraverso l'analisi del modello organizzativo di prevenzione adottato da un'importante s.p.a. a capo di un gruppo di società controllate. Di quanto visto in relazione al mondo imprenditoriale si trarranno le conclusioni in ordine ai risultati delle posizioni assunte e se ne discuterà la postura rispetto al dato normativo, alla realtà concreta e agli approdi dottrinali e giurisprudenziali.

Da ultimo, verranno esplicitate le conclusioni emergenti dal lavoro svolto, per valutare le possibili prospettive *de iure condendo* e per determinare se, alla fine, in relazione alle problematiche viste vi siano da offrire delle possibili soluzioni.

CAPITOLO PRIMO

LA RESPONSABILITÀ DA REATO DEGLI ENTI E I GRUPPI DI SOCIETÀ. NOZIONI GENERALI E PROFILI DI DISCIPLINA.

1. Introduzione

Nel presente capitolo si presenteranno i due concetti il cui rapporto sarà oggetto d'indagine nel corso dei capitoli successivi. Dapprima si introdurrà la nozione di responsabilità da reato degli enti¹, in seguito si presenterà il fenomeno dei gruppi di società². In relazione a entrambi i concetti si cercherà tanto di tracciarne la nozione quanto di illustrarne la disciplina tecnica.

2. La responsabilità da reato degli enti: motivazioni della sua introduzione

Nel sistema penale italiano³ vige il principio *societas delinquere non potest*, il quale origina dalla concezione personalistica della responsabilità penale⁴. Inoltre, alla base del suddetto principio tradizionalmente si è posta una concezione psicologica e naturalistica della colpevolezza intesa quale determinazione volitiva riprovevole dell'agente, connaturata quindi alla persona fisica⁵. Ancora, la pena è sempre stata intesa come diretta ad una persona fisica, non giuridica, e questo per via della sua natura e delle funzioni ad essa attribuite.

¹ In argomento si veda, per tutti, AMBROSETTI E. M., *La responsabilità delle persone giuridiche nel diritto penale dell'impresa*, in AMBROSETTI – MEZZETTI – RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2016, 47 ss.

² Sul tema cfr., per tutti, DACCÒ, *I gruppi di società*, in *Diritto Commerciale*, vol. III, *Diritto delle società*, a cura di CIAN, Torino, 2020, 795 ss.

³ Sul piano comparatistico, può rilevarsi come come il problema della responsabilità delle persone giuridiche trovi diverse soluzioni. Per un esame delle differenti opzioni accolte nei vari ordinamenti penali si vedano, tra gli altri, BERTEL, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pubbl. ec.*, 1998, 59 ss.; MARINUCCI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche. Uno schizzo storico-dogmatico*, Pisa, 2007, 445 ss.; SELVAGGI, *La responsabilità penale della persona giuridica: un dibattito europeo*, in *Cass. Pen.*, 1999, 2778 ss.; TIEDEMANN, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 615 ss.

⁴ Sul punto cfr., per tutti, MANTOVANI, *Diritto Penale*, p. gen., Padova, 2015, 110 ss. Per un quadro completo delle posizioni dottrinali si vedano, tra gli altri, BRICOLA, *Il costo del principio societas delinquere non potest*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, 951 ss. e 1006 ss.; DI GIOVINE, in *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, a cura di LATTANZI, Milano, 2005, 3 ss.; PALIERO, *Problemi e prospettive della responsabilità penale nell'ordinamento italiano*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1996, 1173 ss.

⁵ Cfr. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, p. gen., Torino, 2016, 53, in cui si sottolinea il fatto che la pena nel diritto penale moderno, dalla Rivoluzione Francese in avanti, è stata concepita in ciascuna delle sue funzioni fondamentali in stretto rapporto al “personalismo psichico dell'individuo umano in carne ed ossa”, con un'esclusione radicale della responsabilità penale degli enti collettivi.

A sostegno della tesi ora esposta si sono tradizionalmente posti altri argomenti, di differente natura. Sul piano normativo, a fondamento della concezione personalistica, si staglia l'art. 27 della Costituzione, ai sensi del quale "la responsabilità penale è personale"⁶: si è resa così contrastante con il dettato costituzionale l'attribuzione della responsabilità penale ad un destinatario diverso dalla persona fisica⁷. Su un piano diverso si è anche sostenuto che, nella prospettiva della corrispondenza tra reo e destinatario della sanzione, la pena corrisposta all'ente potrebbe colpire ingiustamente anche terzi estranei alla realizzazione dell'illecito, poiché ad essere intaccato dal trattamento sanzionatorio sarebbe il patrimonio dell'ente stesso⁸.

La concezione personalistica della responsabilità penale e della pena, tuttavia, si è dimostrata inadeguata a fronteggiare importanti cambiamenti intervenuti nell'epoca moderna⁹. L'evolversi della realtà economica e industriale ha portato a nuove forme di criminalità, il cui tratto caratteristico è la commissione di illeciti alla cui base si pongono attività svolte mediante persone giuridiche, in specie società commerciali. I reati in questione, a titolo di esempio possono citarsi i reati societari, ambientali e finanziari, nonché tributari e fallimentari, spesso si caratterizzano per essere fortemente lesivi degli interessi della collettività, e in un simile contesto il soggetto attivo del reato si rivela essere, in concreto, proprio l'ente giuridico, con il ruolo della persona fisica che viene relegato a una posizione marginale, dal momento che le effettive scelte decisionali fanno capo all'ente. La pena applicabile alla persona fisica non colpisce il soggetto cui è in sostanza riconducibile la commissione dell'illecito, e ciò attenua fortemente l'efficacia della pena stessa relativamente alla sua funzione generalpreventiva, tanto più che l'ente spesso sopporta economicamente il costo delle sanzioni penali, ma tale costo può risultare irrilevante con riguardo alla capacità economica di un ente collettivo. Per

⁶ Per una disamina completa del quadro dottrinale, si rinvia a DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. Responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, 307 ss.

⁷ Al riguardo, si vedano, per tutti, FIORELLA, *Principi generali e criteri di imputazione all'ente della responsabilità amministrativa*, in FIORELLA - LANCELOTTI, *La responsabilità dell'impresa per i fatti di reato*, Torino, 2004, 3; PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2012, 93 ss.; PADOVANI, *Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche*, in *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, a cura di DE FRANCESCO, Torino, 2004, 16 ss.

⁸ In questo senso, PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 55.

⁹ Si veda, per un'analisi sintetica delle ragioni che hanno suggerito l'abbandono del principio di irresponsabilità delle persone giuridiche, PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999, 108 ss.

di più questo comportamento può finire col determinare uno scollamento tra soggetto destinatario della sanzione e soggetto che provvede, di fatto, all'esborso di denaro¹⁰.

In conseguenza dei motivi ora esposti si è avvertita l'esigenza di un intervento normativo capace di dare risposta alle problematiche che si andavano ponendo nella società e, quindi, nel diritto, relativamente alla questione della responsabilità degli enti giuridici in caso di illeciti penali ad essi riconducibili.

3. Il d.lgs. 231/2001 e la questione riguardo la natura della responsabilità degli enti

Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 ha rappresentato la risposta alle esigenze prospettate nel paragrafo precedente. Esso, attuativo della legge delega 29 settembre 2000, n. 300, reca la "Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica".

Già all'indomani dell'introduzione della normativa in esame si è posta la questione riguardante la natura della responsabilità attribuibile all'ente¹¹. A favore dell'impostazione che la qualifica come amministrativa deporrebbe il dato letterale, tuttavia vi sono elementi che mettono in discussione questa posizione, a partire dall'attribuzione di responsabilità all'ente, alla cui base si pone come imprescindibile la commissione di un illecito penale, cui si aggiunge il fatto che il compito di accertare la responsabilità della persona giuridica è proprio del giudice penale, nell'ambito del processo instaurato contro il presunto autore del reato commesso nell'interesse dell'ente¹². Fatto peculiare, dal momento che, di regola, le sanzioni amministrative vengono irrogate dalla Pubblica Amministrazione, ed il giudice penale decide sulle stesse solo in caso di ragioni di connessione obiettiva con un reato, ex art. 24 co. 1, l. 689/1981. Altre circostanze, però, impediscono di cadere nella tentazione di qualificare

¹⁰ Così, DE MAGLIE, *Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell'impresa. Crisi e innovazioni nel diritto penale statunitense*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 88.

¹¹ Per un approfondimento critico si rinvia, fra gli altri, a PELISSERO, *La responsabilità degli enti*, in ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, I, a cura di GROSSO, Milano, 2007, 933 ss.

¹² Sostiene che, al di là dell'etichetta "di facciata", la responsabilità prevista per l'ente sia nella sostanza penale PALIERO, *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. giur.*, 2001, 845. Per l'autore questa considerazione si baserebbe su tre parametri fondamentali: la responsabilità dell'ente sorge per connessione diretta e non solidale con la commissione di reati, e non di illeciti amministrativi, da parte di una persona fisica legata da un rapporto funzionale con l'ente stesso; la cognizione relativa a tale responsabilità riservata al giudice penale; l'autonomia della responsabilità dell'ente rispetto a quella dell'autore del reato espressamente affermata dall'art. 8 d.lgs. 231/2001, su cui ci si soffermerà infra.

come penale la responsabilità in questione. Ad esempio, in conseguenza di un unico avvenimento fattuale sorge una duplice responsabilità, a carico sia della persona fisica, sia di quella giuridica, per cui la sanzione prevista per l'ente si pone come un trattamento punitivo ulteriore e diverso rispetto a quello conseguente all'accertata responsabilità penale dell'autore del reato, e a quanto detto possono aggiungersi altri elementi inconciliabili con una prospettiva penalistica, quali: l'inversione dell'onere della prova prevista all'art. 7 del suddetto d.lgs. ai fini di un esonero dell'ente da responsabilità; la previsione, all'art. 8 dello stesso Decreto, della responsabilità dell'ente anche in caso di mancata individuazione o non imputabilità dell'autore del reato; il regime di prescrizione di stampo civilistico; la mancata previsione di istituti sospensivi della pena.

Alla luce di queste considerazioni, si è quindi ritenuto che la peculiare disciplina introdotta nel 2001 abbia dato luogo all'introduzione nel nostro ordinamento di un nuovo ed autonomo sistema punitivo¹³. Sul piano sistematico, nell'ambito dei c.d. illeciti di diritto pubblico, è stata introdotta una nuova forma di responsabilità¹⁴. Accanto a quella penale e a quella amministrativa, si pone quindi un vero e proprio *tertium genus* di responsabilità, quella per l'appunto disciplinata dal d.lgs. 231/2001.

A tal proposito, negli anni seguenti l'introduzione della nuova normativa, la giurisprudenza non ha tenuto un orientamento costante in relazione alla natura da attribuire alla responsabilità degli enti. Da un lato, infatti, i giudici di legittimità hanno mostrato di propendere ora per la tesi penalistica¹⁵, ora per quella a sostegno di una peculiare responsabilità "del terzo tipo"¹⁶. Dall'altro lato, numerose pronunce di merito hanno affermato la natura amministrativa della responsabilità in esame, aderendo all'impostazione che privilegia il dato letterale del d.lgs. in questione¹⁷.

¹³ In questo senso si è parlato di "sottosistema autonomo" nell'ambito del sistema punitivo comprendente sia il diritto penale sia il complesso degli illeciti amministrativi. Cfr., al riguardo, PULITANO, *Diritto Penale*, Torino, 2009, 704.

¹⁴ Al riguardo, si veda, per tutti, AMBROSETTI, *Efficacia della legge penale nei confronti delle persone*, in RONCO – AMBROSETTI – MEZZETTI, *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Bologna, 2016, 259 ss.

¹⁵ Cfr. Cass. pen., sez. II, 30 gennaio 2006, n. 3615. Per il giudice di legittimità la nuova forma di responsabilità degli enti, dissimulando la natura penale, sarebbe solo nominalmente amministrativa.

¹⁶ In questo senso Cass. pen., sez. IV, 9 luglio 2009, n. 36083; Cass. pen., sez. VI, 18 febbraio 2010, n. 27735, in *Giust. pen.*, 2011, II, 9; nonché Cass. pen., sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, in *Cass. pen.*, 2015, 426.

¹⁷ Si veda, per questa impostazione, Corte d'ass. Torino, 14 novembre 2011, n. 31095.

4. Gli enti destinatari della disciplina del d.lgs. 231/2001

L'art. 1, co. 2, del d.lgs. 231/2001 stabilisce che le disposizioni in esso previste si applicano “agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica”¹⁸. Quanto alle imprese individuali, dopo alcune pronunce favorevoli all'estensione della disciplina in esame alle stesse¹⁹, la giurisprudenza è ritornata all'iniziale orientamento volto ad escludere l'applicabilità della normativa alle suddette imprese, in quanto l'applicazione può avere luogo solo in presenza di soggetti di natura collettiva²⁰.

Il 3° comma dell'art. 1 stabilisce le eccezioni alla regola posta dal 2° comma. Infatti, esso prescrive che la normativa non si applica “allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale”. Con riguardo agli enti pubblici non economici la lettera del decreto si discosta dalla previsione riconducibile alla legge delega, la quale, al 2° comma dell'art. 11, menzionava “gli altri enti pubblici che esercitano pubblici poteri”. Pertanto, soggiacciono alla disciplina posta dal Decreto in esame solo gli enti pubblici economici, ossia quelli che, a norma dell'art. 2201 c.c., “hanno per oggetto esclusivo o principale un'attività commerciale”, e operano quindi in regime di diritto privato²¹. La giurisprudenza, al fine di determinare la natura dell'ente pubblico e la conseguente assoggettabilità alla disciplina in esame, ha valorizzato il requisito soggettivo e formale riguardante la struttura dell'ente, antepoendolo a quello oggettivo relativo ai beni garantiti e agli interessi tutelati dall'ente stesso²². Infine, quanto, agli enti “che svolgono funzioni di rilievo costituzionale”, si è stigmatizzata l'indeterminatezza della definizione²³.

¹⁸ La *Relazione al d.lgs. 231/2001* sottolinea che la scelta di prevedere la responsabilità anche per gli enti non dotati di personalità giuridica, si comprende da un punto di vista di politica legislativa, dal momento che, trattandosi di soggetti che possono più agevolmente sottrarsi ai controlli statali, sono a maggior rischio di attività illecite.

¹⁹ Cfr. Cass. pen., sez. III, 20 aprile 2011, n. 15657, con nota di PALIERO, *Bowling a Columbine: la Cassazione bersaglia i basic principles della corporate liability*, in *Le Società*, 2011, 1079.

²⁰ Si veda Cass. pen., sez. VI, 16 maggio 2012, n. 30085, in *Cass. pen.*, 2013, 793.

²¹ Si veda la *Relazione al d.lgs. 231/2001*. Il Legislatore delegato ha negato di aver operato una vera divergenza dalla legge delega sostenendo che il complesso delle indicazioni contenute nella legge lascerebbe intendere che il legislatore delegante abbia avuto di mira la repressione di comportamenti illeciti nello svolgimento di attività assistite “da fini di profitto”.

²² In questo senso Cass. pen., sez. II, 21 luglio 2010, n. 28699.

²³ Sul punto, VINCIGUERRA, in VINCIGUERRA - ROSSI - CERESA-GASTALDO, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse (d.lgs. n. 231/2001)*, Padova, 2004, 6-7.

5. I reati che determinano la responsabilità dell'ente

In ossequio all'art. 2 del d.lgs. 231/2001, espressivo del principio di legalità, l'ente non risponde di qualsiasi reato della persona fisica, ma soltanto di quelli espressamente previsti.

Gli artt. 24 e 25 del decreto in discorso prevedono la responsabilità dell'ente con riferimento ai delitti di concussione, corruzione e frode. Questi articoli, presenti nel testo normativo fin dall'inizio, in passato hanno suscitato un vivace dibattito. Difatti, con riguardo al punto citato, il d.lgs. aveva operato una massiccia riduzione delle fattispecie originariamente previste dalla legge delega del 2000, la cui menzione era coerente con l'intento di coprire nella maggior misura possibile i settori in cui, generalmente, si manifesta la criminalità d'impresa. Nella legge delega, infatti, si prevedeva la responsabilità dell'ente anche per fattispecie a tutela dell'ambiente, del territorio e della sicurezza sul lavoro²⁴. La drastica riduzione conseguente alla selezione operata dal d.lgs. aveva destato perplessità ed aveva fatto apparire come sproporzionato l'impianto normativo nel suo complesso, posto che ad una parte generale estesa e tendenzialmente completa e ad una consistente previsione di sanzioni e di disposizioni di natura processuale si contrapponeva una parte speciale piuttosto ridotta²⁵.

In seguito, però, la situazione è cambiata. All'introduzione, da parte del decreto, di un peculiare sistema punitivo destinato ad operare per tutte le fattispecie astrattamente aggiungibili all'elenco esistente, ha fatto fronte, nel corso del tempo, l'introduzione nel testo normativo in discussione di numerose fattispecie di reato da cui può originare la responsabilità dell'ente. Di seguito, le aggiunte più rilevanti nell'ambito di operatività del decreto legislativo, come l'art. 25-ter, relativo ai reati societari; l'art. 25-octies, riguardante i delitti di ricettazione, riciclaggio, autoriciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita; l'art. 24-ter, concernente delitti riconducibili alla criminalità mafiosa o comunque associata; l'art. 25-undecies, che ha introdotto la responsabilità dell'ente per alcuni reati ambientali. Oltre a quelle appena elencate, molte altre fattispecie sono state aggiunte al novero dei reati capaci di originare la responsabilità dell'ente. Spesso, però, la logica seguita dalle riforme non appare chiara

²⁴ Sulle ragioni di una riduzione del catalogo dei reati presupposto della responsabilità amministrativa dell'ente si veda PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, 585 ss.

²⁵ Per PIERGALLINI, *Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, Milano, 2001, 1356, il d.lgs. 231/2001 aveva suscitato l'impressione di essere "un cannone per sparare a qualche passero".

ed omogenea. Si spazia, infatti, dai delitti con finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico a quelli di mutilazione degli organi genitali femminili, da illeciti di tipo informatico a reati colposi commessi con violazione delle norme sulla tutela della salute e della sicurezza sul lavoro. Le numerose, talvolta incoerenti aggiunte, hanno però un merito indiscutibile: il quadro oggi emergente dal d.lgs. 231/2001 appare indubitabilmente più allineato con le moderne esigenze di politica criminale. Appare però opportuno colmare certe lacune, concernenti la mancata introduzione nel catalogo dei reati-presupposto di importanti reati d'impresa, al fine di evitare atteggiamenti giurisprudenziali elusivi del principio di legalità. Essi, infatti, sono giunti ad estendere surrettiziamente la responsabilità dell'ente a reati non previsti dal testo del decreto, come è accaduto nel caso di alcuni dei c.d. delitti-scopo²⁶ riconducibili al reato di associazione a delinquere, nel caso specifico i reati tributari²⁷.

6. I criteri oggettivi di attribuzione della responsabilità all'ente

L'art. 5, 1° co. del d.lgs. 231/2001 sancisce che la commissione di un reato, presente tra quelli elencati dal provvedimento in questione, commesso da determinate categorie di persone legate a vario titolo all'ente, comporta la responsabilità dell'ente stesso solo nel caso in cui sia stato commesso “nel suo interesse o a suo vantaggio”²⁸. Il 2° co. chiarisce che la responsabilità viene meno se l'autore del reato ha agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi. Pur essendo “interesse” e “vantaggio” due termini differenti, non è però tuttora chiaro agli interpreti se l'interesse debba avere una connotazione soggettiva, caratterizzante l'intenzione dell'agente, oppure oggettiva, rappresentando un vantaggio che si riverbera comunque sull'ente. Prendendo le mosse

²⁶ Va segnalato che di recente, condivisibilmente, Cass. pen., sez. VI, 20 dicembre 2013, n. 3635, in *Cass. Pen.*, 2014, 1534, con nota di SILVESTRI, *Questioni aperte in tema di profitto confiscabile nei confronti degli enti: la confiscabilità dei risparmi di spesa, la individuazione del profitto derivante dal reato associativo*, ha censurato tale impostazione, sottolineando come non si possa attribuire rilevanza ai fini della disciplina ex d.lgs. 231/2001 ai delitti scopo di cui all'art. 416 c.p., pena la trasformazione di quest'ultima norma “in una disposizione aperta dal contenuto elastico, potenzialmente idonea a ricomprendere nel novero dei reati-presupposto qualsiasi fattispecie di reato”, in palese violazione del principio di tassatività.

²⁷ In argomento, si rinvia a D'ARCANGELO, *La responsabilità degli enti per i delitti tributari dopo le SS.UU. 1235/10*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2011, fasc. 4, 125 ss.

²⁸ Sul punto, si rinvia alla monografia di SELVAGGI, *L'interesse dell'ente collettivo quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato*, Napoli, 2006; si vedano anche SANTORIELLO, *I requisiti dell'interesse e del vantaggio della società nell'ambito della responsabilità da reato dell'ente collettivo*, in *Rivista 231*, 2014, 46 ss.; nonché SILVESTRI, *L'interpretazione dei concetti di “interesse” e “vantaggio” dell'ente*, in *Rivista 231*, 2014, 221 ss.

dal dato letterale, da una lettura sistematica dell'articolo in questione e dalla Relazione Governativa al testo normativo in esame è probabilmente opportuno propendere per la prima impostazione, relegando invece il vantaggio a un dato oggettivo²⁹. La responsabilità dell'ente sarebbe quindi esclusa solo nel caso in cui il soggetto autore del reato agisca nell'interesse proprio o di terzi³⁰.

Nel caso di reati colposi, si è posta la questione della compatibilità dell'interesse e del vantaggio dell'ente in relazione a fattispecie di tale natura. Al riguardo, in dottrina sono emerse due posizioni divergenti. Secondo la prima, i criteri di imputazione in esame si riferiscono al reato nella sua complessità, e quindi anche all'evento, che nei reati colposi non può essere voluto dall'agente. Seguendo questa tesi è ben difficile individuare l'interesse o il vantaggio dell'ente in connessione al verificarsi del reato colposo³¹. La seconda delle posizioni in esame sostiene, invece, la compatibilità tra l'interesse o il vantaggio dell'ente e la fattispecie colposa³², basandosi su una ricostruzione per cui i due elementi possono non riferirsi all'evento, bensì alla sola condotta, e si può evidenziare come quest'ultima impostazione abbia trovato l'avallo della giurisprudenza, dapprima in diverse sentenze di merito³³, poi in sede di legittimità, in occasione della sentenza 38343/2014 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, conclusiva del noto "Caso Thyssenkrupp". Significativo il passo della sentenza per il quale "vi è perfetta compatibilità tra inosservanza della prescrizione cautelare ed esito vantaggioso per l'ente"³⁴.

²⁹ Per RONCO, voce "Responsabilità delle persone giuridiche (diritto penale)", in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XXVII, Roma, 2002, 7, la Relazione suggerisce un'interpretazione oggettivistica del termine vantaggio. L'Autore osserva che quando all'ente sia derivato un vantaggio, sebbene il soggetto abbia agito nell'esclusivo interesse proprio o di terzi, in base alle indicazioni della Relazione si dovrebbe giungere ad escludere una responsabilità dell'ente. Dello stesso avviso RORDORF, *I criteri di attribuzione della responsabilità. I modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire i reati*, in *Le Soc.*, 2001, 1300.

³⁰ Si deve sottolineare come la Corte di Cassazione abbia affermato che la responsabilità da reato dell'ente non è esclusa quando l'ente abbia avuto un interesse non esclusivo, ma soltanto concorrente, con quello del soggetto persona fisica che ha commesso il reato presupposto. In tal senso Cass. pen., sez. V, 28 novembre 2013, n. 10265.

³¹ Cfr. SILVESTRI, *L'interpretazione dei concetti*, cit., 225.

³² Per una disamina delle varie correnti dottrinali che sostengono la compatibilità dell'interesse e del vantaggio dell'ente con la natura colposa di alcuni dei reati-presupposto, si veda EPIDENDIO – PIFFER, *La responsabilità degli enti per reati colposi*, in *D.lgs. 231/2001: dieci anni di esperienze*, in *Soc.*, 2011, 35 ss.

³³ Cfr. Corte d'ass. Torino, 14 novembre 2011, n. 31095.

³⁴ Si veda Cass. pen., sez. un., 18 novembre 2014, n. 38343.

7. I criteri soggettivi di imputazione della responsabilità all'ente; le cause di esonero della responsabilità

I criteri soggettivi di imputazione della responsabilità all'ente sono ricavabili dal complesso degli artt. 5, 6 e 7 del d.lgs. 231/2001. Dalla loro lettura appare subito chiaro che il tipo di rapporto funzionale che lega l'autore del reato all'ente influisce sui criteri di imputazione della responsabilità all'ente stesso.

L'art. 5, 1° co. del suddetto decreto distingue, tra le persone fisiche legate all'ente, i soggetti in posizione apicale da quelli sottoposti all'altrui direzione e vigilanza. I primi sono coloro i quali rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale, nonché persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso; i secondi, invece, sono i soggetti sottoposti alla direzione o vigilanza di uno dei soggetti indicati nel periodo precedente.

L'art. 6, 1° co. chiarisce che, nel caso di reato commesso da un soggetto in posizione apicale, l'ente non risponde se prova che: l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo; le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione; non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo deputato alla funzione di controllo. È opportuno evidenziare come, nel caso di soggetti in posizione apicale, sarà estremamente difficile per l'ente dimostrare che l'operato di un soggetto in grado di rappresentarlo ed orientarne le decisioni sia estraneo all'ente stesso.

Nell'eventualità in cui, invece, a commettere il reato sia un soggetto sottoposto all'altrui direzione o vigilanza, l'art. 7, 1° co. prevede che l'ente sia responsabile se la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza. Il 2° comma, tuttavia, sancisce che, in ogni caso, è esclusa l'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza se l'ente, prima della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un modello di

organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

Le differenze di disciplina si risolvono, in concreto, in una diversità apparente per quanto concerne l'inversione dell'onere della prova. Essa, prevista dall'art. 6, non viene replicata dall'art. 7. Nel momento in cui viene commesso un reato, risulta però evidente come il modello di organizzazione, gestione e controllo predisposto dall'ente non abbia assolto al suo scopo, motivo per cui, anche nel caso descritto dall'art. 7, l'ente dovrà provare di aver adottato un modello almeno astrattamente idoneo al raggiungimento del fine in questione³⁵, di contro la diversità si rivela reale se si guarda al rapporto tra l'inosservanza degli obblighi di vigilanza e la commissione del reato. L'art. 7, infatti, sembra richiedere un nesso causale tra i due elementi, mentre non si può dire lo stesso trattando dell'art. 6. Dunque, nel caso di reato commesso da persona sottoposta all'altrui direzione e vigilanza, la mancanza di un modello di organizzazione idoneo potrebbe non essere, dal punto di vista eziologico, connessa al reato di cui trattasi³⁶, facendo così venire meno la possibilità di attribuire la responsabilità all'ente nel caso in questione. Al contrario, in caso di mancata predisposizione dei suddetti modelli, in caso di reati commessi da soggetti in posizione apicale l'ente non avrà modo di vedersi esonerato da responsabilità.

Con riferimento ai modelli di organizzazione e al complessivo impianto riguardante le cause di esonero della responsabilità predisposto dal decreto, è opportuno cogliere come il Legislatore si sia mosso in un'ottica preventiva, attribuendo importanza in misura maggiore al momento precedente la commissione del reato piuttosto che a quello prettamente sanzionatorio.

Infine, va segnalato come, dal punto di vista dogmatico, le cause di esonero della responsabilità dell'ente siano state inquadrare dalla dottrina ora come elementi incidenti

³⁵ Sul punto RONCO, voce "*Responsabilità delle persone giuridiche (diritto penale)*", cit., 8. L'Autore osserva che richiedere la dimostrazione che il modello sia idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi significa praticare, nella sostanza, anche per il fatto dei sottoposti, la stessa inversione dell'onere della prova a carico dell'ente. Concorde FERRUA, *Le insanabili contraddizioni nella responsabilità dell'impresa*, in *Dir. e Giust.*, 2001, fasc. 29, 80.

³⁶ In tema si veda RORDORF, *I criteri di attribuzione della responsabilità*, cit., 1301, per il quale nel caso di reati commessi da sottoposti la responsabilità dell'ente potrà essere esclusa anche senza la preesistente formale adozione di modelli di organizzazione ogniqualvolta risulti che non vi è stata una qualche violazione dei generici obblighi di direzione e vigilanza, cui comunque i sottoposti devono essere assoggettati.

sulla punibilità³⁷, ora come vere e proprie scusanti³⁸. Il ricorrere delle stesse porrà l'ente al riparo dalle sanzioni amministrative, con l'eccezione della confisca del profitto che l'ente ha tratto dal reato, come emerge dall'art. 6, 5° co. del d.lgs. 231/2001.

8. L'autonomia della responsabilità dell'ente

L'art. 8 del d.lgs. pone una prescrizione peculiare, dal momento che il 1° co. prevede che la responsabilità dell'ente sussista anche quando l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile, oppure quando il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia. I commi 2 e 3 dello stesso decreto stabiliscono che, salvo che la legge disponga diversamente, non si procede nei confronti dell'ente quando è concessa amnistia per un reato in relazione al quale è prevista la sua responsabilità e l'imputato ha rinunciato alla sua applicazione, e che l'ente può rinunciare all'amnistia. Il 1° co. dell'articolo in esame sembra rispondere a ragioni di opportunità. Se tale disciplina mancasse, infatti, in caso di compagini sociali particolarmente complesse, tali da non permettere l'individuazione dell'autore del reato, verrebbe vanificata l'effettività dell'intero provvedimento normativo³⁹.

Posta la questione della valenza da attribuire all'art. 8, non sembra che a tale articolo possa riconoscersi una generale valenza sistematica estendibile al decreto nel suo complesso. La disposizione in questione, infatti, rappresenta un'ipotesi particolare e non coerente con la generale impostazione del provvedimento in esame. Non può pertanto ammettersi alcuna interpretazione estensiva della regola posta dal suddetto articolo. L'accertamento di tutti gli elementi, soggettivi e oggettivi, del reato, resta quindi necessario sul piano generale. Tanto più che l'incertezza circa l'individuazione del reo compromette la corretta verifica della stessa sussistenza della responsabilità dell'ente, poiché, a ben guardare, gli artt. 6 e 7 del d.lgs. ricollegano un cambiamento dei presupposti di responsabilità dell'ente, nonché degli oneri probatori attinenti al suo accertamento, al variare del tipo di rapporto intrattenuto tra l'ente stesso e l'autore del reato⁴⁰.

³⁷ Così, PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 706 ss.

³⁸ In questo senso, DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1136.

³⁹ Si veda la *Relazione al d.lgs. 231/2001*.

⁴⁰ Cfr. VINCIGUERRA, in VINCIGUERRA - ROSSI - CERESA-GASTALDO, *La responsabilità dell'ente*, cit., 13.

Per quanto concerne le cause di estinzione del reato che non escludono la responsabilità dell'ente, sono opportuni alcuni rilievi. Innanzitutto emerge che le cause considerate sono tutte quelle esistenti, con l'esclusione dell'amnistia, in secondo luogo, però, va rilevato che esse lasciano inalterata la punibilità dell'ente solo quando si verifichino a contestazione già avviata, come ricavabile dall'art. 59 del d.lgs. in discorso, seppur in via indiretta. Anche se, è pur vero, anche il verificarsi di una causa di estinzione del reato, così come la mancata individuazione del suo autore, impedisce il completo accertamento di tutti gli elementi oggettivi e soggettivi dell'illecito penale. Il potere di contestazione e di applicare la sanzione permane anche con riguardo alla prescrizione del reato presupposto, se essa matura a contestazione già avvenuta⁴¹. Infatti, l'art. 60 del d.lgs. esclude la possibilità di contestazione all'ente solo nel caso in cui il reato alla base della responsabilità dello stesso sia già estinto per prescrizione. Infine, relativamente all'amnistia, sembrerebbe che le disposizioni dell'art. 8, 1° comma, riguardanti la stessa siano destinate a valere solo in quanto non derogate dai singoli provvedimenti normativi.

9. Le sanzioni applicabili all'ente

Il sistema sanzionatorio emergente dagli artt. 9 e ss. del d.lgs. 231/2001 presenta caratteristiche peculiari. Il motivo è costituito dal fatto che tale sistema è concepito per avere come destinatario l'ente e non la persona fisica. Il sistema, abbandonata la tradizionale distinzione tra pene principali e accessorie, si fonda essenzialmente su sanzioni di natura pecuniaria e interdittiva, cui si aggiungono la confisca e la pubblicazione della sentenza.

L'art. 9, al 1° co., chiarisce che le sanzioni per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato sono la sanzione pecuniaria, le sanzioni interdittive, la confisca e la pubblicazione della sentenza.

Con riguardo alla sanzione pecuniaria, l'art. 10, co. 1°, sancisce che per l'illecito amministrativo dipendente da reato essa si applica sempre. Tale sanzione, quindi, si rivela indefettibile per l'ente, e se ne ricava che non è prevista alcuna forma di sospensione condizionale della pena, inoltre, in relazione a questo punto, va sottolineato come tale impostazione potrebbe dischiudere uno scenario penalizzante per le piccole

⁴¹ Sul punto, ancora, VINCIGUERRA, in VINCIGUERRA - ROSSI - CERESA-GASTALDO, *La responsabilità dell'ente*, cit., 15.

aziende, infatti con riguardo ad esse l'esperienza insegna che spesso non sussiste un effettivo discrimine tra impresa ed imprenditore, motivo per cui l'irrogazione della sanzione pecuniaria potrebbe tradursi, in questi casi, in una duplicazione della sanzione inflitta alla persona fisica, con il rischio di violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale⁴².

Al 2° co. dello stesso articolo è stabilito che la sanzione pecuniaria va applicata per quote in un numero non inferiore a cento né superiore a mille. Ai fini della commisurazione della sanzione pecuniaria soccorre l'art. 11, il quale, al 1° co, dispone che nella commisurazione della stessa il giudice determina il numero delle quote tenendo conto della gravità del fatto, del grado della responsabilità dell'ente, oltre che dell'attività svolta per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto e per prevenire la commissione di ulteriori illeciti. Il comma successivo poi prevede che l'importo della quota sia fissato sulla base delle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente, allo scopo di assicurare l'efficacia della sanzione, e qui emerge la generale attenzione dell'impianto sanzionatorio in questione per il principio di effettività, cosicché, come risultato, la sanzione dovrebbe finire per rivelarsi proporzionata non solo al disvalore oggettivo e soggettivo del reato, ma anche adeguata alla capacità patrimoniale effettiva dell'ente cui si applica, così da non risultare trascurabile o, al contrario, eccessiva.

L'art. 12 del decreto in oggetto, tra i casi di riduzione della pena pecuniaria, prevede al 1° co. il caso in cui l'autore del reato ha commesso il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi e l'ente non ne ha ricavato vantaggio o ne ha ricavato un vantaggio minimo e quello in cui il danno patrimoniale cagionato è di particolare tenuità. Al 2° co. sono menzionate le situazioni in cui l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal senso, oppure quelle nelle quali è stato adottato e reso operativo un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi. Tale ultimo caso è inquadrabile in una prospettiva di prevenzione speciale.

Passando all'esame delle sanzioni interdittive, va evidenziato sin da subito che esse non sono applicabili in via esclusiva, aggiungendosi, eventualmente, alla pena pecuniaria. Tale caratteristica, tuttavia, non deve trarre in inganno, infatti le sanzioni del tipo in questione, incidono profondamente sull'attività e sulla vita stessa dell'ente, e, in

⁴² Sul tema, PIERGALLINI, *Sistema sanzionatorio*, cit., 1358.

più, esse sono applicabili in via cautelare, e costituiscono quindi uno strumento di prevenzione generale di possibile applicazione immediata⁴³.

Ai sensi del 2° co. dell'art. 9 le sanzioni interdittive sono le seguenti: l'interdizione dall'esercizio dell'attività; la sospensione o la revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; il divieto di pubblicizzare beni o servizi.

Dalla lettura dell'art. 13 emerge che le sanzioni interdittive si applicano, in relazione ai reati per i quali sono espressamente previste, quando l'ente ha tratto dal reato un profitto di rilevante entità ed il reato è stato commesso da soggetti in posizione apicale ovvero da soggetti sottoposti all'altrui direzione se, in questo caso, la commissione del reato è stata determinata o agevolata da gravi carenze organizzative, oppure quando si verifica una reiterazione degli illeciti.

Ancora, l'art. 14 stabilisce che le sanzioni interdittive hanno ad oggetto la specifica attività alla quale si riferisce l'illecito dell'ente. Il giudice ne determina il tipo e la durata sulla base dei criteri indicati nell'articolo 11, tenendo conto dell'idoneità delle singole sanzioni a prevenire illeciti del tipo di quello commesso.

Il d.lgs. concede all'ente la possibilità di attivarsi per evitare di vedersi irrogate le sanzioni del tipo in questione. Secondo l'art. 17, infatti, ferma l'applicazione delle sanzioni pecuniarie, le sanzioni interdittive non si applicano quando, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, concorrono le seguenti condizioni: l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal senso; l'ente ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; l'ente ha messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca.

Un articolo particolare è l'art. 15. Esso stabilisce che, se sussistono i presupposti per l'applicazione di una sanzione interdittiva che determina l'interruzione dell'attività dell'ente, il giudice, in luogo dell'applicazione della sanzione, dispone la prosecuzione

⁴³ Sul punto, RONCO, voce "*Responsabilità delle persone giuridiche (diritto penale)*", cit., 10.

dell'attività dell'ente da parte di un commissario⁴⁴ per un periodo pari alla durata della pena interdittiva che sarebbe stata applicata, quando ricorre almeno una delle seguenti condizioni: l'ente svolge un pubblico servizio o un servizio di pubblica necessità la cui interruzione può provocare un grave pregiudizio alla collettività; oppure l'interruzione dell'attività dell'ente può provocare, tenuto conto delle sue dimensioni e delle condizioni economiche del territorio in cui è situato, rilevanti ripercussioni sull'occupazione. Da evidenziare che, nell'ambito dei compiti e dei poteri indicati dal giudice, il commissario cura l'adozione e l'efficace attuazione dei modelli di organizzazione e di controllo idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; che il profitto derivante dalla prosecuzione dell'attività viene confiscato; e che la prosecuzione dell'attività da parte del commissario non può essere disposta quando l'interruzione dell'attività consegue all'applicazione in via definitiva di una sanzione interdittiva.

Le condizioni per l'applicazione in via definitiva di una sanzione interdittiva sono descritte dall'art. 16.

Quanto alla sanzione della confisca, l'art. 19 sancisce, al 1° co., che nei confronti dell'ente sia sempre disposta, con la sentenza di condanna, la confisca del prezzo o del profitto del reato, salvo che per la parte che può essere restituita al danneggiato. Sono fatti salvi i diritti acquisiti dai terzi in buona fede. Il 2° co., invece, prevede che, quando non è possibile eseguire la confisca a norma del comma 1, la stessa può avere ad oggetto somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente al prezzo o al profitto del reato. Tale ultima disposizione sancisce l'ingresso della c.d. confisca per equivalente nel sistema sanzionatorio del d.lgs. in esame. Va sottolineato che la confisca, più che a una funzione punitiva, assolve a una funzione restitutoria, e per questo non è interessata da una ricerca della proporzionalità né da eventuali limiti di valore.

Discussa è stata, nell'ambito della responsabilità in esame, la nozione di profitto del reato. Le tesi contrapposte sono fondamentalmente due⁴⁵. Per la prima il profitto andrebbe inteso come "lordo", cioè come il corrispondente di tutta l'utilità economica

⁴⁴ Tenuto conto che con le statuizioni contenute nella sentenza di condanna devono essere indicati i compiti e i poteri del commissario, la normativa finisce per attribuire al giudice facoltà di carattere più imprenditoriale che giudiziario. Al riguardo, nuovamente, RONCO, voce "*Responsabilità delle persone giuridiche (diritto penale)*", cit., 10.

⁴⁵ Al riguardo, cfr., per tutti, ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di DOLCINI – PALIERO, III, Milano, 2006, 2103 ss.

derivante dal reato commesso, mentre, per la seconda delle posizioni in questione, il profitto sarebbe rappresentato dal profitto “netto”, rappresentato da un vantaggio economico ulteriore rispetto a quello lecito, ed è doveroso riportare come le Sezioni Unite della Cassazione, con la sentenza 26654/2008, sembrerebbero avvicinarsi maggiormente alla seconda fra le due tesi⁴⁶.

Infine, l’art. 18 prevede che la pubblicazione della sentenza di condanna possa essere disposta quando nei confronti dell’ente viene applicata una sanzione interdittiva.

La pubblicazione della sentenza è eseguita, a cura della cancelleria del giudice, a spese dell’ente.

10. I gruppi di società: introduzione

Per l’analisi del fenomeno dei gruppi di società è opportuno cominciare dal concetto di articolazione del rischio d’impresa. Articolare il rischio d’impresa significa adottare strumenti giuridici capaci di consentire ad un soggetto di porre a rischio soltanto una parte del proprio patrimonio nello svolgimento di una pluralità di attività di tipo imprenditoriale. In questo modo, è possibile derogare al principio generale espresso dall’art. 2740 c.c. in tema di responsabilità del debitore, principio per cui “il debitore risponde dell’adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri”. Nella società moderna, caratterizzata da un’economia fortemente dinamica, un’aspirazione di questo tipo da parte del mondo imprenditoriale è più che comprensibile. Tra le altre cose, essa appartiene a una più ampia mira avvertita dal diritto commerciale: la perimetrazione del rischio di un’attività produttiva, che verrà poi valutata, in concreto, dal mercato in cui si inserisce. Il Legislatore, sensibile a queste esigenze, ha contribuito a tutelarle apprestando degli strumenti giuridici utili per il conseguimento dello scopo in questione. È in questo contesto che si inserisce la costituzione, sul piano giuridico, di un gruppo di società.

Una seconda premessa indispensabile per comprendere il fenomeno in questione riguarda la nozione di “controllo”. Le nozioni di controllo presenti nel nostro ordinamento, in realtà, sono più d’una e non sempre coincidenti, e ai nostri fini interessa quella riportata dall’art. 2359 c.c., ai sensi del quale sono considerate società controllate: le società in cui un’altra società dispone della maggioranza dei voti

⁴⁶ Cfr. Cass. pen., sez. un., 27 marzo 2008, n. 26654, in *Foro it.*, II, 36 ss.

esercitabili nell'assemblea ordinaria; le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa. I tre tipi di controllo menzionati nell'articolo in discorso possono essere denominati, rispettivamente: controllo di diritto; controllo di fatto; controllo contrattuale. In relazione alle prime due ipotesi, gioca un ruolo anche il c.d. controllo indiretto, motivo per cui si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta, mentre non si computano i voti spettanti per conto di terzi.

È doveroso sottolineare che l'art. 2359 c.c. è dettato con riferimento alle società per azioni (s.p.a.), ma la dottrina lo ritiene applicabile, quanto alla definizione di controllo, anche ad altri tipi societari. Inoltre, dall'articolo in questione emerge come non siano rilevanti i casi in cui il controllo sia detenuto da una persona fisica o da un ente non societario.

Il verificarsi di una situazione di controllo con le caratteristiche sopra descritte comporta l'applicazione di un'apposita disciplina, diretta verso scopi molteplici. Il primo di questi è quello di accentuare gli obblighi di vigilanza da parte degli organi amministrativi e di controllo della controllante sull'attività delle società controllate. A tale esigenza rispondono gli artt. 2381, co. 5, e 2403-*bis*, co. 2 c.c. Il primo stabilisce che gli organi delegati curino che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, e che riferiscano al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, con la periodicità fissata dallo statuto e in ogni caso almeno ogni sei mesi, sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione, nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate. L'art. 2403-*bis*, co. 2 c.c., invece, prevede che il collegio sindacale possa chiedere agli amministratori notizie, anche con riferimento a società controllate, sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari. Inoltre, può scambiare informazioni con i corrispondenti organi delle società controllate in merito ai sistemi di amministrazione e controllo ed all'andamento generale dell'attività sociale⁴⁷. La ragione di tali disposizioni origina dal fatto che

⁴⁷ In generale, sulla circolazione di informazioni tra i diversi organi, cfr. GIORGI, *Libertà di informazione e dovere di riservatezza degli amministratori nei gruppi di società*, Torino, 2005.

l'andamento delle società controllate esplica un'influenza sulla società controllante, e, per questo motivo, gli organi di quest'ultima devono tenerlo in considerazione.

Un secondo fine individuabile è quello di fornire, su un piano generale, una corretta ed adeguata informazione, a tutti i soggetti interessati, in merito alla sussistenza del controllo e all'andamento generale della controllante e delle controllate. Questa esigenza viene valorizzata mediante varie disposizioni codicistiche volte a far emergere determinati dati e informazioni dalle scritture contabili accessibili ai terzi⁴⁸.

A tal proposito, l'art. 2424 c.c. impone di indicare, in apposite voci dello stato patrimoniale, le partecipazioni detenute in altre società e i rapporti finanziari, ossia crediti, debiti e garanzie, intercorrenti tra società controllante e società controllate.

Ai sensi dell'art. 2428 c.c., la relazione sulla gestione redatta dagli amministratori a corredo del bilancio deve riguardare la situazione della società, l'andamento e il risultato della gestione nel suo complesso e nei vari settori in cui essa ha operato, anche attraverso imprese controllate.

L'art. 2429 c.c., infine, stabilisce che si debba depositare, nella sede della società controllante, insieme al bilancio della stessa, copia integrale dell'ultimo bilancio delle società controllate.

Al perseguimento dello scopo in esame risponde, inoltre, l'obbligo, previsto dalla l. 127/1991, di predisporre il bilancio consolidato. Da esso è possibile ricavare la situazione patrimoniale, finanziaria ed economica della società controllante e di quelle controllate considerate nel loro insieme. Nel bilancio consolidato sono elisi i valori delle partecipazioni detenute dalla controllante nelle controllate, i crediti e i debiti tra le società incluse nel consolidamento, i proventi e gli oneri derivanti dai rapporti intercorsi tra le stesse, gli utili e le perdite conseguenti a tali rapporti. In questo modo, a venire in rilievo è il risultato dell'attività delle società in questione nei confronti dei terzi, e non quello da esse realizzato operando tra loro. L'art. 25 l. 127/1991 prevede l'obbligo di redigere il bilancio consolidato per le società di capitali che controllano un'impresa, ma la nozione di controllo, in questa sede, non è perfettamente coincidente con quella codicistica richiamata in precedenza.

Una terza esigenza tutelata attraverso il complesso di disciplina in discorso consiste nel tentare di garantire la conservazione del capitale sociale della società controllante e

⁴⁸ Cfr. SBISÀ, in MARCHETTI – BIANCHI – GHEZZI – NOTARI, *Commentario alla riforma delle società. Vol. 11: Direzione e coordinamento. Artt. 2497-2497-septies c.c.*, Milano, 2012, sub. art. 2497, co. 1-2, 13 ss.

delle controllate nell'evenienza di operazioni che intercorrono tra le società in discorso, nonché nel cercare di evitare il verificarsi di alterazioni nei meccanismi di formazione delle maggioranze assembleari. Di tali obiettivi si occupano, ancora una volta, alcune previsioni codicistiche.

Secondo l'art. 2359-*bis* c.c. la società controllata non può acquistare azioni o quote della società controllante, se non nei limiti degli utili distribuibili e delle riserve disponibili risultanti dall'ultimo bilancio regolarmente approvato, possono essere acquistate soltanto azioni interamente liberate e, inoltre, l'acquisto deve essere autorizzato dall'assemblea a norma del secondo comma dell'art. 2357 c.c. Viene anche specificato che in nessun caso il valore nominale delle azioni acquistate può eccedere la quinta parte del capitale della società controllante qualora questa sia una società che faccia ricorso al mercato del capitale di rischio, e, a tal fine, si tiene conto delle azioni possedute dalla medesima società controllante o dalle società da essa controllate. Da segnalare è che, una volta avvenuto l'acquisto in questione, la società controllata da altra società non può esercitare il diritto di voto nelle assemblee di questa.

Adirittura, secondo quanto stabilisce l'art. 2359-*ter* c.c., le azioni o quote acquistate in violazione dell'articolo 2359-*bis* c.c. devono essere alienate secondo modalità da determinarsi dall'assemblea entro un anno dal loro acquisto. In mancanza, la società controllante deve procedere senza indugio al loro annullamento e alla corrispondente riduzione del capitale, con rimborso secondo i criteri fissati per il recesso.

L'art. 2359-*quinqies* c.c., invece, sancisce che la società controllata non può sottoscrivere azioni o quote della società controllante. Le azioni o quote sottoscritte in violazione del divieto appena accennato si intendono sottoscritte e devono essere liberate dagli amministratori, nel caso non dimostrino di essere esenti da colpa.

In conclusione, riguardo al fenomeno del controllo, può evidenziarsi come emerga una visione volta a fornire una rappresentazione unitaria delle società controllante e controllate, almeno sotto il profilo economico, e si può già anticipare come tale logica interessi anche la disciplina dei gruppi di società.

11. I gruppi di società: definizione e genesi della disciplina

I gruppi di società possono essere definiti come delle forme organizzative nell'ambito delle quali un soggetto, il c.d. capogruppo, esercita un'attività di direzione e coordinamento nei confronti di altre società, le quali, però, mantengono la loro autonomia sul piano giuridico e patrimoniale⁴⁹.

Appartenere ad un gruppo, per le singole società coinvolte, può rivelarsi fonte di benefici come di rischi. Un esempio del primo caso può essere un maggiore potere contrattuale, mentre, quanto al secondo, si può menzionare il caso in cui il soggetto a capo del gruppo, nel perseguire una politica di gruppo vantaggiosa per esso e quindi per il capogruppo stesso, impartisca direttive pregiudizievoli per alcune società, in vantaggio di altre.

I soggetti più vulnerabili, in relazione ai gruppi di società, sono i soci di minoranza e i creditori sociali di società sottoposte all'attività di direzione e coordinamento, per il caso che queste ultime si vedano costrette a subire iniziative per loro pregiudizievoli intraprese dal capogruppo.

Fino al 2003 non era presente nell'ordinamento italiano una disciplina apposita relativa ai gruppi di società. Solo nel T.U.B. e nel T.U.F. erano presenti delle discipline dettate, rispettivamente, per i gruppi bancari e per quelli finanziari. Pertanto, le discussioni vertevano sulla necessità o meno di una disciplina specifica che si rivolgesse al fenomeno dei gruppi, e sulla capacità di quella esistente di dare una risposta ai problemi caratterizzanti il fenomeno, come i conflitti d'interesse fra i soggetti coinvolti e la necessità di tutela dei soggetti deboli cui si è accennato nel capoverso precedente⁵⁰. Alla fine, si è deciso per la necessità di una disciplina *ad hoc*. L'intervento decisivo si è avuto con il d.lgs. 6/2003.

La disciplina relativa ai gruppi di società è contenuta nel codice civile, nel capo IX del libro V, agli artt. 2497 ss. Nel silenzio della legge su quali debbano essere i tipi di società coinvolte nell'attività di direzione e coordinamento, si ritiene che la normativa si applichi a tutti i tipi di società, comprese quelle di persone⁵¹.

⁴⁹ Cfr. Cass. civ., sez. I, 17 aprile 2007, n. 9143; Cass. civ., sez. I, 12 giugno 2015, n. 12254.

⁵⁰ Per un quadro completo sul punto si veda RONDINONE, voce *Società (gruppi di)*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione commerciale, Aggiornamento vol. 5*, Torino, 2009, 594 ss.

⁵¹ Sul punto, *ex multis*, RONDINONE, voce *Società (gruppi di)*, cit., 602; SBISÀ, in *Commentario alla riforma delle società*, cit., sub. art. 2497, co. 1-2, 69; TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010, 14, 21, 127; in generale, sui gruppi di società di persone, cfr. GARCEA, *I gruppi di società di persone*, Napoli, 2008.

12. L'attività di direzione e coordinamento

Presupposto per l'applicabilità della disciplina introdotta nel paragrafo precedente è l'esercizio, da parte del soggetto capogruppo, di un'attività di direzione e coordinamento. Il Legislatore, però, non chiarisce in che cosa consista tale attività, di conseguenza sorgono alcune difficoltà interpretative. Normalmente, essa si traduce in questo: il soggetto capogruppo svolge un'attività di pianificazione in relazione alle principali scelte imprenditoriali attinenti alle società del gruppo, in forza di una più ampia politica di gruppo, attività da cui consegue l'attività di direzione e coordinamento esercitata mediante direttive impartite alle diverse società del gruppo, ovviamente tendenti verso la direzione prescelta⁵².

Precedentemente all'introduzione dell'attuale disciplina, la dottrina e la giurisprudenza si erano interrogate in merito alla liceità o meno dell'esercizio di siffatta attività. Infatti, l'operato degli organi delle distinte società, dovrebbe essere caratterizzato da una generale autonomia. Con l'introduzione della disciplina del 2003, pur non contenendo essa una definizione dell'attività in questione e un espresso accoglimento della legittimità della medesima, si può trarre comunque un generalizzato riconoscimento della liceità della stessa, purché non vengano lesi i principi fissati dalle norme in questione⁵³.

Il Legislatore introduce una presunzione relativa con riguardo all'esistenza e all'esercizio di un'attività di direzione e coordinamento. L'art. 2497-*sexies*, infatti, stabilisce che si presume, salvo prova contraria, che l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci o che comunque le controlla ai sensi dell'art. 2359 c.c.⁵⁴.

L'art. 2497-*septies* c.c. prevede, inoltre, che le disposizioni del capo IX si applichino altresì alla società o all'ente che, fuori dalle ipotesi di cui all'articolo 2497-*sexies* c.c., eserciti attività di direzione e coordinamento di società sulla base di un contratto con le società medesime o di clausole dei loro statuti.

⁵² Cfr., tra gli altri, MONTALENTI, *Impresa, società di capitali, mercati finanziari*, Torino, 2017, 229; TOMBARI, *Diritto dei gruppi*, cit., 24 ss.

⁵³ Al riguardo, nuovamente, TOMBARI, *Diritto dei gruppi*, cit., 12, 35.

⁵⁴ Sul punto si veda, ad es., PICCIAU, in MARCHETTI – BIANCHI – GHEZZI – NOTARI, *Commentario alla riforma delle società. Vol. 11: Direzione e coordinamento. Artt. 2497-2497-septies c.c.*, Milano, 2012, sub. art. 2497-*sexies*, 345 ss.

13. Le norme fisiologiche

Le norme riguardanti aspetti c.d. fisiologici relativi al fenomeno dei gruppi di società hanno, fra i principali obiettivi, quello di garantire la massima trasparenza ed informazione in ordine: all'esistenza del gruppo; alle operazioni poste in essere nell'ambito dello stesso e ai loro effetti; alle motivazioni sottese all'assunzione di determinate decisioni adottate sotto l'influenza del soggetto a capo del gruppo.

Il motivo di siffatto scopo origina da fatto che l'esistenza del gruppo può determinare situazioni particolari, differenti da quelle che si verrebbero a creare qualora lo stesso mancasse. Donde l'esigenza di tutelare, a livello di corretta informazione, i soggetti terzi in contatto con il gruppo, o potenzialmente tali, così come i possibili soci o quelli di minoranza già presenti⁵⁵.

D'interesse per il primo dei summenzionati obiettivi è l'art. 2497-bis c.c. In esso è previsto che la società debba indicare la società o l'ente alla cui attività di direzione e coordinamento è soggetta negli atti e nella corrispondenza, nonché mediante iscrizione, a cura degli amministratori, presso la sezione del registro delle imprese di cui al comma 2 dello stesso articolo, secondo il quale è istituita presso il registro delle imprese un'apposita sezione nella quale sono indicate le società o gli enti che esercitano attività di direzione e coordinamento e quelle che vi sono soggette.

Gli amministratori che omettono la suddetta indicazione ovvero l'iscrizione, o le mantengono quando la soggezione è cessata, sono responsabili dei danni che la mancata conoscenza di tali fatti abbia recato ai soci o ai terzi.

All'iscrizione nel registro delle imprese prevista dalla norma in esame viene, generalmente, riconosciuto il valore di pubblicità-notizia⁵⁶.

Relativamente al secondo fine entra nuovamente in gioco l'art. 2497-bis c.c. Infatti, per il 4° co., la società deve esporre, in apposita sezione della nota integrativa, un prospetto riepilogativo dei dati essenziali dell'ultimo bilancio della società o dell'ente che esercita su di essa l'attività di direzione e coordinamento. Quanto al 5° co., in esso è stabilito che gli amministratori debbano indicare nella relazione sulla gestione i rapporti

⁵⁵ Sul tema, cfr. CARIELLO, *La pubblicità del gruppo (art. 2497-bis c.c.): la trasparenza dell'attività di direzione e coordinamento tra staticità e dinamismo*, in *Riv. dir. soc.*, 2009, 466 ss.

⁵⁶ Si veda CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. soc.*, 2003, 1258; TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, cit., 29; in giurisprudenza, Cass. civ., sez. I, 7 ottobre 2019, n. 24943; contra, WEIGMANN, *I gruppi di società*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di AMBROSINI, II, Torino, 2005, 49, secondo cui, invece, la pubblicità in questione avrebbe efficacia dichiarativa.

intercorsi con chi esercita l'attività di direzione e coordinamento e con le altre società che vi sono soggette, nonché l'effetto che tale attività ha avuto sull'esercizio dell'impresa sociale e sui suoi risultati.

Il discorso sul terzo e ultimo fine tra quelli elencati, invece, coinvolge l'art. 2497-ter c.c. Esso, infatti, prevede che le decisioni delle società soggette ad attività di direzione e coordinamento, quando da questa influenzate, debbono essere analiticamente motivate e recare puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione⁵⁷. Di esse viene dato adeguato conto nella relazione sulla gestione, soggetta a pubblicità in base all'art. 2435, di modo che i terzi possano prendere consapevolezza delle suddette informazioni.

Dalle disposizioni riportate negli ultimi capoversi appare chiaro come la relazione sulla gestione, accessibile ai terzi, si riveli un documento importantissimo per avere una visione completa in ordine all'operatività del gruppo.

14. Le norme relative a situazioni patologiche

Le norme del tipo riportato nel titolo del paragrafo in questione sono dirette ad arginare le possibili distorsioni concernenti l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento.

La principale previsione in quest'ottica è l'art. 2497 c.c. Esso è stato posto dal Legislatore addirittura all'inizio del capo IX. Prendendo a riferimento la norma in esame, si può notare che, nell'ambito della disciplina sui gruppi, sia stata operata una scelta di campo ben precisa. Infatti, risulta chiaro come si sia optato per una tutela obbligatoria o risarcitoria dei soci e dei creditori della società soggetta ad attività di direzione e coordinamento, a scapito di una tutela reale o invalidatoria. Questa scelta appare peraltro coerente, se si tiene conto del fatto che la disciplina in discussione non ha ad oggetto singoli atti, ma l'attività di direzione e coordinamento considerata nel suo complesso.

È ora opportuno soffermarsi sulle statuizioni dell'articolo summenzionato. Esso sancisce che le società o gli enti, i quali, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società

⁵⁷ Sul punto SCOGNAMIGLIO, *Motivazioni delle decisioni e governo del gruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 757.

medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società. 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.

Risponde in solido chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio.

Il socio ed il creditore sociale possono agire contro la società o l'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento, solo se non sono stati soddisfatti dalla società soggetta all'attività di direzione e coordinamento.

Sono doverose alcune annotazioni. In tema di danno al socio, è apparsa prevalente la tesi secondo cui il pregiudizio rilevante non sarebbe altro se non una conseguenza del danno arrecato al patrimonio della società soggetta all'attività di direzione e coordinamento. Il danno subito dal socio dovrebbe, quindi, considerarsi, in questo caso, indiretto⁵⁸. Ciò porterebbe ad uno scostamento dai principi generali, in quanto, in caso di danno indiretto, il socio non può generalmente esercitare l'azione individuale data dall'art. 2395 c.c.

In secondo luogo, l'attività di direzione e coordinamento deve essere svolta da una società o un ente: si limita così l'ambito di applicazione dell'articolo in questione ai soli soggetti diversi dalle persone fisiche. Ciò ha portato ad accese discussioni sull'opportunità di tale scelta⁵⁹ e sulla possibilità di configurare nei confronti della persona fisica coinvolta un'azione di diritto comune.

Il richiamo ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale ha dato vita ad alcune questioni. Da un lato, il loro accertamento da parte dell'autorità giudiziaria è nient'affatto immediato. Dall'altro lato, è stato paventato il rischio che così si apra la strada ad una valutazione giudiziale delle decisioni assunte nei gruppi, in contrasto con gli standard giurisprudenziali, oggi fermi nell'accoglimento della c.d. *business judgement rule*, la quale preclude una valutazione *ex post* delle scelte poste in essere

⁵⁸ Di questo avviso, tra i tanti, GUIZZI, *Eterodirezione dell'attività sociale e responsabilità per mala gestio nel nuovo diritto dei gruppi*, Riv. dir. com. e dir. gen. obbl., 2009, 448; JORIO, *I gruppi*, in *La riforma delle società*, a cura di AMBROSINI, Torino, 2003, 201; LA MARCA, *Il danno alla partecipazione azionaria*, Milano, 2012, 382 ss.

⁵⁹ Cfr., per tutti, GUIZZI, *Eterodirezione*, cit., 449; RONDINONE, voce *Società (gruppi di)*, cit., 603.

dagli amministratori di una società, eccetto il caso in cui le stesse non siano razionali o basate su un'inadeguata informazione preventiva⁶⁰.

Un altro punto da evidenziare riguarda la giustificazione alla base della clausola di esclusione della responsabilità. Essa appare coerente con l'impianto complessivo della disciplina e la natura del fenomeno dei gruppi, in quanto, nell'ambito di cui trattasi, è opportuno utilizzare un criterio valutativo che guardi al complesso dell'attività esercitata, tenendo conto dei molteplici rapporti in essere nel gruppo, nonché dei possibili vantaggi, c.d. compensativi, che una società può trarre dall'appartenenza allo stesso, oppure da altre operazioni in grado di compensare, nell'ambito di una complessiva linea imprenditoriale, un pregiudizio precedentemente subito. Da notare che i vantaggi compensativi, sul piano processuale, devono essere eccepiti e provati dal convenuto, ma solamente nel caso in cui essi non risultino dalla relazione sulla gestione⁶¹.

Avendo riguardo alla possibilità, per i soci e i creditori sociali, di agire contro il capogruppo nel caso non siano stati soddisfatti dalla società soggetta all'attività di direzione e coordinamento, sorgono alcune perplessità. La disposizione in discorso, infatti, è ben comprensibile se si fa riferimento ai creditori sociali e ai principi generali in materia. D'altra parte, risulta ben più problematica nel momento in cui si passa ad esaminare la posizione dei soci. Più precisamente, non si comprende come il socio di una società, pur soggetta ad attività di direzione e coordinamento, possa ottenere dalla stessa soddisfazione per un pregiudizio arrecatogli da un'altra società o un altro ente. Se, come accennato sopra, il danno per il quale il socio chiede il risarcimento è quello subito in via immediata dalla società eterodiretta, quest'ultima non solo subirebbe un pregiudizio dal capogruppo, ma si vedrebbe anche costretta a risarcire di tale pregiudizio i propri soci⁶². Per di più, essendo il soddisfacimento a spese della società di cui fa parte anche il socio attore, esso avverrebbe anche a spese del socio stesso⁶³, oltre che dei creditori sociali e degli altri soci danneggiati.

⁶⁰ RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Le soc.*, 5, 2004, 542, parla di un confine pericolosamente labile tra la regola giuridica e la *business judgment rule*.

⁶¹ In questo senso, WEIGMANN, *I gruppi*, cit., 47.

⁶² Parla di esito paradossale JORIO, *I gruppi*, cit., 201.

⁶³ Sul punto, SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. Comm.*, 2003, 667.

Infine, parecchio discussa è la natura della responsabilità di cui all'art. 2497 c.c. Non è un problema di poco momento, poiché dalla soluzione prescelta possono derivare importanti conseguenze, attinenti all'onere della prova⁶⁴, al regime di prescrizione e al danno risarcibile. La Relazione al d.lgs. 6/2003 classifica la responsabilità in questione come di stampo fondamentalmente aquiliano⁶⁵, e necessariamente del capogruppo direttamente verso i danneggiati. Tuttavia, la dottrina maggioritaria e la più recente giurisprudenza considerano la responsabilità in discorso come di natura contrattuale⁶⁶, in quanto derivante dalla violazione di obblighi giuridici preesistenti.

15. I finanziamenti intra-gruppo

I finanziamenti intra-gruppo sono, appunto, dei finanziamenti effettuati, nell'ambito di un gruppo, dal capogruppo o da una società appositamente dedicata in favore di altre società appartenenti al gruppo stesso⁶⁷. Spesso tale strumento viene utilizzato per porre rimedio ad una situazione di sottocapitalizzazione che affligge alcune società del gruppo medesimo. Per evitare che una simile forma di finanziamento pregiudichi gli altri creditori, il Legislatore ha introdotto per le s.r.l. una norma apposita, l'art. 2467 c.c., la quale viene espressamente richiamata dall'art. 2497-*quinquies* c.c., in relazione ai gruppi di società.

Secondo l'articolo responsabile del rinvio, ai finanziamenti effettuati a favore della società da chi esercita attività di direzione e coordinamento nei suoi confronti o da altri soggetti ad essa sottoposti si applica l'articolo 2467 c.c.

L'articolo richiamato prevede, al 1° co., che il rimborso dei finanziamenti dei soci a favore della società sia postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori.

Il 2° co. chiarisce che s'intendono finanziamenti dei soci a favore della società quelli, in qualsiasi forma effettuati, che sono stati concessi in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento.

⁶⁴ Su questo si vedano, tra i tanti, GIOVANNINI, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, Milano, 2007, 121 ss.; SACCHI, *Sulla responsabilità*, cit., 668 ss.

⁶⁵ Relazione al d.lgs. 6/2003.

⁶⁶ Cfr., tra i tanti, GIOVANNINI, *La responsabilità*, cit., 110 ss.; RORDORF, *I gruppi*, cit., 545; SACCHI, *Sulla responsabilità*, cit., 668 ss.; nonché WEIGMANN, *I gruppi*, cit., 44 ss.

⁶⁷ In argomento si veda, in generale, DACCÒ, *L'accentramento della tesoreria nei gruppi di società*, Milano, 2002.

16. Il recesso nei gruppi di società

Con l'obiettivo di tutelare i soci di minoranza delle società soggette ad attività di direzione e coordinamento a fronte di eventi capaci di modificare le condizioni di rischio dell'investimento, il Legislatore ha introdotto, con l'art. 2947-*quater* c.c., alcuni casi di recesso. Essi vanno a sommarsi a quelli previsti in relazione ai singoli tipi societari. Prima di esaminare l'articolo in questione, va ricordato che il recesso, pur essendo uno strumento di tutela per i soci di minoranza delle società eterodirette, può comportare effetti negativi per la società e i creditori sociali, i quali vedono diminuire il patrimonio della società in questione, salvo il diritto di opposizione dei creditori in caso di riduzione del capitale sociale.

L'articolo citato stabilisce che il socio di società soggetta ad attività di direzione e coordinamento possa recedere: quando la società o l'ente che esercita attività di direzione e coordinamento abbia deliberato una trasformazione che implica il mutamento del suo scopo sociale, ovvero abbia deliberato una modifica del suo oggetto sociale consentendo l'esercizio di attività che alterino in modo sensibile e diretto le condizioni economiche e patrimoniali della società soggetta ad attività di direzione e coordinamento; quando a favore del socio sia stata pronunciata, con decisione esecutiva, condanna di chi esercita attività di direzione e coordinamento ai sensi dell'articolo 2497 c.c. In tal caso il diritto di recesso può essere esercitato soltanto per l'intera partecipazione del socio; all'inizio e alla cessazione dell'attività di direzione e coordinamento, quando non si tratta di una società con azioni quotate in mercati regolamentati e ne deriva un'alterazione delle condizioni di rischio dell'investimento e non venga promossa un'offerta pubblica di acquisto.

Si applicano, a seconda dei casi ed in quanto compatibili, le disposizioni previste per il diritto di recesso del socio nella società per azioni o in quella a responsabilità limitata.

In aggiunta al rilievo per cui l'ultima disposizione richiamata suscita notevoli difficoltà applicative, sono opportune alcune considerazioni.

Innanzitutto, è da notare che, nel primo e nel secondo caso di possibile recesso, la circostanza legittimante il diritto di recesso riguarda una società diversa da quella cui si partecipa.

In secondo luogo, è da sottolineare come il criterio, relativo al secondo caso, dell'alterazione sensibile e diretta delle condizioni economiche e patrimoniali della società soggetta ad attività di direzione e coordinamento, sia di difficile accertamento nei casi concreti, con il rischio, quindi, di possibili contestazioni.

Inoltre, il diritto di recesso previsto per il caso in cui a favore del socio sia stata pronunciata, con decisione esecutiva, condanna di chi esercita attività di direzione e coordinamento, comporta una conseguenza singolare. Infatti, l'esercizio di tale diritto potrà produrre effetti negativi, anche sotto il profilo patrimoniale, per la società eterodiretta, e non, almeno non direttamente, nei confronti del capogruppo, che invece ha posto in essere gli abusi.

In conclusione, due considerazioni in relazione all'ultima ipotesi. Per prima cosa, si ritiene che il recesso sia esercitabile anche quando vi sia una modificazione soggettiva in ordine alla figura del capogruppo⁶⁸. Infine, è da notare come sia difficile dimostrare, in concreto, la sussistenza del requisito dell'alterazione di rischio dell'investimento⁶⁹.

⁶⁸ Si veda CARUSO, *Inizio e cessazione della direzione e coordinamento e recesso del socio*, Torino, 2012, 83.

⁶⁹ Cfr. CARUSO, *Inizio e cessazione*, cit., 125.

CAPITOLO SECONDO

RESPONSABILITÀ DA REATO DEGLI ENTI E GRUPPI DI SOCIETÀ. PROBLEMI DI COMPATIBILITÀ: LE PROPOSTE DOTTRINALI PER UNA SOLUZIONE

1. Introduzione. Il problema dell'applicabilità della disciplina del d.lgs. 231/2001 in presenza di un gruppo di società

Dall'analisi del d.lgs. 231/2001 risulta subito evidente come il testo normativo in questione non si occupi in nessun punto dell'evenienza in cui una società, potenzialmente responsabile secondo la disciplina in discussione, appartenga a un gruppo. Ciò desta parecchie perplessità.

Innanzitutto, nella moderna economia, estremamente dinamica e globalizzata, oltre che ricca di competenze specialistiche, il fenomeno dei gruppi ha assunto una dimensione e un'importanza assolutamente rilevanti. Avendo riguardo a un profilo qualitativo, le società più importanti sotto il profilo economico, capaci di investimenti ingenti e con il capitale più elevato, a volte aventi un peso tale da orientare interi settori economici, e quindi la vita di molti individui, appartengono sempre più spesso a un gruppo di società. Sotto un profilo quantitativo, il gruppo è un fenomeno sempre più diffuso nel mondo imprenditoriale, e ciò per via delle indubbie potenzialità che offre: la possibilità di delimitare in più parti distinte l'attività d'impresa, sia sotto il profilo squisitamente tecnico, che sotto quello gestionale, si accompagna all'opportunità di limitazione, in termini giuridico-economici, del rischio d'impresa. I gruppi, quindi, per come si presentano nell'odierna realtà socio-economica, costituiscono un fenomeno non trascurabile, e in grado di arrecare pregiudizi a beni individuali e collettivi in misura molto vasta, spesso in misura maggiore rispetto a società isolate.

Inoltre, il fenomeno dei gruppi, subendo una distorsione ad opera di chi lo mette in atto, può rivelare un'elevata capacità criminogena. Infatti, con il gruppo viene portata all'estremo quella "spersonalizzazione" dell'attività d'impresa che già caratterizza le società. Da ciò possono derivare delle precise conseguenze. Infatti, la difficoltà spesso riscontrabile nel rintracciare l'origine di un fenomeno criminoso annidantesi nei meandri di un gruppo, accompagnata alla capacità disinibente data dall'appartenenza a un sistema economico complesso in cui le responsabilità e la titolarità di azioni e

decisioni spesso risultano poco chiare, o comunque più sfumate del normale, possono rappresentare per i soggetti appartenenti ad una società di un gruppo un forte incentivo a commettere reati.

Tenendo presente i fattori sopra esposti, non stupisce che nel progetto di riforma della parte generale del codice penale a cura della Commissione Grosso, da cui il d.lgs. 231/2001 ha ereditato diverse soluzioni, nella versione approvata in data 26 maggio 2001, si dedicasse al fenomeno dei gruppi l'art. 121, co. 3, il quale recitava: "Se il fatto è stato commesso nell'ambito di una attività sottoposta alla direzione o controllo da parte di altra persona giuridica, la responsabilità ai sensi di questo titolo si estende alla persona giuridica che esercita la direzione o il controllo, indipendentemente dalle condizioni di cui al comma 2". Questa soluzione non è poi stata accolta e trasposta in un testo legislativo. La scelta della Commissione denotava un atteggiamento marcatamente rigoristico nell'evenienza di reati commessi in presenza di un gruppo, ma aveva due pregi: aver preso in considerazione il problema e aver cercato di dare una soluzione (non importa qui se condivisibile o meno) chiara ed esplicita alla questione.

Alla luce di queste considerazioni, può venire spontaneo chiedersi quali motivi possano aver indotto il Legislatore del 2001 a non prendere in considerazione il fenomeno dei gruppi di società nel contesto della responsabilità da reato degli enti. Cosa che appare ancora più singolare data la crescente attenzione per i gruppi dimostrata dall'ordinamento nell'ultimo ventennio, come testimoniato dal d.lgs. 6/2003.

Il primo motivo, probabilmente, è di ordine cronologico. La riforma del diritto societario che ha dato riconoscimento all'attività di direzione e coordinamento è datata 2003, mentre il d.lgs. 231/2001, che affonda le sue radici nella legge delega del 2000, risale a un periodo precedente. Ciò può indurre a giustificare un atteggiamento di iniziale disinteresse del Legislatore del 2001 riguardo al tema, ma non spiega la successiva immobilità al riguardo.

Un altro aspetto da considerare è l'estrema indeterminatezza del concetto di gruppo. Lo stesso Legislatore del 2003 ha rinunciato a definirlo, spinto, almeno stando a quanto dichiarato nella Relazione che ha accompagnato il d.lgs. 6/2003, dal motivo che il fenomeno in questione è estremamente variegato e mutevole⁷⁰.

⁷⁰ Cfr. *Relazione al d.lgs. 231/2001*.

Inoltre si potrebbero fare delle illazioni, che in assenza di riscontri concreti non potrebbero in nessun modo assumere un valore più significativo. Si può cominciare da un'asserita incapacità di regolare il fenomeno, per terminare con una non volontà di farlo dettata da timori ed immobilismo. Si può sconfinare in ipotesi concernenti presunte attività di tipo lobbistico messe in atto in via ufficiosa da importanti attori dello scenario economico per scongiurare un'eventuale attenzione normativa al fenomeno dei gruppi nell'ottica del d.lgs. 231/2001, al fine di non veder pregiudicate le possibilità offerte da una rigida compartimentazione in tema di ascrizione della responsabilità agli enti, così da poter elaborare, nell'ambito dei gruppi e quindi anche attraverso precise scelte concernenti le società controllate, strategie imprenditoriali economicamente più efficaci e maggiormente al riparo dal rischio di sanzioni. Tuttavia queste congetture, non corroborate da informazioni esistenti, non possono vedersi attribuito un reale valore.

Quali che siano le motivazioni per cui il Legislatore ha pretermesso qualsiasi cenno al fenomeno dei gruppi nell'ambito della responsabilità da reato degli enti non è dato sapere. In ogni caso, non ci si può esimere dall'evidenziare come, in presenza di una lacuna così importante, il compito di provare a colmarla non può che essere affidato agli interpreti. Lasciare questo fardello sulle spalle di studiosi, avvocati e magistrati, tuttavia, può comportare degli inconvenienti. Infatti, è vero che una soluzione affidata all'interpretazione può portare a risultati più duttili e a una migliore capacità di adattamento, elementi più che benvenuti quando ci si rivolge ad un fenomeno così indefinito e cangiante, oltre che complesso, ma tutto ciò può anche rivelarsi un pericolo. A fronte di lacune incolmabili, si può incorrere in tentativi di piegare il testo normativo a precisi scopi, rispondenti ad esempio a esigenze repressive, con esiti fortemente capaci di minare principi come quello di legalità e quello di personalità della responsabilità penale, punti cardine dell'ordinamento.

La difficoltà di calare la complicatissima realtà dei gruppi di società nell'altrettanto complicato apparato normativo predisposto dal d.lgs. 231/2001 è innegabile, ma ciò non impedisce di augurarsi che in futuro il Legislatore possa affrontare il tema, se non altro perché un intervento di natura normativa, ovviamente se ben elaborato, è l'unico vero modo per dissipare dubbi ed incertezze che interessano un tema delicatissimo, vista la sua pregnanza in ambito sociale ed economico.

Dovendo, in ogni caso, confrontarsi con la situazione attuale, non ci si può esimere dall'affrontare il problema, al fine di vagliare la possibilità di applicare la disciplina della responsabilità da reato degli enti in caso di reati commessi nell'ambito di un gruppo. Nell'analisi di tale tematica si seguirà un ordine strutturato come segue. Dapprima si vaglieranno le tesi concernenti la possibilità di una responsabilità del gruppo o della controllante in sé considerati, poi si proseguirà con l'esame di quelle che cercano di fondare la responsabilità della controllante a partire dalla posizione dei soggetti appartenenti alla stessa; da ultimo, si analizzeranno le posizioni intente a fondare la responsabilità della capogruppo valutando la posizione dei soggetti della controllata. Infine, si cercherà di capire quali possano essere le possibili soluzioni ai problemi presentati.

C'è subito un punto fondamentale da chiarire per comprendere l'analisi svolta nel presente lavoro: ogni tesi oggetto d'attenzione si concentrerà su un particolare aspetto, lasciando aperta la possibilità che possano essere integrati in senso affermativo gli altri parametri la cui presenza risulta ineludibile ai fini di una configurabilità della responsabilità *ex d.lgs. 231/2001*.

Senza mai trascurare l'imprescindibile rispetto del dato normativo e dei principi fondamentali della materia, nel prosieguo del presente capitolo si analizzeranno quindi i principali tentativi di soluzione al problema elaborati nel panorama giuridico, nella speranza di far emergere, dal punto di vista ontologico, elementi di chiarezza e con l'obiettivo, oltre che l'augurio, che tali approdi possano ispirare efficaci soluzioni pratiche.

2. Prima tesi. Il gruppo come soggetto responsabile *ex d.lgs. 231/2001*

Veniamo alla prima delle tesi proponibili nel tentativo di fornire una soluzione al problema illustrato nel paragrafo precedente. Si potrebbe ipotizzare che il gruppo, in sé considerato, possa essere un soggetto destinatario della disciplina apprestata dal d.lgs. 231/2001. Per fare un esempio concreto, si consideri il caso in cui un soggetto, in posizione apicale, di una società appartenente ad un gruppo (sia essa la controllante o una controllata) commetta un reato nell'interesse dello stesso, ma in mancanza di uno specifico interesse riferibile anche a una sola delle società che lo compongono. In questo caso l'ente cui il soggetto appartiene non sarebbe perseguibile, per via dei criteri

posti dall'art. 5 co. 2 del suddetto decreto legislativo. Bisogna chiedersi se, in un caso come questo, sarà possibile ritenere il gruppo in sé e per sé responsabile dell'illecito amministrativo dipendente dal reato⁷¹. Il quesito merita di essere posto, ma, senza troppa difficoltà, può constatarsi che questa ricostruzione non risulta percorribile.

Partendo dal dato letterale, si prenda in considerazione l'art. 1 del d.lgs. 231/2001. Il primo comma dell'articolo in esame chiarisce che il decreto disciplina la responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato. Si potrebbe essere spinti a chiedersi se il gruppo possa ricompreso nel generico termine "enti" utilizzato nel comma in analisi. Proseguendo nella lettura dell'articolo, però, appare evidente come l'espressione utilizzata non miri a definire una categoria di soggetti, ma costituisca solamente una formula generica, marcatamente atecnica, che i commi 2 e 3 dello stesso articolo si assumono il compito di specificare⁷². L'art. 1, co. 2, del provvedimento in questione stabilisce che le disposizioni in esso previste si applichino "agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica". Il comma 3 chiarisce poi quali siano le esclusioni da riferire alla formula del comma precedente. Le disposizioni in esame non fanno nessun riferimento al gruppo, né considerato come soggetto a sé stante, autonomo e distinto rispetto alle società che lo compongono, né in quanto entità che, per le caratteristiche e gli interessi che la connotano, possa assumere una rilevanza qualificata nell'ottica dell'apparato repressivo predisposto dal decreto. Non resta che cercare di capire se il gruppo possa ricondursi a uno dei soggetti elencati dalla disciplina positiva. Andando con ordine, seguendo la lettera dell'articolo in esame, si può pensare al gruppo come ad un ente fornito di personalità giuridica. Tale concetto rappresenta sicuramente qualcosa di non ancora perfettamente definito⁷³, ma implica la presenza di un soggetto di diritto avente, oltre, appunto, la soggettività giuridica, anche la capacità giuridica e quella d'agire. Non

⁷¹ Cfr. SCAROINA E., *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo d'impresa*, Milano, 2006, 220.

⁷² Si veda, in questo senso, BEVILACQUA F.C., *Responsabilità da reato ex D. LGS. 231/2001 e gruppi di società*, Milano, 2010, 40.

⁷³ Ad esempio secondo GALGANO F., *Persona giuridica*, in *Digesto Disc. Priv., Sez. Civ.*, Torino, 1995, 402-403, il problema delle persone giuridiche oggi è, in ultima analisi, il problema della determinazione delle condizioni d'uso del concetto di persona giuridica. La persona giuridica è solo "uno strumento del linguaggio giuridico, utile per riassumere – insostituibile, anzi, in questa sua funzione semantica – una complessa disciplina normativa di rapporti intercorrenti tra persone fisiche". È interessante notare come l'Autore, a proposito del gruppo, nella stessa opera, a p. 393, affermi che proprio nei gruppi di società, in cui all'unità dell'impresa fa riscontro la pluralità delle società che li compongono, "la persona giuridica rivela la propria natura di mera tecnica, che è tecnica di separazione di rischi e di responsabilità, relative ai diversi rami o settori o mercati dell'unica impresa".

è questa la sede per passare in rassegna le differenti impostazioni riguardanti il concetto di personalità giuridica, ma, ai fini del presente lavoro, è sufficiente evidenziare come, qualunque interpretazione si scelga della nozione, il gruppo di società non può assumere, nella configurazione attuale del nostro ordinamento, la personalità giuridica. Esso, infatti, si presenta come un agglomerato di autonomi soggetti di diritto, non un'entità distinta da essi. Non possiede una caratterizzazione definita in termini giuridici, e non è possibile, allo stato attuale, considerarlo passibile di essere ricondotto ad un concetto unitario e autonomo, definibile con precisione. Sicuramente non è idoneo ad assumere la capacità giuridica, e a maggior ragione quella d'agire. La legge delega 300/2000, all'art. 11 co. 1, utilizzava un'espressione diversa quando parlava di "disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle società, associazioni od enti privi di personalità giuridica". La formula finale, di sapore residuale, se intesa in senso lato, avrebbe forse potuto rappresentare un appiglio al tentativo di ricondurre il gruppo, inteso come generica entità diversa dalle persone fisiche, al concetto di "enti privi di personalità giuridica"⁷⁴. Tuttavia la mancata riproposizione della suddetta formulazione rende superflua ogni discussione al riguardo.

A fini di completezza, in riferimento all'espressione usata al comma 1, si può però analizzare il concetto stesso di ente, facendo riferimento anche ai riferimenti presenti nel d.lgs. 231/2001, al fine di constatare come il gruppo non possa neanche qualificarsi come un ente genericamente inteso. Secondo un'opinione che pare sufficientemente consolidata, per parlare di ente occorre poter riscontrare, in capo a una generica entità collettiva, una organizzazione strutturale, fosse anche in misura minima⁷⁵. Dal d.lgs. 231/2001 emerge come l'ente, ai fini del provvedimento normativo in discussione, per essere responsabile (e quindi passibile di sanzione) debba essere dotato di un'organizzazione autonoma, di un interesse ad esso riconducibile, di un autonomo patrimonio⁷⁶. È evidente la difficoltà di rintracciare questi elementi in un

⁷⁴ Così anche BEVILACQUA F.C., *Responsabilità da reato*, cit., 40.

⁷⁵ In questo senso STORTONI L. – TASSINARI D., *La responsabilità degli enti: quale natura? Quali soggetti?*, in *Ind. Pen.*, 2006, 24, i quali sottolineano come il fatto che il concetto stesso di "ente" richieda un *minimum* di organizzazione strutturale sia deducibile anche dal meccanismo di imputazione fondato sui modelli organizzativi.

⁷⁶ Si veda PALIERO C.M. – PALAZZO F., *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007, 2292; cfr. anche BASSI A. – EPIDENDIO E., *Enti e responsabilità da reato Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano, 2006, 57.

gruppo di società, se si cerca di considerarli in modo autonomo e staccato dalle società che del gruppo costituiscono la sostanza.

Volendo, a fini di completezza, riprendere l'elencazione del comma 2, oltre a mettere da parte le perplessità appena evidenziate, si può passare quindi a valutare la possibilità di far rientrare il gruppo nelle successive categorie menzionate dal comma in esame, e cioè le società e le associazioni anche prive di personalità giuridica. Tuttavia neanche questa opzione sembra percorribile, dal momento che sia le società sia le associazioni sono interessate, nel nostro ordinamento, da una specifica disciplina positiva, incompatibile con il gruppo di società. Il gruppo non è sicuramente una società priva di personalità giuridica, caratteristica connotante le società di persone, né, tantomeno, può ricondursi al concetto di associazione. Ai fini del presente lavoro, appare chiaro come il termine "associazioni" sia stato usato dal Legislatore delegato facendo riferimento alla tipologia di ente disciplinata nel Titolo II del Libro I del codice civile. Di certo, il gruppo non è compatibile con la nozione di associazione riconosciuta, ma neanche con quella di associazione non riconosciuta, tra le altre cose connotata da uno scopo non lucrativo, elemento contrario all'essenza stessa del gruppo⁷⁷.

A ben vedere, è addirittura dubbio che il gruppo possa configurarsi come dotato di soggettività giuridica⁷⁸. Un soggetto di diritto, infatti, è caratterizzato dalla possibilità di divenire titolare di situazioni giuridiche soggettive, attive e passive. La soggettività giuridica consiste, infatti, nella possibilità di costituire un centro determinato di imputazione di tali situazioni⁷⁹. E il gruppo non parrebbe capace di assumere una tale qualifica, non potendo essere configurato come centro d'imputazione autonomo e distinto dalle sue componenti. Saranno le società che lo compongono a divenire, di volta in volta, titolari delle situazioni del tipo sopra descritto.

In conclusione, un gruppo di società non può essere di per sé un soggetto responsabile in base al d.lgs. 231/2001. La disciplina si rivolge a enti certamente collettivi, ma singoli, definiti e inscrivibili in precise categorie giuridiche. Un insieme di

⁷⁷ Nello stesso senso BEVILACQUA F.C., *Responsabilità da reato*, cit., 39.

⁷⁸ Sul tema si vedano DE GIORGI M.V., *Dalle persone giuridiche agli enti "non profit"*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da RESCIGNO P., vol. 2, seconda edizione, Torino, 1999, 279; GALGANO F., *Persona giuridica*, cit. 392; GALGANO F., *Delle persone giuridiche*, Art. 11-35, seconda edizione, in SCIALOJA – BRANCA, *Commentario del codice civile*, Bologna, 2006; GALLO P., *Soggetto di diritto*, in *Digesto Disc. Priv.*, sez. civ., XVIII, Torino, 1998, 576; PELLIZZI G.I., voce, *Soggettività giuridica*, in *Enc. Giur.*, XXIX, Ist. Enc. It. Treccani, Roma, 1993; SCALFI G., voce *Soggettività giuridica*, in *Enc. Giur.*, XXIII, Ist. Enc. It. Treccani, Roma, 1990;.

⁷⁹ Così GALLO P., *Soggetto di diritto*, cit., 577.

persone fisiche accomunate da un fine, costituita una società, può delinquere e andare incontro a delle conseguenze. Lo stesso non si può dire per un aggregato di entità collettive, di società sospinte da un interesse latamente condiviso. E responsabilizzare un'unione di tipo societario negando lo stesso trattamento a un'aggregazione di società in forma di gruppo non deve apparire un paradosso: il gruppo, infatti, non costituisce un soggetto autonomo, distinto e indipendente dalle società che ad esso danno vita⁸⁰.

È opportuno riportare alcuni spunti autorevoli a sostegno di quanto fin qui esposto. Esponenti della dottrina italiana, anche propendenti per la natura unitaria dell'impresa facente capo al gruppo, non ritengono superabile il vincolo della distinta personalità giuridica delle società, giudicando inammissibile la riconduzione del gruppo ad un unico soggetto di diritto⁸¹. Difficile poi non trovarsi d'accordo con chi, mettendo in guardia da derive repressive in ambito penalistico, sostiene che “non sarebbe corretto pensare di attualizzare la questione dell'autonomia del diritto penale, spingendo verso un superamento della personalità giuridica, vista come uno schema formalistico, di cui si dovrebbe, ove possibile “squarciare il velo””⁸². Da non trascurare sarebbero, in tale evenienza, i possibili effetti distorsivi, derivanti da un'applicazione indiscriminata, non sorretta da una base normativa, delle sanzioni previste dal d.lgs. 231/2001, che si produrrebbero, in senso giuridico ed economico, rispetto alle società del gruppo che non siano in alcun modo responsabili. Ancora, vi è chi ha sostenuto che “il gruppo come tale non è un soggetto di diritto collettivo, un super-ente; lo sono le singole società cui spetta una soggettività distinta e autonoma (magari rafforzata dallo schermo della personalità giuridica)”⁸³. Molto convincente anche chi ha notato che “l'unità di impresa non fa del

⁸⁰ Cfr. sul punto BEVILACQUA F.C., *Responsabilità da reato*, cit., 47.

⁸¹ Si veda GALGANO F., *I gruppi di società*, Torino, 2001, 92.

⁸² In questi termini MILITELLO, *Gli abusi nel patrimonio di società controllate e le relazioni fra appropriazione e distrazione*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1991, 280. Nello stesso senso, cfr. FOFFANI, *Responsabilità delle persone giuridiche e riforma dei reati societari*, in AA.VV., *Societas puniri potest, La responsabilità da reato negli enti collettivi*, a cura di PALAZZO F., Atti del Convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza e dal Dipartimento di diritto comparato e penale dell'Università di Firenze (15-16 marzo 2002) Padova, 2003, 256: “Non potrebbe darsi luogo a conseguenze sanzionatorie né nei confronti del suo insieme, né nei confronti delle singole unità societarie che lo compongono (compresa la stessa capogruppo), stante la riconosciuta autonomia dei rispettivi interessi”. Così pure, infine, DI GIOVINE, *La responsabilità degli enti: lineamenti di un nuovo modello di illecito punitivo*, in *Diritto penale e impresa: un rapporto controverso*, a cura di MANNA A., Milano, 2004, 550, secondo la quale “sfugge all'ambito applicativo del decreto l'ipotesi in cui il reato (per esempio, un falso in bilancio consolidato) sia commesso nell'interesse del gruppo medesimo, piuttosto che della controllante o della controllata”.

⁸³ Così SANTI F., *La responsabilità delle società e degli enti. Modelli di esonero delle imprese. D. Lgs. 8.6.2001, n. 231 D.M. 26.6.2003, n. 201*, Milano, 2004, 201.

gruppo un centro di imputazione della gestione di impresa che deve per contro e in forza del principio dell'autonomia giuridica di ciascuna società al gruppo appartenente, essere imputata ai componenti degli organi amministrativi di ciascuna società secondo le regole del diritto societario comune ed i principi generali che governano la responsabilità penale”⁸⁴.

In una prospettiva comparatistica, si può evidenziare come anche la dottrina tedesca abbia assunto posizioni in linea con quanto sostenuto. È stato infatti sostenuto che “poiché il gruppo in quanto tale non rappresenta un autonomo soggetto di diritto (malgrado la sua unitarietà sotto il profilo economico), la prospettiva accolta nell'esame della singola società autonomamente considerata non sembra applicabile al caso del Konzern: il gruppo non possiede infatti propri organi sociali o collaboratori, né un proprio patrimonio. Per tale motivo non sembra verosimile attribuire al Konzern obblighi di condotta derivanti da norme di rilevanza pubblicistica. E, in mancanza di organi sociali del gruppo, non possono nemmeno esistere i relativi obblighi”, cosicché “le norme di rilevanza pubblicistica non si riferiscono, di regola, al gruppo nella sua unitarietà, ma alle singole società ad esso appartenenti”⁸⁵.

Addirittura una giurisprudenza relativamente risalente, precedente l'introduzione della responsabilità da reato degli enti, affermava che “il fenomeno del collegamento societario non sopporta l'insorgere di un autonomo soggetto di diritto o di un centro di imputazione dei rapporti, diverso dalle società collegate, le quali conservano la rispettiva personalità”⁸⁶. Altra, coeva, giurisprudenza ha sottolineato che “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”⁸⁷.

In conclusione, pur non mancando posizioni in contrasto con quanto esposto, le quali hanno poi ispirato provvedimenti giudiziari la cui condivisibilità verrà vagliata in seguito, può comprendersi come le affermazioni riportate nel presente paragrafo offrano una testimonianza autorevole della solidità dell'impostazione espressa riguardo alla

⁸⁴ In questo senso ACCINNI G.P., *La responsabilità penale degli amministratori nel gruppo di società*, in *Le società*, 1992, 1637.

⁸⁵ Si veda SCHNEIDER, *La sovrapposizione delle norme strutturali e dei doveri organizzativi di rilevanza pubblicistica con il diritto dei gruppi (Riflessioni preliminari in tema di “compliance” nel gruppo)*, in *I gruppi di società*, Atti del Convegno internazionale di studi, Venezia, 16-17-18 novembre 1995, 2089.

⁸⁶ Cfr. Cass., sez. lav., 29 novembre 1996, n. 10688.

⁸⁷ In questi termini, Cass. pen., sez. I, 23 maggio 1997, n. 2787, in *Riv. Dir. Pen. Ec.*, 1997, II, 1386.

prima tesi proposta come possibile soluzione alle problematiche la cui indagine guida il presente lavoro.

2.1 Concetti imperfetti: le sfuggenti nozioni di patrimonio e interesse di gruppo, e i problemi derivanti dal loro utilizzo

Prima di passare all'analisi della successiva tesi offerta come possibile soluzione al problema di compatibilità tra disciplina *ex* d.lgs. 231/2001 e gruppi di società, è opportuno offrire un breve approfondimento su due nozioni problematiche, le quali mettono in luce come il terreno su cui ci si muove sia particolarmente incerto e passibile di scelte di percorso differenti, con il rischio di difficoltà interpretative che si possono tradurre poi in incertezze, se non addirittura forzature, sul lato pratico. Ci si permette tale digressione per via del forte collegamento con il discorso in merito alla difficoltà di inquadramento teorico del fenomeno dei gruppi di società.

Nel paragrafo precedente si è fatta menzione di come, ai fini del d.lgs. 231/2001, gli enti debbano avere determinate caratteristiche pregnanti, quali un'organizzazione propria, un proprio patrimonio, un interesse ad essi riconducibile. Proprio le nozioni di patrimonio ed interesse sollevano particolari difficoltà se si tenta di valorizzarle in congiunzione col fenomeno dei gruppi.

Cominciando dal concetto di patrimonio, può sottolinearsi come, se si volesse persistere nel tentativo di assoggettare a responsabilità da reato i gruppi in sé considerati, potrebbero sorgere delle particolari difficoltà dall'analisi dell'art. 27 del d.lgs. 231/2001. Il comma 1 dello stesso prevede che dell'obbligazione per il pagamento della sanzione pecuniaria risponda soltanto l'ente con il suo patrimonio o con il suo fondo comune⁸⁸. Tale disposizione costituisce un indice ulteriore della difficoltà di inserire il gruppo nel novero dei soggetti destinatari della disciplina in esame. È infatti oltremodo difficile individuare con chiarezza, in via generale, cosa costituisca il patrimonio del gruppo. Tra gli enti menzionati nel decreto figurano, è vero, enti privi di personalità giuridica e autonomia patrimoniale perfetta, quali le società semplici e le associazioni non riconosciute. Tuttavia una distinzione tra patrimonio dei soci e dell'ente rimane possibile anche in questi casi, e, infatti, l'art. 27 d.lgs. 231/2001

⁸⁸ In conformità con la legge delega del 2000, che, all'art. 11, lettera h), sancisce: “prevedere che gli enti rispondono del pagamento della sanzione pecuniaria entro i limiti del fondo comune o del patrimonio sociale”.

valorizza tale possibilità, stabilendo una precisa demarcazione dei patrimoni ai fini della responsabilità, demarcazione assente invece nel codice civile⁸⁹. Il patrimonio del gruppo, invece, non è mai individuabile agevolmente⁹⁰. Infatti, si rivelerebbe complicato, nel momento in cui si volesse applicare una sanzione al gruppo in sé considerato, individuare materialmente i fondi da destinare al pagamento della sanzione.

Un concetto ancora più problematico, nella prospettiva di attribuire una rilevanza qualificata al gruppo da utilizzare quale mezzo per riconoscere come responsabile un ente ai fini della disciplina del 2001, è quello attinente al termine “interesse”, menzionato dall’art. 5 del d.lgs. 231/2001. Ci si può chiedere, infatti, se possa rientrare nel concetto la nozione di “interesse di gruppo”. Risulta chiaro che, allorquando si riuscisse a ricomprendere tale nozione all’interno del parametro di imputazione oggettivo delineato dal decreto, ne deriverebbe una facile estensione della responsabilità all’interno del gruppo⁹¹. Infatti, risulterebbe alquanto più agevole veder integrato il parametro oggettivo se tale concetto venisse ricompreso nel termine in discussione. Tuttavia appare altrettanto chiaro che la nozione di interesse di gruppo che viene fornita da più parti è tutt’altro che univoca e precisa, infatti i risultati cui sono pervenuti i vari operatori del diritto si presentano come disomogenei⁹². Si è detto che l’interesse di gruppo possa essere definito come “il beneficio che l’intero gruppo, e di riflesso, le singole controllate conseguono – o possono fondatamente prevedere di perseguire – in virtù della strategia imprenditoriale perseguita dalla *holding*”⁹³. Si è sostenuto che esso rappresenti “il punto di equilibrio, il centro di convergenza, l’asse di coordinamento tra l’interesse della controllante e l’interesse delle altre società del gruppo”⁹⁴. Ancora, l’interesse di gruppo sarebbe uno dei modi di atteggiarsi del socio di maggioranza⁹⁵. Per altri il gruppo genererebbe “un’interessenza delle sorti comuni, una solidarietà

⁸⁹ In questo senso PECORELLA C., *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, D. lgs. 8 giugno 2001, n. 231, Milano, 2002, 70, secondo la quale in mancanza di una previsione come questa, si sarebbe potuto infliggere una “doppia sanzione (penale prima e amministrativa dopo) in capo alla stessa persona, in quanto autore del reato e socio illimitatamente responsabile della società (ovvero rappresentante dell’associazione)”.

⁹⁰ Cfr. BEVILACQUA F.C., *Responsabilità da reato*, cit., 42.

⁹¹ In questo senso, BEVILACQUA F.C., *Responsabilità da reato*, cit., 74.

⁹² Al riguardo, si veda GIOVANNINI S., *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, Milano, 2007, 152 ss.

⁹³ In questi termini GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto comm. e dir. pubbl. dell’economia*, Padova, 2003, 182.

⁹⁴ Così MONTALENTI P., *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. Comm.*, 1995, 720.

⁹⁵ Si veda DI SABATO F., *Concentrazioni e gruppi nel diritto interno*, in *Giur. Comm.*, 1988, 543.

egoisticamente radicata”⁹⁶. Infine, per qualcuno l’espressione avrebbe una valenza meramente descrittiva, non rilevante dal punto di vista giuridico⁹⁷. Da tutte queste posizioni emerge come una nozione compiutamente definita di interesse di gruppo attualmente non esista.

Nella prospettiva del d.lgs. 231/2001, è opportuno far presente che l’interesse di gruppo dev’essere tenuto distinto dall’interesse delle singole società che compongono lo stesso, sia da quello delle controllate che da quello della controllante⁹⁸. Infatti, l’interesse di gruppo non si identifica con quello di quest’ultima né con quello delle controllate, né tantomeno può essere la risultante di un’operazione di meccanica addizione degli interessi delle varie società del gruppo.

L’art. 5 del d.lgs. 231/2001 prevede che l’ente sia responsabile per i reati commessi nel suo interesse. Proprio l’aggettivo possessivo⁹⁹, in combinazione con quanto detto sulla necessità di tenere distinto l’interesse di gruppo da quello delle singole società, fornisce un’indicazione determinante dell’impossibilità di ricomprendere la nozione di interesse di gruppo nel concetto espresso dal termine “interesse” così come previsto dall’art. 5. L’accertamento del criterio oggettivo di imputazione previsto dall’articolo in discorso quindi, anche nel caso di società appartenente ad un gruppo, non può basarsi sul fatto che l’illecito sia stato commesso in nome di un asserito interesse di gruppo.

Purtroppo, in passato la giurisprudenza si è mossa seguendo la pericolosa strada della valorizzazione dell’interesse di gruppo in relazione all’art. 5 d.lgs. 231/2001. Si è, infatti, giunti ad affermare che “in presenza di gruppi di imprese, il perseguire l’interesse di gruppo attraverso la commissione di un reato, realizza una delle condizioni richieste ai fini dell’integrazione dei criteri d’imputazione oggettiva della responsabilità”¹⁰⁰.

Ma, occorre ribadire, perseguire l’interesse del gruppo non significa necessariamente perseguire l’interesse della singola società. In alcuni casi, perseguire l’interesse di gruppo può significare addirittura andare contro l’interesse di una società ad esso appartenente.

⁹⁶ Al riguardo BUTTARO L., in CARCANO G. – BALZARINI P. – MUCCIARELLI G., *I gruppi di società, Convegno internazionale di studi di Venezia*, Milano, 1996, 740.

⁹⁷ In questi termini PEDRAZZI C., *Dal diritto penale delle società al diritto penale dei gruppi: un difficile percorso*, in CARCANO G. – BALZARINI P. – MUCCIARELLI G., *I gruppi di società*, cit., 1775.

⁹⁸ In tal senso BEVILACQUA F.C., *Responsabilità da reato*, cit., 77.

⁹⁹ Si veda anche BEVILACQUA F.C., *Responsabilità da reato*, cit., 79.

¹⁰⁰ Cfr. Trib. Milano, ord. 26 febbraio 2007, g.u.p. Cerreti.

Un argomento ben diverso, e condivisibile, è quello sulla base del quale si segnala che l'interesse della singola società appartenente ad un gruppo va valutato secondo una prospettiva differente rispetto a quello di una società isolata. Infatti, l'appartenenza al gruppo costringe a valutare le scelte, le attività, i vantaggi di una società sotto una luce diversa, che tenga conto degli equilibri che si vengono ad instaurare in un gruppo, delle opportunità e dei rischi derivanti, per una società, dalla presenza di tale fenomeno, e dalla possibilità di valutare gli effetti dell'attività svolta in un simile contesto in archi temporali ben più lunghi del normale. Tutto ciò, lungi dal rappresentare un'acritica presunzione di congruenza tra interesse di gruppo e interesse della società, costituisce invece un equilibrato punto di vista al fine di una corretta valutazione complessiva in merito all'attività e all'interesse della società oggetto d'attenzione.

In conclusione, il fatto che il perseguimento dell'interesse di gruppo comporti anche quello dell'interesse di una singola società parte di esso dovrà essere verificato concretamente nel caso che si presenta all'interprete, senza presunzioni infondate o salti logici, che rischiano, evidentemente, di incentivare forzature delle disposizioni normative.

3. Seconda tesi. La controllante come soggetto apicale, anche di fatto, della controllata

La seconda delle tesi proposte intende vagliare la possibilità di considerare la società controllante quale soggetto apicale della società soggetta a direzione e coordinamento. A questo riguardo occorre far riferimento all'art. 5 del d.lgs. 231/2001. Ai nostri fini, in esso si prevede che l'ente sia responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente, nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione ed il controllo dello stesso. Bisogna cominciare col chiedersi se tra questi soggetti, c.d. apicali, possa rientrare la società capogruppo.

Va subito rilevato come il termine adoperato dal dettato normativo sia "persone". Tale espressione sembrerebbe, in questo contesto, portare con sé il significato di essere umano, di persona in senso fisico, e non fare riferimento a entità giuridiche astratte. Questa prima possibile obiezione è forse superabile restando sul terreno del confronto linguistico e verbale. Infatti, la dicitura è scarna, generica, si parla di persona, senza

specificare se questa persona sia necessariamente una persona fisica. Il sostantivo quindi, dal punto di vista terminologico, potrebbe ricomprendere tanto le persone fisiche quanto quelle giuridiche¹⁰¹.

Al tal proposito, è interessante notare come la legge delega del 2000 usi, a tal proposito, un'espressione leggermente diversa, e significativa in tal senso. All'art. 11, lettera e), infatti, il provvedimento normativo in questione condiziona la responsabilità dell'ente all'eventualità di reati commessi da "chi svolge funzioni di rappresentanza o di amministrazione ovvero da chi esercita, anche di fatto, poteri di gestione e controllo". L'uso del pronome "chi" appare come un riferimento ancora più generico, rispetto a quello presente nel decreto, in relazione a quali debbano essere i soggetti in posizione apicale capaci di contribuire, con la loro azione criminosa, al sorgere di una responsabilità da reato a carico dell'ente.

Chiarito il primo punto, ipotizzando quindi che si possa ammettere tra le persone indicate dall'articolo anche le persone giuridiche, comprese le società aventi questa caratteristica, il passo successivo consisterà nel verificare se la società controllante possa rivestire funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione della società controllata. Quanto alla rappresentanza, l'affermazione che la controllante possa svolgere tali funzioni in seno alla controllata desterebbe immediate obiezioni, difficilmente superabili. Meno resistenze, invece, si potrebbero avere con riferimento ai termini "amministrazione" e "direzione". E ciò perché tali espressioni, se genericamente intese, potrebbero apparire come riconducibili all'attività di direzione e coordinamento esercitata dalla capogruppo, di cui all'art. 2497 c.c. Non solo. È ormai da tempo stata affermata la possibilità che società di capitali possano assumere funzioni amministrative in una società.

Passando alle qualifiche di fatto e restando nella prospettiva di considerare genericamente i termini utilizzati, si potrebbe attribuire all'attività esercitata dalla società controllante anche i connotati di "gestione e controllo" richiesti dall'articolo in discussione. Tanto più che alcuni in dottrina hanno sostenuto la possibilità di riferire il concetto di controllo presente nel d.lgs. 231/2001 a quello presente nel c.c., all'art. 2359¹⁰², situazione che, tra l'altro, fa scattare, ex art. 2497-sexies c.c., la presunzione di

¹⁰¹ Cfr. sul punto BEVILACQUA F.C., *Responsabilità da reato*, cit., 122.

¹⁰² In argomento RORDORF R., *I criteri di attribuzione della responsabilità. I modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire i reati*, in *Le società*, 2001, n. 11, 1297.

essere in presenza di un'attività di direzione e coordinamento. Al riguardo, però, non mancano voci critiche, secondo le quali le nozioni di controllo e gestione contenute nell'art. 5 del decreto ricordano solo lontanamente quelle di direzione e coordinamento recepite dalla riforma del 2003 del diritto societario¹⁰³. Motivo per cui un'assimilazione delle nozioni, in questo caso, costituirebbe una virata verso forzature interpretative, rischiose anche per il rispetto del principio di legalità¹⁰⁴.

Proseguendo però in un'ottica di conferma della tesi vagliata nel presente paragrafo, se, come si è detto sopra, una società con personalità giuridica può assumere funzioni amministrative, la società controllante, che non rivesta ufficialmente certe cariche, sarebbe però suscettibile di essere considerata, ove se ne verificano le condizioni, un c.d. amministratore di fatto della società controllata. L'art. 2639 c.c. chiarisce che "al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile è equiparato sia chi è tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata, sia chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione". Certo tale disposizione ha valore in ambito civilistico, ma i principi ivi espressi sembrano esportabili ai fini del presente discorso.

Per i ragionamenti appena visti, avendo riguardo solamente alle funzioni esercitate, la società controllante potrebbe apparire in grado di rientrare tra i soggetti elencati dalla lettera a) dell'art.5 del decreto in discorso.

La tesi al vaglio nel presente paragrafo, però, deve fronteggiare alcuni rilievi capaci di impedire l'accettazione della stessa come possibile soluzione al problema indagato nel presente lavoro.

La prima obiezione riguarda il parametro soggettivo c.d. della colpa di organizzazione. I modelli organizzativi sono lo strumento mediante il quale la società può tutelarsi, cercando di scongiurare il rischio di commissione di reati e, nel caso non fosse abbastanza, avendo la possibilità di andare esente da responsabilità. Risulta,

¹⁰³ Sul tema FOFFANI, *Responsabilità*, cit., 255, prima della riforma del diritto societario, rilevava che la suggerita lettura estensiva sarebbe potuta risultare ancor più inammissibile dopo l'introduzione "della nuova disciplina civilistica dei gruppi [...] finalmente ispirata ad un criterio di disciplina esplicito della realtà dei gruppi". RORDORF R., *I criteri*, cit., 1299, nonostante quanto indicato nella nota precedente, definisce "ambiguo" il riferimento alla nozione di controllo previsto dall'art. 5; SALAFIA, *Amministrazione e controllo nella legge delega n. 366 del 2001 e responsabilità amministrativa delle società*, in *Le società*, 2002, 8, ritiene che il Legislatore abbia voluto, tramite il richiamo alle nozioni di gestione e controllo, fare riferimento ai soggetti dotati di poteri di amministrazione effettivamente operativi.

¹⁰⁴ Si veda SCAROINA E., *Societas delinquere potest*, cit., 234.

quindi, piuttosto difficile capire quale mancanza sia addebitabile ad una società controllata per un reato commesso nel suo interesse o a suo vantaggio da un'entità avente una struttura con cui esiste sì un legame, ma su cui la controllata stessa non ha la benché minima possibilità di influire, con la conseguenza di non poter controllare, e neanche influenzare, l'agire di questa entità. Anzi, la capacità di influire su una struttura esterna generalmente farà capo alla controllante. Sarà quindi difficile per una società eterodiretta prevenire, o anche solo cercare di prevenire, la commissione di reati da parte di un soggetto che esercita sulla stessa attività di direzione e coordinamento. Una società può condizionare le azioni di un soggetto apicale in forma di persona fisica, ma è una contraddizione logica addebitarle la responsabilità per non aver saputo predisporre un meccanismo idoneo a prevenire le azioni di un soggetto collettivo e astratto, per di più che esercita un'influenza non trascurabile sulla società in questione. Già questo rilievo rende evidente come cercare di ricomprendere le persone giuridiche tra i soggetti di cui alla lettera a) dell'art. 5 del decreto suoni come una forzatura¹⁰⁵.

Ma vi sono almeno altre due obiezioni, e ancora più pregnanti. La prima è legata al concetto di responsabilità penale. L'art. 5 tratta di una responsabilità dipendente da "reati" commessi dai soggetti in posizione apicale descritti dall'articolo, motivo per cui i soggetti in questione devono commettere, ai fini del decreto, reati, e non illeciti amministrativi dipendenti da reato¹⁰⁶. All'infuori dei casi in cui si aderisce totalmente alle teorie che sostengono la natura penale della responsabilità da reato degli enti introdotta nel 2001, già questo rilievo sembrerebbe consentire di escludere che la disposizione in esame intenda ricomprendere nelle categorie di soggetti che elenca anche le persone giuridiche, e quindi la società controllante. Infatti, dal punto di vista formale, le persone giuridiche tuttora non possono essere ritenute responsabili, nel nostro ordinamento, della commissione di reati. E neanche dal punto di vista sostanziale le posizioni che sostengono questa possibilità possono dirsi in alcun modo consolidate: il consenso da queste incontrato può dirsi tutt'altro che definitivo.

Si potrebbe tentare una difesa della posizione in discussione sostenendo, in un modo che sembrerebbe forzare non poco il dato letterale, che l'espressione "reati commessi" sia una formulazione generica, da intendersi in senso lato. In quest'ottica, i due termini indicherebbero solamente la presenza dell'imprescindibile presupposto per il sorgere

¹⁰⁵ In questi termini BEVILACQUA F.C., *Responsabilità da reato*, cit. 124.

¹⁰⁶ Sul punto si veda, ancora una volta, BEVILACQUA F.C., *Responsabilità da reato*, cit., 123.

della responsabilità dell'ente, ossia la presenza di un reato commesso, oltre che, se si prosegue nella lettura dell'articolo, un collegamento mediato e indiretto con la persona giuridica, nel nostro caso la società controllante, cui è latamente (e vagamente) riconducibile la commissione del reato. Basterebbe quindi un reato commesso nell'ambito di una diversa società, inquadrabile in una posizione qualificata nell'ambito di quella oggetto d'attenzione, per poter considerare la società controllante soggetto capace di attivare la responsabilità *ex d.lgs. 231/2001*.

Tuttavia questo tentativo disperato, e piuttosto contorto, non regge ad un esame lineare del problema. È difficile negare che la formulazione "reati commessi" si riferisca a reati, quindi illeciti di natura penale, commessi, senza la presenza di fattori di mediazione o collegamento, direttamente da persone fisiche, le sole in grado di commetterli nel nostro ordinamento. Pertanto, se un soggetto, per rientrare nel novero di quelli menzionati dall'art. 5 lettera a), deve poter avere la possibilità di commettere reati, allora si capisce come una persona giuridica, nel caso di specie la società controllante, non possa essere ricompresa nella categoria in questione.

Infine vi è un'ultima obiezione, la quale tra tutte risulta risolutiva, poiché dimostra quanto, guardando in profondità, risulti inutile passare al vaglio la tesi considerata nel presente paragrafo. È certamente corretto sostenere che le condotte dei soggetti apicali, anche di fatto, rilevano ai fini del sorgere della responsabilità amministrativa dell'ente cui appartengono. Tuttavia il punto di indagine cui porta la tesi in esame concerne una questione diversa, e cioè se gli illeciti commessi nella società controllata possano comportare una responsabilità per la controllante come soggetto apicale, anche in via di fatto, della controllata stessa. E risulta subito chiaro che non esiste alcuna disposizione normativa che consenta di applicare la disciplina prevista per la responsabilità amministrativa da reato ai soggetti di cui all'articolo 5 d.lgs. 231/2001¹⁰⁷. Il decreto, infatti, disciplina la responsabilità dell'ente, ma non quella del soggetto, in ipotesi in posizione apicale, responsabile della commissione dell'illecito penale. E i termini del

¹⁰⁷ Cfr. DI AMATO A., *I gruppi di società e la responsabilità amministrativa da reato degli enti in Trattato di diritto penale dell'impresa, vol. Decimo*, a cura di DI AVIRRO A., DI AMATO A., Padova, 2009, 259; diffusamente, sul punto, SANTORIELLO C., *La responsabilità amministrativa delle società per gli illeciti commessi nel loro interesse da parte dei cd. gestori di fatto*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2007, 1, 119.

problema non possono certo cambiare per il fatto che il soggetto in questione sia una persona giuridica che per di più non può neanche risultare davvero responsabile di un illecito penale. Perciò, se un soggetto persona fisica si renderà autore del reato presupposto, bisognerà valutare la qualifica di costui sia in rapporto alla società controllante sia in rapporto a quella controllata, e a questo punto il problema ripartirebbe da capo, in quanto, per potersi affermare una potenziale responsabilità amministrativa da reato dell'una o dell'altra società, la verifica dei presupposti di tale responsabilità ricomincerebbe dall'inizio e seguirebbe la tradizionale strada indicata dal decreto.

In conclusione, la tesi che utilizza la possibilità per la controllante di divenire un soggetto in posizione apicale nella controllata al fine di affermare la responsabilità della prima per un reato commesso nell'ambito della seconda prende le mosse da un assunto di base non corretto: ovverosia che la responsabilità amministrativa da reato prevista per gli enti si possa estendere anche al soggetto che quel reato lo ha commesso.

4. Terza tesi. La violazione dei principi di corretta gestione come fonte di responsabilità per la controllante

La terza delle tesi proposte riguarda l'eventualità di rintracciare, nel caso di un reato commesso nell'ambito della controllata, la società coordinata e diretta, una responsabilità della controllante, ponendo a tal fine l'attenzione sul fatto che essa esercita attività di direzione e coordinamento. Tralasciando gli altri criteri d'imputazione, su cui si lascia per il momento aperta l'ipotesi secondo cui gli altri parametri potrebbero essere integrati in un caso del genere, l'analisi si concentrerà in questo paragrafo su un particolare punto. Specificamente, viene da chiedersi se la controllante abbia un dovere di organizzazione nei confronti delle controllate, e, in caso di risposta affermativa, se la violazione di questo sia idonea e sufficiente a fondare una responsabilità da reato anche della controllante stessa nel caso venga commesso uno dei reati rientrante nel novero di quelli indicati nel d.lgs. 231/2001¹⁰⁸. A questo scopo si rende necessario porre l'attenzione sulla normativa civilistica relativa all'attività di direzione e coordinamento, nonché sulle previsioni concernenti i compiti degli amministratori sociali. La ricostruzione condotta a partire dalle potenziali conseguenze

¹⁰⁸ Sul punto si veda, per tutti, BEVILACQUA F.C., *Responsabilità da reato*, cit., 172 ss.

derivanti dall'art. 2497 c.c. potrà fornire dei riscontri interessanti anche volendosi spostare sul piano della responsabilità da reato *ex d.lgs. 231/2001*.

Prima, però, è opportuno cominciare dalla questione relativa all'obbligatorietà o facoltatività dei modelli organizzativi di cui al d.lgs. 231/2001. Il dibattito è acceso in dottrina, ma sembra prevalere la tesi secondo cui per la società si tratterebbe di un mero onere¹⁰⁹. Non sembra, infatti, che l'adozione di tali modelli possa costituire un obbligo giuridico per le società, dal momento che non sono previsti né alcuno strumento coercitivo, né alcuna sanzione in caso di mancata predisposizione degli stessi. Mancando quindi delle previsioni di questo tipo, soprattutto, è giusto notare, ad opera del d.lgs. 231/2001, non sembra che l'adozione, da parte delle società, dei modelli in discorso possa considerarsi un obbligo giuridico. La mancanza dei modelli può certamente contribuire a fondare la responsabilità amministrativa da reato di un ente, ma non è di per sé un elemento illecito. Di conseguenza si può già sgomberare il campo dalla prima questione: una società non può essere ritenuta, in ogni caso, indiscriminatamente, responsabile per il fatto di non aver esercitato l'attività di direzione e coordinamento volgendola nella direzione dell'adozione di modelli organizzativi nell'ambito di una controllata¹¹⁰.

Possono intervenire due puntualizzazioni. La prima volta ad indicare come, sebbene l'affermazione appena fatta abbia valenza generale, esiste però una realtà particolare, quella dei reati presupposto appartenenti all'ambito lavoristico. Infatti, con il d.lgs. 81/2008, e gli interventi successivi, il datore di lavoro ha visto, in capo a sé, il formarsi di obblighi organizzativi così stringenti e peculiari che per alcuni, data la contiguità a certi fini, è divenuta obbligatoria anche l'adozione dei modelli di cui al d.lgs. 231/2001. Ma non è questa la sede per soffermarsi su tale questione, del tutto particolare.

¹⁰⁹ In argomento PEDRAZZI C., *Corporate governance e posizioni di garanzia: nuove prospettive?*, in AA.VV., *Governo d'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, Tomo II, Milano, 2002, 1375, il quale sottolinea come deriverebbero conseguenze inammissibili se si sposasse la tesi che propende per l'obbligo: si aprirebbe, infatti, la strada al riconoscimento di posizioni di garanzia, in modo incompatibile con il rispetto del principio di legalità; nel senso dell'onere anche DE VERO G., *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, 1126; nonché MAIMERI F., *Controlli interni delle banche tra regolamentazione di vigilanza e modelli di organizzazione aziendale*, in *Riv. dir. comm. dir. gen. obbl.*, 2002, 619.

¹¹⁰ Nello stesso senso BEVILACQUA F.C., *Responsabilità da reato*, cit., 174; IRRERA M., *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005, 112.

Un secondo rilievo è invece volto a far constatare come, sebbene non sia considerabile come un obbligo giuridico, l'adozione dei modelli organizzativi di cui si discute stia diventando, o sia già diventata, una vera e propria necessità per le società¹¹¹.

L'attenzione all'immagine della società presso il pubblico, il rischio estremo di non possedere un idoneo *compliance program* in termini di eventuali responsabilità, le richieste del mercato, ad esempio la presenza dei modelli organizzativi fra i requisiti inseriti in alcuni capitolati d'appalto pubblici, tutti questi fattori fanno sì che per molte società dotarsi di tali modelli sia ormai, di fatto, un obbligo.

Tornando però al percorso principale che guida questo paragrafo, si pone un ulteriore quesito. Se non può rinvenirsi un obbligo generalizzato, e quindi una fonte di responsabilità, in relazione all'adozione dei modelli organizzativi, viene da chiedersi se esista la possibilità di rintracciare un obbligo di questo tipo che sia specifico¹¹², a determinate condizioni, per alcuni dei soggetti passibili di vedersi riconosciuta una responsabilità amministrativa da reato. Ai nostri fini, i soggetti su cui interessa soffermarsi sono le società facenti parte di un gruppo in veste di controllanti.

Si parta dal testo dell'art. 2497 c.c. Come riportato nel primo capitolo, in esso si prevede che le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, siano direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società. Bisogna chiedersi se tale disposizione abbia un peso per quanto riguarda i modelli organizzativi atti a prevenire reati. Sembra abbastanza difficile contestare l'assunto per cui, data l'esistenza dell'articolo sopra riportato, una società controllante debba interessarsi in modo sufficiente dei profili organizzativi, all'interno delle controllate, che hanno un impatto sul piano del rispetto della legalità e, in particolare, della prevenzione dei reati.

¹¹¹ CERNUTO G. ha evidenziato la tendenza del legislatore a rendere "necessaria" l'adozione del modello organizzativo nell'intervento dal titolo *I modelli di gestione e di organizzazione della sicurezza in azienda* al convegno *Sicurezza sul lavoro e tutela penale, tra teoria e prassi*, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano, Centro Studi Federico Stella, 22 gennaio 2010.

¹¹² Sul tema PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 428 ss., secondo cui "l'adozione dei modelli preventivi ai sensi dell'art. 6 è dunque una possibilità che la legge ha introdotto, rimettendola alla scelta discrezionale dell'ente. Non un obbligo, se non nella misura in cui doveri attinenti all'organizzazione siano desumibili da altre fonti normative".

Sembrano infatti potersi ricollegare anche a questo la formulazione “principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale”. Come già detto in precedenza, l’attività di direzione e coordinamento ha visto riconosciuta, di fatto, la sua liceità, ma può essere esercitata solo nel rispetto dei canoni sopra riportati.

Un altro spunto a favore della doverosità dell’attenzione ai modelli organizzativi anche delle controllate arriva da alcune disposizioni in tema di amministratori, così come risultano in seguito alla riforma del 2003. In base all’art. 2381, co. 5, c.c., gli organi delegati curano che l’assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell’impresa. L’art. 2381, co. 3, c.c., chiarisce che, sulla base delle informazioni ricevute, il consiglio di amministrazione valuta l’adeguatezza dell’assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società. Difficile non ritenere che queste disposizioni mostrino un forte collegamento con l’espressione riguardante i principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale. Per cui i compiti degli amministratori della controllante non possono considerarsi del tutto estranei alla situazione organizzativa delle controllate. Certo, non si può dimenticare che le due società sono soggetti separati e che la controllata possiede i suoi propri organi sociali, i quali sottostanno anch’essi ai compiti previsti per gli amministratori dal codice civile. Non si può quindi sostenere che la controllante, mediante i propri amministratori, debba curare l’assetto organizzativo delle controllate. Sarà la controllata, con i suoi amministratori, a predisporre l’organizzazione che informa la propria struttura. Però si può affermare che la controllante, attraverso i suoi organi sociali, debba interessarsi dei profili organizzativi delle controllate, sicuramente per quanto di essi attiene alla prevenzione dei reati. Ciò non significa che la controllante debba necessariamente impartire alla controllata direttive volte all’adozione di modelli organizzativi del tipo descritto dal d.lgs. 231/2001, ma significa che la controllante e i suoi organi devono considerare la questione, e con diligenza. All’esito di un’attenta valutazione delle normative, delle caratteristiche della società controllata, del settore in cui questa opera, e via dicendo, alla controllante potrà sembrare più o meno opportuno, per non dire necessario, che la controllata si doti di modelli organizzativi di prevenzione. E la decisione sarebbe insindacabile, perché rientrando nella discrezionalità propria di chi esercita attività d’impresa. Tuttavia, se la decisione non sorgesse a seguito delle valutazioni descritte, se fosse affrettata, superficiale, non ponderata, allora si

potrebbero considerare violati i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, e la società controllante, insieme ai suoi amministratori, potrebbe andare incontro all'affermazione di una sua responsabilità, quantomeno sotto il profilo civilistico. Una condivisibile opinione dottrinale nota, a questo proposito, come l'assetto organizzativo di cui al codice civile e i modelli organizzativi indicati dal d.lgs. 231/2001 siano due sistemi idonei ad una reciproca integrazione, tanto che sarebbe possibile sostenere che i modelli organizzativi possano considerarsi rientranti nella più ampia area delimitata dagli assetti adeguati¹¹³. E ciò si inserisce bene nel discorso che si sta conducendo. In conclusione al ragionamento che si è svolto, si può concordare con chi afferma che “se un reato venisse commesso, ed i modelli organizzativi fossero assenti e la loro assenza non fosse giustificata, o meglio la decisione della loro assenza non fosse stata adeguatamente ponderata dalla capogruppo, allora sarebbe ragionevole riconoscere in capo a questa una responsabilità nel caso in cui la controllata fosse condannata, ed allo stesso tempo sembrerebbe legittima un'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori di queste ma anche della capogruppo”¹¹⁴.

Per avvalorare questa posizione si può sciogliere un ulteriore nodo. Infatti, potrebbe essere posta la questione relativa alla possibilità di considerare il riconoscimento in capo a una società della responsabilità *ex* d.lgs. 231/2001 come causa di un pregiudizio alla redditività e al valore della partecipazione sociale. La risposta apparirebbe proprio essere affermativa, e il motivo attiene alla realtà concreta: dal punto di vista economico, in uno scenario caratterizzato da grandissima trasmissione delle informazioni e reazioni forti e in tempi molto ridotti da parte dei mercati, è estremamente improbabile che una condanna *ex* d.lgs. 231/2001 di una società lasci completamente inalterati la redditività e il valore delle partecipazioni dei soci appartenenti alla società stessa.

Premesse tutte le considerazioni sopra svolte, non resta ora che chiedersi quali conseguenze si possono trarre da quanto detto sul piano della responsabilità amministrativa da reato.

Un punto da chiarire subito inerisce al fatto che le modalità concrete in cui si esplica l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento non sono definite in modo preciso. La prassi conosce diversi strumenti, vari livelli di intensità (da una semplice supervisione a una vera e propria ingerenza), e un atteggiarsi di tale attività

¹¹³ In questo senso IRRERA M., *Assetti organizzativi adeguati*, cit., 112 ss.

¹¹⁴ Così BEVILACQUA F.C., *Responsabilità da reato*, cit., 189.

potenzialmente variabile con riguardo ai settori dell'attività d'impresa. Dunque, riconoscendo come il gruppo sia una realtà “magmatica e multiforme”¹¹⁵, sarà necessario valutare sempre la specifica ipotesi concreta per poter trarre delle conclusioni in merito al modo in cui si è esercitata l'attività in discorso.

Passando ora alle conseguenze, sul piano della responsabilità amministrativa da reato, derivanti dal modo di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, è opportuno notare come sia doveroso distinguere tra un comportamento della controllante in grado di determinare la commissione di un illecito, o di contribuire a determinarla, e un comportamento volto ad escludere l'adozione di modelli organizzativi di prevenzione nell'ambito di una società controllata. Non sembra affatto possibile affermare che un comportamento del secondo tipo determini automaticamente gli stessi effetti di uno del primo. Non è corretto affermare che il comportamento della controllante volto a determinare l'assenza di modelli organizzativi all'interno della controllata sia ineludibilmente idoneo a determinare la commissione di un illecito penale nell'ambito della controllata stessa. Bisogna sempre tenere presente che la controllata è un soggetto giuridico autonomo e distinto dalla capogruppo, e può rifiutarsi di dare seguito alle direttive impartite da quest'ultima. Ad avvalorare questa considerazione interviene l'art. 2497-ter c.c., a mente del quale le decisioni delle società soggette ad attività di direzione e coordinamento, quando da questa influenzate, debbono essere analiticamente motivate e recare puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione. Ragionando *a contrario*, nel caso in cui la società controllata prenda decisioni non influenzate dalla capogruppo, e quindi anche qualora decidesse di disattendere particolari indirizzi o direttive impartite, essa non è obbligata a fornire alcuna spiegazione particolare¹¹⁶. Inoltre, l'art. 2380-bis c.c. chiarisce come la gestione dell'impresa spetti esclusivamente agli amministratori, e questo, ovviamente, vale anche per quanto riguarda gli amministratori delle società controllate. Certo, tale principio potrebbe affievolirsi nel caso di

¹¹⁵ Così ROSSI G., *Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo da risolvere*, in *I gruppi di società*, Milano, 1996, 18; nel medesimo scritto l'autore afferma che “la direzione unitaria, fuori dal contratto di dominio, che è per così dire totalizzante, si presenta, si propone e si sfaccetta in diverse attività dell'impresa, sicché si verifica sovente che esista una direzione unitaria in un settore di attività e non esista in un altro”.

¹¹⁶ Sulla funzione di imporre un obbligo di trasparenza, più che di imporre di attestare e asseverare la congruenza delle scelte con l'interesse delle controllate, che questo articolo imporrebbe si veda SCOGNAMIGLIO G., *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, in *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Milano, 2003, 200.

amministratori di simili società, la cui autonomia risulta nei fatti attenuata dal rapporto fiduciario che deve perdurare tra la controllante e gli amministratori della controllata. Al riguardo, si può segnalare come sia stata giudicata come una giusta causa di revoca una situazione di mancato ottemperamento alle direttive confidenziali della capogruppo da parte di un amministratore¹¹⁷. Per questa via, però, non si può giungere ad affermare la scomparsa dei poteri, degli obblighi e delle responsabilità proprie degli amministratori di una società, seppur controllata. E di certo le prerogative ora menzionate non sono trascurabili quando si tratta di prevenire i reati nell'ambito della società. Gli amministratori sono obbligati, *ex art. 2392 c.c.*, ad adempiere ai doveri loro imposti dalla legge, anche ove ciò si rivelasse in concreto contrastante con le richieste della controllante¹¹⁸.

Coerentemente, l'art. 6, co.1, lettera a), d.lgs. 231/2001, prevede che l'ente non sia responsabile nel caso in cui provi che l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi. L'organo dirigente cui si fa riferimento non può che essere proprio della società di cui si discute, distinto dalla società che esercita l'attività di direzione e coordinamento o dagli amministratori di quest'ultima. È, e deve essere, incardinato nell'ente: è l'organo dirigente proprio di questo ente a dover adottare i modelli organizzativi. Per il d.lgs. 231/2001 l'ente deve avere il proprio modello organizzativo e il proprio organo di vigilanza, e tali adempimenti non possono spettare ad altri che non ai suoi organi di vertice.

Quanto appena espresso si raccorda perfettamente con la disciplina societaria presente nel codice civile: le società tra cui intercorre un'attività di direzione e coordinamento restano soggetti giuridici autonomi e distinti, e ognuna mantiene i propri organi con le loro prerogative. Solo dalle omissioni degli amministratori della

¹¹⁷ Si veda sul punto Trib. Firenze, 15 febbraio 2005, in *Giur. Merito*, 2007, 397, con nota di MEOZZI A., di cui si riporta la seguente massima: “di fronte all'inerzia dell'amministratore delegato rispetto alle direttive, da lui conosciute, essenziali al proficuo ed efficace svolgimento del ruolo di direzione unitaria da parte della società capogruppo, il rapporto tra quest'ultima e il primo può incrinarsi fino a condurre alla revoca dell'amministratore stesso fatta secondo criteri di giusta causa”.

¹¹⁸ Cfr. MURATORE A., *Commento agli artt. 2497 bis – 2497 ter*, in AA.VV., *Il nuovo diritto societario*, diretto da COTTINO – BONFANTE – CAGNASSO – MONTALENTI, vol. III, Bologna, 2005, 2195 ss., che rileva come “gli amministratori della controllata, pur essendo nominati dal capitale di comando ed a questo legati da rapporto fiduciario (tant'è vero che questo potrà provocarne in ogni momento la revoca), sono non di meno formalmente autonomi e tenuti ad osservare, anche in contrasto con le direttive della controllante, gli obblighi di legge inerenti il loro incarico”.

controllata può derivare la c.d. colpa d'organizzazione, non certo da quelle di soggetti esterni alla società.

Tutto ciò si pone in accordo anche con principi fondanti inerenti al concetto di responsabilità. Perché sia riscontrabile una responsabilità da mancata o inadeguata organizzazione è necessario che un soggetto abbia dei poteri organizzativi effettivi e completi. E tali poteri, nel nostro caso, spettano agli amministratori della controllata. Il loro esercizio potrà essere influenzato dalla capogruppo, ma non oltre una certa soglia, quella chiarita in precedenza.

In conclusione, un comportamento della controllante, posto in essere attraverso i suoi organi, volto a escludere l'adozione di un modello organizzativo in una società controllata non può essere equiparato in maniera indiscriminata ad un contributo causale alla realizzazione di un reato. Per questo motivo, la controllante non può automaticamente essere riconosciuta autonomamente responsabile *ex d.lgs. 231/2001* nel caso in cui venga commesso un reato nell'ambito di una controllata priva di un idoneo modello organizzativo anche su impulso della controllante. Né tantomeno essa potrà essere riconosciuta responsabile *ex d.lgs. 231/2001* in concorso con la controllata. Il decreto, infatti, non contempla il concorso di persone giuridiche nell'illecito dipendente da reato, motivo per cui il tentativo di ricostruirlo a livello interpretativo, senza alcuna base normativa, si porrebbe in contrasto con il principio di legalità, oltre a risultare illogico.

In relazione all'argomento analizzato nel presente paragrafo, si rivela interessante la menzione di due pronunce giurisprudenziali, le quali risolvono la questione in modo totalmente opposto. La prima assume posizioni completamente discordanti con quanto sostenuto nel presente lavoro, la seconda, invece, trova chi scrive fortemente d'accordo con quanto affermato.

La prima sentenza¹¹⁹ è stata pronunciata dal g.i.p. del Tribunale di Milano nel giugno del 2007 e riguardava un'applicazione della pena su richiesta delle parti, il c.d. patteggiamento, in occasione di una vicenda occorsa nel mondo bancario. Per quanto interessa al presente lavoro, va posto l'accento sul fatto che la pronuncia afferma che una delle società coinvolte è controllata da un'altra "e che dunque solo a quest'ultima vanno riferiti sia la predisposizione dei modelli organizzativi di cui al d.lgs. citato, sia la

¹¹⁹ Cfr. Trib. Milano, sent. 28 giugno 2007, g.i.p. Forleo.

configurabilità di un profitto realizzato nella vicenda criminosa in questione e dunque la sua messa a disposizione nel procedimento in questione”. Da queste considerazioni sembrerebbe che, per il solo fatto che una società ne controlli un’altra, secondo il giudice milanese l’onere di predisporre i modelli organizzativi *ex d.lgs. 231/2001* spetterebbe alla controllante. Questa linea non può essere condivisa. La società controllata rimane un soggetto autonomo, con cariche reali al suo interno, e poteri e responsabilità, anche sul piano organizzativo, che non vengono meno per via di una situazione di controllo. Inoltre, seguendo il percorso argomentativo esposto nella sentenza, si ricadrebbe in una forzatura anche in relazione alla lettera del decreto del 2001, secondo cui il modello deve essere adottato all’interno dell’ente cui fa riferimento. Il ruolo della controllante non può quindi annullare quello della controllata, anche perché arrivando in fondo a un tale sviluppo logico si avrebbero conseguenze paradossali: la controllata praticamente esente da responsabilità in ogni caso e la controllante sottoposta a un rigore tale da travalicare il buonsenso. Per questi motivi, non sembra potersi accogliere un simile esito interpretativo.

Si può passare ora alla seconda pronuncia, di tenore ben diverso, emessa dal g.i.p. del Tribunale di Napoli nel giugno del 2006. Si tratta di un’ordinanza applicativa di misura interdittiva e sequestro preventivo, emessa in occasione di una vicenda relativa alla contestazione di una truffa aggravata commessa nell’ambito di procedure ad evidenza pubblica concernenti lo smaltimento dei rifiuti nella regione Campania. In un passo concernente l’eventualità di applicare una misura cautelare nei confronti delle società appartenenti a un gruppo, l’ordinanza ne riconosce la necessità per alcune delle società appartenenti a quest’ultimo, per poi rivolgere l’attenzione alle altre società dello stesso, al fine di valutare l’eventuale adozione delle misure stesse anche nei confronti di queste ultime. Quanto affermato a tal proposito viene di seguito riportato integralmente, data la particolare pregnanza in congiunzione con una buona sintesi. Nell’ordinanza si sostiene: “Ed invero, essendo la responsabilità amministrativa correlata a presupposti oggettivi riferibili ad una particolare realtà aziendale, deve escludersi che, sussistendo i presupposti di cui all’art. 45 legittimanti l’adozione della misura cautelare nei confronti di alcune delle persone giuridiche appartenenti ad un gruppo societario, il relativo presidio cautelare possa essere genericamente esteso a tutte le società del gruppo. Il coinvolgimento delle altre società può essere ipotizzato e valutato solo quando siano

offerti specifici elementi probatori in base ai quali sia possibile fondatamente ritenere che i rispettivi soggetti in posizione apicale o i rispettivi dipendenti abbiano contribuito alla commissione dell'illecito in concorso con quelli della capogruppo o delle altre società del gruppo.

Nella fattispecie in esame difetta qualsivoglia elemento e/o dato fattuale dal quale desumere la compartecipazione al rubricato illecito delle società controllate da A in generale, e della B, in particolare, giacché il criterio di imputazione del reato commesso dalla persona fisica implica la sussistenza di un rapporto qualificato tra l'agente e l'ente, rapporto che nel caso in esame non è stato nemmeno dedotto in contestazione, attraverso l'indicazione dei soggetti interni alle società controllate e alla B, autori di condotte delittuose alle quali ancorare la responsabilità amministrativa dei rispettivi enti di appartenenza”¹²⁰.

Il percorso interpretativo della seconda pronuncia, avendo riguardo all'aspetto oggetto d'indagine nel presente paragrafo, si dimostra su questo aspetto molto coerente sotto il profilo logico, nonché rispettoso del dettato normativo. E rappresenta una degna conclusione all'analisi svolta in ordine al quesito presentato in questo paragrafo.

5. Quarta tesi. La posizione di garanzia dei soggetti apicali della controllante. La responsabilità della controllante per la violazione di obblighi da parte di suoi soggetti apicali

È giunto ora il momento di confrontarsi con una prospettiva interessante. Infatti, si può tentare di ricostruire la responsabilità della controllante in caso di reato commesso da un soggetto della controllata attraverso un percorso che fa leva sul riconoscimento di una responsabilità di tipo omissivo facente capo ai soggetti apicali della società controllante.

L'art. 40 c.p. recita: “Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende la esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione od omissione.

¹²⁰ Cfr. Trib. Napoli, ordinanza applicativa della misura cautelare interdittiva e sequestro preventivo, 26 giugno 2006, g.i.p. Saraceno. Per un commento si veda CARDIA M., *I modelli organizzativi e la nozione di profitto del reato: le considerazioni del g.i.p. di Napoli*, in *Resp. amm. società e enti*, 2007, 4, 163.

Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo”.

Al riguardo, potrebbe farsi il tentativo di attribuire una posizione di garanzia, penalmente rilevante, agli amministratori della società capogruppo esercitante l'attività di direzione e coordinamento, per quanto di penalmente illecito si verifichi in una società controllata ed eterodiretta. È corretto affermare che, “se questa posizione sussistesse, allora si potrebbe attribuire con una certa frequenza una responsabilità amministrativa alla capogruppo derivante dall'omesso impedimento, da parte dei propri amministratori, dei reati commessi nelle controllate”¹²¹.

È interessante notare come la strada che si tenterà di percorrere sia già stata oggetto d'attenzione da parte della Commissione Nordio, che nel Progetto di codice penale, all'art. 12, co. 5, disciplinando gli “obblighi di impedimento e di intervento nelle organizzazioni complesse”, inserì la previsione per cui “nei gruppi di società o imprese le disposizioni dei commi che precedono si applicano anche a chi ne esercita la direzione unitaria, per ciò che specificamente la riguarda”, ma tale disposizione non è mai stata adottata, pertanto è opportuno proseguire con l'indagine su cui insiste il presente paragrafo.

A tal proposito va subito sottolineato come il tema della responsabilità omissiva sia, in generale, oggetto di forte dibattito tra gli studiosi¹²² e come la magistratura abbia, nel corso degli anni, assunto al riguardo posizioni particolarmente severe e volte ad estendere l'ambito di applicazione delle posizioni di garanzia e degli obblighi di impedimento dell'evento, così come della conseguente responsabilità da omissione *ex art. 40 del c.p.*¹²³ si può ora cominciare con l'analizzare la ricostruzione proposta nel presente paragrafo.

¹²¹ Così BEVILACQUA F.C., *Responsabilità da reato*, cit., 205.

¹²² Secondo MANTOVANI F., *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 337, l'obbligo di garanzia sarebbe “l'obbligo giuridico, che grava su specifiche categorie predeterminate di soggetti, previamente forniti degli adeguati poteri giuridici, di impedire eventi offensivi di beni altrui, affidati alla loro tutela per l'incapacità dei titolari di proteggerli”. Inoltre, sul tema, si vedano BISORI L., *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1337; FIANDACA G., *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979; GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983; LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999; STELLA F., IN CRESPI A. – STELLA F. – ZUCCALÀ G., *Commentario breve al codice penale*, IV ed., Padova, 2003, sub. art. 40; VITARELLI T., *Le responsabilità*, in *Le deleghe di poteri*, a cura di GUTIERREZ B.M., Milano, 2004, 25.

¹²³ Cfr. Trib. Milano, 16 aprile 1992, Annibaldi ed altri, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, 1477; Corte App. Milano, 10 giugno 1996, Bagnasco ed altri, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, 571.

A questo scopo è necessario riflettere sulle attribuzioni spettanti agli amministratori a seguito della riforma del diritto societario avvenuta nel 2003, in particolare ponendo l'attenzione sull'estensibilità delle stesse nei confronti delle controllate e sul rapporto tra gli amministratori di una società che esercita l'attività di direzione e coordinamento e quelli di una società controllata.

Come già fatto in precedenza, va ora ripetuto che "l'avvento del riconoscimento legislativo della liceità e della fisiologicità della direzione unitaria non ha comportato un disconoscimento della distinta soggettività giuridica dell'ente eterodiretto, né ha determinato la completa esautorazione dei suoi organi di gestione"¹²⁴. Si pongono quindi come un fatto ineludibile la soggettività autonoma della controllata e i poteri, con le conseguenti responsabilità, propri dei suoi amministratori.

Quanto finora esposto trova conforto anche nel dato normativo offerto dall'art. 2380-bis c.c., il quale sancisce che la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori. I poteri degli amministratori della controllante, per quanto detto, non possono estendersi alla controllata e le direttive emanate dalla capogruppo risultano, dal punto di vista giuridico, non coercibili¹²⁵.

È quindi giunto il momento di capire se sia, perlomeno, configurabile una posizione di garanzia in capo agli amministratori della capogruppo in relazione ai reati potenzialmente realizzabili dagli amministratori delle società controllate.

Detto del dibattito generale sul tema, è però possibile affermare che una posizione di garanzia può essere riconosciuta solo in presenza di determinati requisiti: deve sussistere un obbligo giuridico sufficientemente specifico¹²⁶, corredato dei necessari poteri impeditivi, di impedire l'evento lesivo di beni giuridici che siano affidati alla tutela del titolare dell'obbligo in questione. Pertanto, al dovere giuridico di impedire deve accompagnarsi il potere giuridico di impedire¹²⁷.

Partendo da quanto affermato sinora, si può concludere che la paventata eventualità di rintracciare una posizione di garanzia in capo agli amministratori della controllante deve essere esclusa, e ciò per molteplici ragioni.

¹²⁴ In questi termini BEVILACQUA F.C., *Responsabilità da reato*, cit., 206.

¹²⁵ Cfr. CENSONI P.F., *La responsabilità per le attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, in AA.VV., *Il rapporto banca-impresa nel nuovo diritto societario*, Milano, 2004, 245.

¹²⁶ Si veda SGUBBI F., *La responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975; FIANDACA G., *Il reato commissivo mediante omissione*, cit.; GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit.

¹²⁷ LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., 18.

Innanzitutto non esiste, a livello normativo, alcun obbligo giuridico specifico riferito agli amministratori della controllante in grado di determinare la configurazione di una posizione di garanzia in capo agli stessi volta all'impedimento dei reati passibili di essere realizzati nell'ambito di società controllate¹²⁸. Il controllo e l'attività di direzione e coordinamento non comportano la presenza di una posizione di garanzia, le società interessate restano soggetti distinti e un obbligo giuridico del tipo descritto sopra può derivare solo da una previsione normativa. Sul fronte normativo, è opportuno notare che l'art. 2497 c.c. prevede certo una responsabilità della controllante per il pregiudizio arrecato alle controllate derivante dall'attività di direzione e coordinamento, ma non positivizza alcun obbligo di attivarsi al fine di prevenire condotte illecite realizzabili all'interno di società controllate e "la responsabilità della controllante, dunque, può discendere solo dalla violazione del dovere di astensione dal compimento di atti pregiudizievoli, non già dall'aver omesso di impedire la commissione di reati in seno alle controllate"¹²⁹. Addirittura la Relazione al d.lgs. 6/2003 esplicita la scelta "di non attribuire alla controllante poteri specifici". Ci si trova, pertanto, facilmente in accordo con chi afferma che "si deve escludere che l'esercizio della direzione unitaria implichi *ipso facto* l'istituzionalizzazione di una posizione generalizzata di garanzia, estesa all'intero gruppo", e ciò sia per l'autonomia giuridica delle società che lo compongono, sia perché "il nostro ordinamento penale associa le posizioni di garanzia alle funzioni di gestione e controllo interne al singolo organismo societario" e quindi "nessun obbligo di vigilanza e intervento incombe sul socio come tale, indipendentemente dalla misura della sua partecipazione e dall'eventuale capacità di influenza dominante"¹³⁰, così come con chi esclude che "l'esistenza di un gruppo determini un mutamento delle posizioni di garanzia che competono solo in capo ai singoli amministratori di ciascuna società che lo compone"¹³¹, e infine con chi sostiene che "non è possibile dunque rinvenire nelle pieghe delle disposizioni sull'amministrazione sociale e sull'attività di direzione e

¹²⁸ ACCINNI G.P., *La responsabilità penale*, cit., 1633.

¹²⁹ SCAROINA E., *Societas delinquere potest*, cit., 248.

¹³⁰ Cfr. PEDRAZZI C., *Dal diritto penale delle società al diritto penale dei gruppi*, cit., 833, per il quale il riconoscimento di una posizione di garanzia generalizzata costituirebbe "una soluzione chiaramente irrealistica e inoltre viziata per eccesso rispetto alle esigenze di tutela penale".

¹³¹ Così ACCINNI G.P., *La responsabilità penale*, cit., 1634.

coordinamento un vero e proprio obbligo giuridico di impedire l'evento in soggetti giuridici distinti"¹³².

Per quanto riguarda il necessario potere impeditivo dell'evento, non si può ritenere che un simile potere sia nella disponibilità degli amministratori della controllante. Le società, come detto più volte, rimangono soggetti distinti, e gli amministratori di entrambe mantengono, sul piano formale, i rispettivi poteri e responsabilità. Gli amministratori della capogruppo non dispongono di alcuno strumento giuridico che permetta loro di poter impedire le azioni degli amministratori della controllante. A questo riguardo, si rivelano particolarmente pregnanti le parole di chi sostiene che "l'autonomia dei gestori delle società eterodirette assieme il fatto che siano essi formalmente a decidere, seppur influenzati dagli orientamenti provenienti dal vertice del gruppo, implicano che sussista una sfera tale di poteri e di responsabilità in capo a questi gestori, che gli amministratori della società di vertice non abbiano autonomi ed efficaci poteri impeditivi. Il potere che permane in capo agli amministratori delle controllate impedisce di verificare un'autonoma posizione di garanzia"¹³³. È quindi apprezzabile la posizione del Consiglio di Stato, espressa in un parere del 2005, quando quest'ultimo afferma che "non determina di per sé un mutamento delle posizioni di garanzia – che competono solo in capo ai singoli amministratori di ciascuna società che lo compone [...] La responsabilità di altre società rientranti nel gruppo potrà, quindi, ipotizzarsi solo quando sia dimostrato che i rispettivi soggetti in posizione apicale o i rispettivi dipendenti hanno contribuito alla commissione del reato in concorso con quelli della capogruppo, e sempre che la singola società non possa produrre la prova liberatoria prevista dal citato primo comma dell'art. 6 del d.lgs. n. 231/2001"¹³⁴.

È adesso opportuno fornire un esempio concreto, al fine di facilitare la comprensione delle asserzioni riportate nei capoversi precedenti. Si può, ai nostri fini, fare specifico riferimento all'attività di predisposizione del bilancio consolidato. Il d.lgs. 127/1991 pone l'obbligo di redazione dello stesso a carico degli amministratori della capogruppo. A fronte di questo, però, non sussiste "alcuna previsione che espressamente attribuisca agli amministratori della capogruppo specifici poteri di intervento, il cui esercizio possa in concreto impedire che la falsità nel bilancio di una

¹³² Si veda BEVILACQUA F.C., *Responsabilità da reato*, cit., 217.

¹³³ In questi termini, di nuovo, BEVILACQUA F.C., *Responsabilità da reato*, cit., 209.

¹³⁴ Cons. St., Sez. III, parere 10 gennaio 2005.

società controllata si riverberi nella falsità del consolidato o poteri di rettifica dei dati contabili trasmessi”¹³⁵. Pertanto, nel caso gli amministratori della società controllante rilevassero delle falsità nei bilanci trasmessi dagli amministratori delle società controllate, potrebbero rifiutarsi di riceverli, e chiedere ai mittenti la rettifica degli stessi, ma non avrebbero modo di costringere gli interessati a modificare quanto espresso nei documenti trasmessi, né tantomeno disporrebbero di autonomi poteri di intervento in ordine alla modifica o alla rettifica dei bilanci in questione.

Se, in linea generale, si deve quindi escludere la possibilità di configurare una posizione di garanzia in relazione agli amministratori della capogruppo, si dovrà però guardare se, nel caso concreto, sia presente una delega di funzioni intra-gruppo, la quale, potenzialmente, determinando l’insorgere di specifiche e delimitate posizioni di garanzia, potrebbe comportare delle conseguenze di tipo penale¹³⁶. Il fatto che sia impossibile ravvisare una posizione di garanzia generalizzata penalmente rilevante in capo ai soggetti apicali della capogruppo “non esclude che, all’interno del gruppo, possano ravvisarsi precisi obblighi di controllo, cui siano connessi puntuali ed effettivi poteri di intervento, scaturenti da atti normativi o negoziali, espressione dell’autonomia privata che delinea l’organizzazione interna dell’impresa, evidentemente idonei a fondare valide posizioni di garanzia”¹³⁷. Di ampia visione e lungimiranza l’articolata osservazione secondo cui merita approfondimento “l’ipotesi in cui il modello organizzativo adottato ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001, finalizzato alla prevenzione dei reati, introduca specifici obblighi e poteri in capo alla controllante ai fini della prevenzione dei reati commessi da esponenti della controllata: considerando la severità dell’atteggiamento giurisprudenziale in tema di obblighi impeditivi¹³⁸, è facile profetizzare che la predisposizione di modelli di gruppo che prevedano, ad esempio, un organismo di vigilanza unitario, obblighi di informazione periodica da parte di questo ai

¹³⁵ Così CARMONA, *Premesse a un corso di diritto penale dell’economia. Mercato, regole e controllo penale nella postmodernità*, Padova, 2002, 258. Nello stesso senso anche CALAMANTI, *La responsabilità penale degli amministratori di società controllante per falsità “indiretta” del bilancio consolidato*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2000, 571; PEDRAZZI C., *Dal diritto penale delle società al diritto penale dei gruppi*, cit., 819.

¹³⁶ In tema PEDRAZZI C., *Dal diritto penale delle società al diritto penale dei gruppi*, cit., 834.

¹³⁷ In questo senso SCARONA E., *Societas delinquere potest*, cit., 249.

¹³⁸ Tale prospettiva era stata individuata già prima dell’approvazione del d.lgs. 231/2001 da ALESSANDRI, *Corporate governance e nuovi reati societari*, in *Giur. Comm.*, 2002, 544. Sulle stesse posizioni SEVERINI, *Sul concorso di persone nel reato*, in AA.VV., *La riforma del codice penale*, a cura di DE MAGLIE - SEMINARA, Milano, 2001, 357; STELLA F., *Criminalità d’impresa, nuovi modelli d’intervento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1267.

vertici della *holding* in ordine all'attività svolta presso la controllata, un sistema disciplinare accentrato, la predisposizione di procedure operative comuni, potrà condurre all'affermazione della sussistenza di una posizione di garanzia della controllante volta alla prevenzione dei reati cui lo stesso modello si riferisce in relazione a tutte le società del gruppo. La scelta di armonizzazione dei vari modelli adottati dalle società del gruppo (mediante l'emanazione di specifiche direttive in tal senso), potrebbe infatti, ove attuata in termini particolarmente penetranti, indurre il giudice a ritenere la responsabilità della *holding* che abbia impartito indicazioni al riguardo, assumendo, in base allo stesso modello, precisi poteri di controllo, con conseguente individuazione (anche) di questa quale destinataria della sanzione, ove il reato sia commesso nell'interesse proprio o del gruppo e sia accertata l'inidoneità del modello adottato¹³⁹.

In conclusione, per tutte le motivazioni esplicitate, anche la tesi proposta nel presente paragrafo, seppur suggestiva, non permette però di ricostruire uno schema generale attraverso cui sia possibile ascrivere una responsabilità amministrativa da reato alla controllante nell'eventualità in cui venga commesso un reato da un appartenente alla controllata in presenza di un mancato impedimento da parte dei soggetti apicali della capogruppo.

6. Quinta tesi. I soggetti appartenenti alla controllata come soggetti sottoposti alla direzione o alla vigilanza dei soggetti apicali della controllante

Per esporre la quarta tesi oggetto di analisi occorre partire dal testo dell'art. 5 d.lgs. 231/2001. In esso, alla lettera b) del co. 1, si dispone che l'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a), cioè di uno dei soggetti c.d. apicali.

Potrebbe ritenersi che un soggetto appartenente ad una società soggetta all'attività di direzione e coordinamento da parte di un'altra società possa contemporaneamente essere qualificato come un soggetto sottoposto alla direzione o alla vigilanza dei soggetti in posizione apicale nella società che esercita la suddetta attività di direzione e coordinamento.

Infatti è difficile negare che, nel momento in cui la suddetta attività si trova ad essere effettivamente esercitata, si sia di fatto in presenza di una notevole influenza

¹³⁹ In questi termini SCAROINA E., *Societas delinquere potest*, cit., 250-251.

esercitata dalla controllante sulla controllata, tale da condizionare l'attività della società eterodiretta e da rendere limitata l'autonomia nelle scelte, ad esempio di quelle ad opera degli amministratori di quest'ultima, fortemente condizionati dalla necessità di seguire le vie che gli amministratori della capogruppo desiderano vengano percorse.

Un rilievo empirico di quanto esposto è offerto da una pronuncia della giurisprudenza di merito. Il Tribunale di Firenze, nel febbraio 2005, ha affermato che “di fronte all'inerzia dell'amministratore delegato rispetto alle direttive, da lui conosciute, essenziali al proficuo ed efficace svolgimento del ruolo di direzione unitaria da parte della società capogruppo, il rapporto tra quest'ultima ed il primo può incrinarsi, fino a condurre alla revoca dell'amministratore stesso fatta secondo criteri di giusta causa”. Affermazioni simili testimoniano in modo efficace come l'attività di un organo di una società soggetta ad attività di direzione e coordinamento presenti margini di autonomia differenti rispetto a quelli che caratterizzano le scelte degli amministratori di una società isolata.

Sembra quindi potersi affermare che, a livello fattuale, generalmente i soggetti appartenenti alla controllata siano sottoposti alla direzione o alla vigilanza dei soggetti che rivestono una posizione apicale nella società controllante che esercita l'attività di direzione e coordinamento.

Si può, pertanto, provare a sostenere che, nell'ipotesi in cui un soggetto inquadrato nella struttura della società eterodiretta commetta un reato, la società capogruppo possa essere ritenuta responsabile dell'illecito amministrativo dipendente da reato, poiché tale soggetto sarebbe inquadrabile nella categoria indicata dal d.lgs. 231/2001 all'art. 5, co. 1, lettera b). Ovviamente, questo a condizione che siano integrati gli altri parametri oggettivi e soggettivi di imputazione della responsabilità all'ente.

Inoltre è interessante sottolineare come, nel caso in cui siano potenzialmente integrabili tutti i criteri di imputazione previsti dal d.lgs. 231 /2001 con riferimento sia alla società controllante sia alla società controllata, ci sarebbe da chiedersi se entrambe sarebbero in condizione di veder riconosciuta la propria responsabilità *ex* d.lgs. 231/2001, con la differenza consistente nel fatto che la società controllante risponderebbe per il reato di un soggetto sottoposto, mentre la controllata per il reato di un soggetto in posizione apicale o sottoposto, con le conseguenze che ne conseguono in termini di parametri di ascrizione della responsabilità e di cause di esclusione della stessa.

Tuttavia, passando a saggiare la solidità della tesi in discussione, essa appare difficilmente sostenibile, e per plurime ragioni.

Innanzitutto, le espressioni “direzione e coordinamento” e “direzione o vigilanza” non si equivalgono, pur contenendo entrambe il termine “direzione”. Partendo dall’art. 2497 c.c., si può evidenziare come, pur mancando una definizione normativa dell’attività di direzione e coordinamento, possa ritenersi che la norma faccia riferimento all’influenza derivante dal controllo che la società capogruppo esercita su quella eterodiretta, la quale le consente di impartire direttive e politiche da seguire, soprattutto sul piano economico-imprenditoriale.

Al contrario, volgendo l’attenzione sull’espressione adoperata dal d.lgs. 231/2001, è possibile affermare che le persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza dei soggetti di cui all’art., co. 1, lettera a) siano i soggetti formalmente sottoposti e soggetti a un potere gerarchico il quale trova il suo riferimento in soggetti in posizione apicale formalmente appartenenti alla struttura dello stesso ente in cui sono inquadrati i soggetti della prima categoria menzionata. Come più volte fatto nel corso del presente lavoro, va ricordato che la società controllante e quella controllata costituiscono due entità distinte ed autonome. Motivo per cui, dal momento che i termini “direzione” e “vigilanza” sono da intendersi in senso giuridico, e non economico-fattuale, non si può esimersi dal sottolineare come i soggetti in posizione apicale nella controllante non abbiano poteri né coercitivi né sanzionatori nei confronti dei soggetti della controllata. Pertanto, non disponendo i suddetti soggetti di alcuno strumento effettivamente utile allo scopo dal punto di vista giuridico, non appare possibile parlare di “direzione” o di “vigilanza”, così come da intendersi nel d.lgs. 231/2001, in presenza di situazioni di influenza riscontrabili solo per via empirica o su piani diversi da quello giuridico.

Inoltre, il fatto che i soggetti cui competono la direzione e la vigilanza, come intese dal decreto in questione, debbano essere formalmente appartenenti allo stesso ente dei soggetti sottoposti trova la sua conferma in altre disposizioni del d.lgs. 231/2001 e nei requisiti in esse previsti ai fini dell’ascrizione della responsabilità all’ente. L’art. 7, infatti, al co. 2 prevede che, in ogni caso, sia esclusa l’inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza se l’ente, prima della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi. Appare chiaro come la controllante

non abbia, dal punto di vista giuridico, il potere di adottare e attuare i modelli in discussione, per cui non può considerarsi soggetta a una disposizione che introduce una causa di esclusione di responsabilità non rientrante nel suo dominio. Inoltre, al co. 4, lo stesso articolo sancisce che l'efficace attuazione del modello richieda una verifica periodica e l'eventuale modifica dello stesso quando vengono scoperte significative violazioni delle prescrizioni ovvero quando intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attività; un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello. Anche in questo caso è agevole evidenziare come la controllante non possa avere modo di modificare il piano in caso di necessità, né risulta titolare di un potere disciplinare del tipo richiesto dall'articolo citato. La capogruppo non avrebbe quindi modo di attuare efficacemente il modello, requisito necessario perché l'ente possa vedersi esonerato dall'eventuale responsabilità amministrativa da reato¹⁴⁰.

Per concludere, la tesi oggetto di analisi nel presente paragrafo non permette di costruire, da un punto di vista generale, uno schema di operatività del d.lgs. 231/2001 che consenta di ascrivere la responsabilità amministrativa da reato alla società controllante in presenza di un reato commesso da un soggetto appartenente alla società controllata¹⁴¹.

7. Sesta tesi. I soggetti apicali della controllata come soggetti apicali della controllante

Potrebbe ora azzardarsi una nuova tesi. Va subito premesso che, nel caso in cui gli esiti dell'analisi della stessa siano positivi, per mezzo di essa si potrebbe giungere solo a una soluzione parziale del problema. L'ipotesi che si analizzerà nel presente paragrafo è volta ad indagare la possibilità di considerare i soli soggetti apicali della controllata quali soggetti in posizione apicale anche nella controllante, al fine di integrare il parametro soggettivo previsto dal d.lgs. 231/2001 con riguardo alla società capogruppo.

L'art. 5 del decreto sancisce la responsabilità dell'ente per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio, fra le altre, da persone che rivestono funzioni di

¹⁴⁰ Cfr. DI AMATO A., *I gruppi di società e la responsabilità amministrativa da reato degli enti in Trattato di diritto penale dell'impresa*, vol. Decimo, cit., 262.

¹⁴¹ Cfr., ancora, DI AMATO A., *I gruppi di società e la responsabilità amministrativa da reato degli enti in Trattato di diritto penale dell'impresa*, vol. Decimo, cit., 262.

rappresentanza, di amministrazione o di direzione di un'unità organizzativa dell'ente dotata di autonomia finanziaria e funzionale.

Cominciando da questo spunto, ci si potrebbe chiedere se i soggetti in posizione apicale nella controllata possano essere considerati soggetti in posizione apicale nella controllante nella veste di soggetti apicali di un'unità organizzativa dell'ente dotata di autonomia finanziaria e funzionale. Infatti, la società soggetta ad attività di direzione e coordinamento potrebbe essere considerata, ragionando per ipotesi, come un'unità organizzativa autonoma della società capogruppo. Le società soggette ad attività di direzione e coordinamento, proprio come le unità organizzative autonome di un ente, operano in modo autonomo dal punto di vista finanziario, nonché funzionale, ma restano pur sempre soggette al ruolo esercitato dalla capogruppo. Dati il rapporto di fatto gerarchico e la forte dipendenza, sul piano economico e funzionale, che legano la controllata alla controllante, si potrebbe quindi tentare di considerare la prima una propaggine della seconda, a lei indissolubilmente legata.

Accogliendo una visione di questo tipo, si dovrebbe di conseguenza affermare che, nel momento in cui un soggetto in posizione apicale, appartenente alla società soggetta ad attività di direzione e coordinamento, commettesse un reato, egli potrebbe per la via ora additata essere ritenuto come soggetto in posizione apicale nella società controllante, ed eventualmente comportare una responsabilità di quest'ultima per mezzo dei parametri di ascrizione della responsabilità previsti dal d.lgs. 231/2001 nel caso di reati commessi da soggetti apicali, in quanto si troverebbe a capo di un'unità organizzativa autonoma della controllante stessa.

Ovviamente, perché la capogruppo possa vedersi riconosciuta una responsabilità amministrativa da reato, anche in questo caso sarebbe necessario che venissero integrati tutti gli altri parametri previsti dal decreto, primo tra tutti che il reato sia stato commesso nell'interesse, anche o solo, della capogruppo.

Anche questa tesi, tuttavia, si espone ad essere contrastata da varie osservazioni. La prima obiezione si traduce nel fatto che la visione del fenomeno di gruppo esposta nel presente paragrafo con l'obiettivo di sostenere la tesi in discussione non corrisponde compiutamente alla realtà, o meglio corrisponde alla dimensione concreta del fenomeno dei gruppi solo in parte. Infatti, nella prassi i gruppi si possono presentare in grande varietà sotto il profilo qualitativo, ognuna con caratteristiche peculiari e diverse, talvolta

quasi uniche. A tal proposito, è interessante riportare un'opinione espressa oltre quarant'anni fa al riguardo. Già allora era possibile notare come “la visione del “gruppo” come impresa unica, articolata in diverse entità giuridiche per meglio realizzare l'interesse generale dell'impresa stessa, attraverso l'affidamento alle singole società controllate di compiti specifici, corrisponde ad una tale concezione razionalistica del fenomeno, che trova, certamente, conferme nella realtà, ma che non esaurisce per nulla il perimetro delle ipotesi che si riscontrano nella realtà stessa”¹⁴². Si può anche in questa sede ricordare come lo stesso Legislatore della riforma societaria abbia per primo dichiaratamente evitato di dare una definizione normativa del gruppo, e questo per la molteplicità di forme assumibili in concreto da questa realtà, nonché per la sua incessante mutevolezza. Non si può quindi porre la visione di gruppo riportata all'inizio del paragrafo a fondamento di una tesi volta a riconoscere una responsabilità da reato della capogruppo nei termini sopra descritti.

La seconda considerazione poi riguarda il fatto che, a ben guardare, se si volesse persistere a considerare la società controllata come un'unità organizzativa autonoma di una qualche entità, bisognerebbe considerarla un'unità autonoma non tanto della controllante, quanto dell'impresa unitaria esercitata in forma di gruppo, e quindi del gruppo stesso considerato nel suo complesso. Si è però visto in precedenza come “il d.lgs. 231/2001 non sembri legittimare una visione complessiva del gruppo come soggetto autonomo e passibile in sé di un rimprovero e come non si incentri tanto sulla visione di un'attività di impresa unica, comune a tutto il gruppo, quanto su di una meno problematica pluralità di attività imprenditoriali, una per ogni società”¹⁴³. Se il gruppo non può essere considerato un soggetto autonomo potenzialmente responsabile *ex d.lgs. 231/2001* allora lo stesso può affermarsi nel caso si avesse a che fare con una sua pretesa unità organizzativa autonoma. È interessante notare come il gruppo appaia una modalità concreta di attuazione dell'attività d'impresa avente una natura e delle peculiarità spesso stridenti con le concezioni proprie del diritto societario, con cui però è chiamato a confrontarsi. Infatti le difficoltà sorgono nel momento in cui si rende necessaria l'applicazione del diritto societario, per il quale le società sono entità autonome e distinte, al gruppo, che costituisce una variante dell'attività d'impresa. Al

¹⁴² In questi termini JAEGER P.G., *I “gruppi” tra diritto interno e prospettive comunitarie*, in *Giur. Comm.*, 1980, I, 922-923.

¹⁴³ Così BEVILACQUA F.C., *Responsabilità da reato*, cit., 131.

riguardo si può citare un'incisiva opinione, secondo la quale “la problematica dei gruppi è una zona di confine contesa tra impresa e società: questo perché il gruppo nasce come forma di organizzazione dell'impresa, ma poi si proietta sul piano societario come forma di collegamento fra società”¹⁴⁴.

Da ultimo, si può notare come, tentando una ricostruzione del tipo presentato, si incorrerebbe nell'errore di considerare una società, certo diretta e coordinata, ma pur sempre autonoma, con propri organi formalmente indipendenti, una semplice parte di un altro soggetto, il quale invece deve considerarsi dalla stessa distinto. Persistendo in un errore di questo tipo, si incorrerebbe “in uno svilimento di dubbia legittimità dell'autonomia giuridica delle diverse società appartenenti al gruppo”¹⁴⁵.

Per tutte le ragioni fin qui esposte, anche questa tesi appare da rigettare. Non è quindi possibile ricostruire una responsabilità da reato della controllante assimilando un soggetto apicale della controllata a un soggetto apicale della controllante stessa.

8. Interludio

A questo punto della trattazione non resta che constatare come tutte le tesi finora esposte non siano riuscite a sortire l'effetto sperato. Nessuna di esse è stata in grado di dischiudere una strada capace, in via generale, di condurre alla responsabilizzazione *ex d.lgs. 231/2001*, se non del gruppo, almeno della controllante per i reati commessi da soggetti appartenenti alla struttura di una società controllata, ma questo esito non deve apparire troppo sconcertante. Infatti, tutte le prospettive fin qui esposte soffrono di un errore di fondo, che consiste nel cercare di trovare un'interpretazione forzata del dato normativo.

Si è detto in precedenza di come il tema soffra di una mancanza di previsioni a livello legislativo. Non per questo, però, bisogna cedere a palesi forzature delle norme esistenti, sospinti da esigenze (o peggio pretese) repressive o anche soltanto guidati dalla volontà di integrare il profilo giuridico di un settore importante e determinante nell'economia e nella società. Certo il diritto positivo non esaurisce il fenomeno giuridico, ma cercare di oltrepassare alcune ineludibili barriere della normazione ignorandole o stravolgendole non può che portare a risultati insoddisfacenti, in quanto

¹⁴⁴ In questo senso IACOVIELLO F.M., *Il falso in bilancio nei gruppi di società: come il processo penale modifica il diritto penale*, in *Cass. Pen.*, 1998, 3151-3152.

¹⁴⁵ Si veda BEVILACQUA F.C., *Responsabilità da reato*, cit. 133.

non si troverebbero argomentazioni valide per sostenerli sotto il profilo normativo, nonché sotto quelli logico e sistematico.

Non resta a questo punto che affrontare il problema utilizzando le risorse a disposizione. Da un lato, valorizzando le previsioni normative esistenti, capaci di fornire preziosi strumenti idonei allo scopo. Dall'altro lato, utilizzando le categorie tradizionali elaborate nella riflessione giuridica, al fine di costruire prospettive sostenibili perché coerenti e logicamente valide.

D'altra parte, guardando con attenzione a quanto esposto nei precedenti passi della trattazione, si può notare come tra le pieghe del discorso siano emerse delle prospettive capaci di illuminare una via verso una soluzione della questione, magari non ancora perfetta (non può sostituire l'attività del Legislatore), ma certamente soddisfacente.

Nei paragrafi a seguire, si illustreranno le due ricostruzioni, allo stato, in grado di fornire un approdo utile alla lunga ricerca che non si è smesso di continuare.

9. Una soluzione parziale. I soggetti apicali della controllante come amministratori di fatto della controllata

La prima delle due possibili soluzioni proposte, come può evincersi dal titolo del presente paragrafo, può condurre solo ad un successo parziale. Il motivo è che la ricostruzione che si fornirà non avrà una valenza generale, accompagnandosi alla possibilità di essere applicata in ogni caso. Al contrario, sarà necessaria un'indagine specifica della realtà concreta per poter stabilire se la tesi in discussione possa interessare il singolo caso che si presenti all'esame dell'interprete.

L'ipotesi si configura come segue. Il punto da chiarire è se i soggetti in posizione apicale nella società controllante possano essere considerati soggetti apicali della controllata, nella veste di amministratori di fatto della stessa. Nel caso la risposta al quesito risultasse affermativa, sarebbe necessario capire quali conseguenze comporterebbe questa impostazione. Si proceda con ordine, cominciando dal dato normativo a disposizione.

Si inizi col ricordare che l'art. 5, co. 1, d.lgs. 231/2001 afferma che l'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso. Può ritenersi che i soggetti appena descritti siano riconducibili alla figura del c.d. amministratore di fatto.

Al fine di riempire di significato le espressioni “gestione” e “controllo” dell’ente può citarsi un articolo del codice civile. Tale articolo, invero, non è dettato per essere applicato in via generale, ma può certamente risultare utile al fine di individuare quali possano essere le caratteristiche immancabili e i tratti caratterizzanti con riguardo alla figura dell’amministratore di fatto, cui si riconnette l’attività di gestione di una società.

L’art. 2639, co. 1, c.c., chiarisce che, in ordine ai reati previsti nel titolo in cui si inserisce l’articolo in discorso, al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile è equiparato sia chi è tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata, sia chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione. Nel leggere l’articolo, va posta l’attenzione sul rilievo dato alle caratteristiche necessarie di continuità e significatività nell’esercizio dei poteri tipici della qualifica o della funzione. Non si potrà dunque considerare come amministratore di fatto chicchessia, in base alla semplice intromissione nelle funzioni gestorie di una società, ma tale qualifica potrà spettare solo ad un soggetto che eserciti i poteri tipici della qualifica o della funzione in maniera frequente e regolare, per un periodo apprezzabile, e in modo tale da influire in materia determinante sull’attività della società interessata.

Tenuto conto delle conseguenze traibili dal dettato civilistico, si può dunque affermare che “non una qualsivoglia ingerenza consente di attribuire la responsabilità penale prevista per il soggetto qualificato, ma solo quella che aderisce alle attribuzioni che tracciano il profilo contenutistico essenziale della qualifica, senza le quali la figura stessa perderebbe di intelligibilità e radicamento nella realtà istituzionale dell’organismo societario”¹⁴⁶.

Va segnalato come l’elaborazione relativa a questa disposizione abbia tratto spunto dalle elaborazioni della dottrina e della giurisprudenza più sensibili, le quali erano concordemente pervenute a cogliere l’essenza della qualifica nell’esercizio di “funzioni gestorie svolte in via di fatto” che “abbiano carattere sistematico e non si esauriscano, quindi, nel compimento di alcuni atti di natura eterogenea ed occasionale”¹⁴⁷.

Entrambe le disposizioni menzionate prendono in considerazione, accanto al dato formale, anche la realtà concreta, fattuale, effettiva, lasciando all’interprete ampio

¹⁴⁶ Con queste parole ALESSANDRI, in *Il nuovo diritto penale delle società. D.Lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, a cura di ALESSANDRI, Milano, 2002, 45.

¹⁴⁷ Cass. Civ., sez. I, 14 settembre 1999, n. 9795, in *Giur. Comm.*, 2000, II, 168 ss., con nota di ABRIANI

spazio nella ricerca e nell'individuazione dei soggetti da ricondurre nelle categorie descritte. A fare da contraltare a questa osservazione, tuttavia, sta il fatto che la figura dell'amministratore di fatto si colora di connotati ben precisi e di non immediata integrazione né verificabilità.

È ora giunto il momento di sciogliere il dubbio alla base del presente paragrafo. È possibile affermare che, nella realtà concreta, sul piano economico, umano e fattuale, in molti casi gli amministratori della società controllante esercitano attività tali da rendere possibile la loro riconduzione alla figura dell'amministratore di fatto di una società controllata, per come descritta poc'anzi. Spesso, infatti, l'attività di direzione e coordinamento oltrepassa, di fatto, il limite della distinta soggettività delle società parte del gruppo e l'attività degli amministratori della capogruppo si connota come un'influenza (per non dire ingerenza) determinante sull'attività della società eterodiretta, fino a giungere, in alcuni casi, ad essere una vera e propria attività di gestione in prima persona, occulta o comunque sprovvista dell'etichetta formale, della società controllata.

Si può condividere quanto afferma chi scrive che “non sembra improbabile che, quanto meno nelle ipotesi più pregnanti di controllo (immaginiamo un controllo pari o vicino al 100%), l'amministratore della capogruppo possa svolgere funzioni gestorie anche nella società coordinata e diretta, attraverso direttive vincolanti, frequenti riunioni e altri contatti con i gestori delle società dirette, fino alla vera e propria ingerenza”¹⁴⁸.

È utile, per un riscontro pratico, riportare l'opinione espressa, in relazione alla figura dell'amministratore di fatto di una controllata, in una pronuncia giurisprudenziale del 2004, la quale, esprimendosi in relazione alla possibilità di applicare una misura interdittiva, afferma che “se si hanno elementi per ritenere che l'amministratore della controllante si ingerisca non episodicamente nella direzione operativa della controllata e che gli atti da lui compiuti sistematicamente in quest'ultima siano dovuti al rapporto di fatto che il soggetto instaura con la controllata, allora si deve concludere che questo svolga funzioni di amministratore di fatto di quest'ultima, e la misura interdittiva deve essere richiesta ed applicata nei confronti della medesima controllata per l'illecito dipendente da reato commesso in posizione apicale in quest'ultima”¹⁴⁹.

¹⁴⁸ In questo senso BEVILACQUA F.C., *Responsabilità da reato*, cit., 125.

¹⁴⁹ Cfr. Trib. Milano in funzione di giudice del riesame, Sez. XI penale, ordinanza 20/12/2004.

Va però chiarito un punto fondamentale: l'attribuzione della qualifica di amministratore di fatto della controllata in capo a un soggetto in posizione apicale nella controllante non può essere il frutto di un procedimento automatico. Quanto affermato sopra sulle dinamiche che caratterizzano la realtà concreta si riferisce a un fenomeno possibile, non certo sicuro e il cui verificarsi è indefettibile. Può ben darsi che un gruppo sia costituito da una società controllante che esercita l'attività di direzione e coordinamento sulle controllate in modo assolutamente ineccepibile, per mezzo di amministratori perfettamente rispettosi dell'autonomia e della distinta soggettività delle società controllate, così come dei poteri e del ruolo degli amministratori delle stesse, i quali rimangono liberi di determinarsi come ritengono opportuno.

Al riguardo, si è notato che “il confronto con il concreto fenomeno dei gruppi di società mostra una realtà affatto diversa da quella del muto, costante e totale asservimento dei vertici delle controllate alla volontà e alla gestione di quelli della *holding* cui, come si è detto, fa riferimento una parte della giurisprudenza (essenzialmente penale)”¹⁵⁰. In riferimento a ciò, è interessante notare come la ripartizione del rischio di impresa si accompagni spesso a una divisione dei compiti all'interno del gruppo, la quale “fa sì che ai vertici, e cioè a quanti esercitano la direzione unitaria, spettino lo studio e la predisposizione delle strategie d'impresa, lo stabilire le percentuali dei profitti e le quote di produzione”, mentre “la scelta dei mezzi per raggiungere quegli obiettivi viene naturalmente lasciata alla discrezione dei *managers* che gestiscono le società operative e le divisioni dal punto di vista operativo”¹⁵¹.

Si ritorni, però, all'ipotesi in cui effettivamente sia possibile considerare un soggetto in posizione apicale nella società capogruppo come amministratore di fatto di una società controllata. È ora il momento di capire quali potrebbero essere le conseguenze di questa operazione di inquadramento.

Effettivamente, se un reato fosse commesso da un soggetto legato alla società controllata in veste di amministratore di fatto e quel soggetto formalmente appartenesse

¹⁵⁰ Così SCAROINA E., *Societas delinquere potest*, cit., 238; Cfr. anche CARLETTI, *La responsabilità penale nel gruppo di società: il caso della Icmesa di Seveso*, in *Riv. Giur. Lav.*, IV, 1984, 29.

¹⁵¹ Così STELLA F., *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, 465; contro l'assimilazione indiscriminata degli amministratori della capogruppo ad amministratori di fatto delle controllate anche CALAMANTI, *La responsabilità*, cit., 571; IACOVIELLO, *Il falso in bilancio nei gruppi di società*, cit., 3159; MARRA, *Legalità ed effettività delle norme penali. La responsabilità dell'amministratore di fatto*, Torino, 2002, 271.

alla controllante in veste di soggetto in posizione apicale, e se inoltre fossero integrati gli altri parametri richiesti dal d.lgs. 231/2001, allora la società capogruppo potrebbe veder riconosciuta la sua responsabilità amministrativa da reato con riguardo al reato commesso dal suddetto soggetto. Se, però, il soggetto avesse commesso il reato nell'interesse tanto della controllata quanto della controllante, bisogna chiedersi quali sarebbero le conseguenze. Non sembra praticabile la soluzione consistente nel ravvisare, in questo caso, un concorso nell'illecito *ex* d.lgs. 231/2001. Un concorso di questo tipo, infatti, non è previsto nel provvedimento normativo in questione e ipotizzarlo risulterebbe azzardato. Piuttosto, ad un esame attento, risulta che ci si trovi in presenza di due illeciti distinti e questo per via del fatto che da un lato si pone una responsabilità da reato della controllata per un reato commesso nel proprio interesse da un suo amministratore di fatto, dall'altro lato una responsabilità sempre da reato ma della controllante, dipendente da un reato commesso dalla stessa persona fisica, ma nella veste di soggetto in posizione apicale nella stessa e nell'interesse proprio della società in questione. È vero, una soluzione di questo tipo sembra difficile da accettare, e questo perché la circostanza che dal medesimo fatto di reato, commesso dalla stessa persona fisica, possano sorgere due distinte responsabilità da reato a carico di due distinte società sembrerebbe portare ad una forte frizione col principio del *ne bis in idem*. Tuttavia, bisogna controbattere, le responsabilità da reato in discorso non porterebbero a una doppia punizione per il medesimo illecito penale, semmai sono responsabilità derivanti in via mediata dallo stesso: sul piano logico e giuridico sono ravvisabili due distinti illeciti a carico di due distinti soggetti, ed entrambi sono integrabili nel suddetto modo. Il solo a poter dettare una soluzione maggiormente equa è il Legislatore, ma, fin quando esso non interviene, l'interprete deve accettare di poter solo riconoscere la soluzione che gli appare più coerente dal punto di vista tecnico e logico.

Si può quindi salutare con favore la lettura di passi come il seguente, in cui si considera possibile "l'affermazione della responsabilità della *holding* per i reati commessi dai suoi vertici cui sia stata riconosciuta – sussistendo le condizioni poste dall'art. 2639 c.c. – la qualità di amministratori di fatto della controllata: in tal caso, in considerazione della prevalenza del dato sostanziale su quello formale, potrà intendersi integrato il requisito posto dall'art. 5 a fondamento dell'imputazione oggettiva dell'illecito alla *holding*, essendo il reato commesso da soggetto posto sia (di fatto) al

vertice dell'ente nell'ambito della cui attività il reato è stato commesso, sia (formalmente) della capogruppo da cui dipende"¹⁵².

In conclusione, la tesi presentata in questo paragrafo rappresenta una soluzione parziale al problema. È vero, il percorso proposto e ricostruito consente di affermare la responsabilità da reato della società controllante per un reato commesso nell'ambito di una società eterodiretta facente parte del medesimo gruppo della prima, ma tutto ciò passa attraverso la necessaria attribuzione a determinati soggetti di una qualifica di fatto, e l'attribuzione in questione non potrà essere automatica o valere in via generale, bensì andrà ricercata ed individuata avendo riguardo al singolo caso oggetto d'esame e alla realtà concreta ed effettiva per come si presenta agli occhi dell'interprete, la cui operazione potrà verosimilmente dare esito positivo solo, appunto, in misura parziale in relazione alla totalità dei casi.

10. Una soluzione possibile. Il concorso di persone nel reato

È arrivato il momento di individuare una possibile soluzione alle problematiche individuate ed analizzate finora. Lo strumento utile a raggiungere lo scopo è il concorso di persone nel reato. Come noto, secondo l'art. 110 c.p., quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita.

Allo stato attuale delle cose, volendo mantenere il rispetto del dato normativo, delle categorie tradizionali del pensiero giuridico e dell'imprescindibile coerenza logica che deve guidare un'analisi, è necessario ammettere che non esistono ricostruzioni concernenti la responsabilità da reato degli enti in grado di permettere il sorgere di una responsabilità *ex* d.lgs. 231/2001 in capo alla società a capo di un gruppo per il semplice fatto che venga commesso un reato nell'ambito di un'altra società del gruppo. Serve qualcosa di più. Dovranno essere integrati tutti i parametri previsti dal d.lgs. 231/2001 in grado di determinare la responsabilità dell'ente. E, fra questi, importanza centrale assumerà l'autore del reato, che dovrà necessariamente essere un soggetto appartenente alla società capogruppo. E questo parametro potrà essere integrato ogniqualvolta gli autori del reato saranno più di uno, in concorso tra loro. Al fianco dell'autore del reato appartenente alla società controllata, potrà collocarsi un concorrente nello stesso, ma inquadrato nella struttura della capogruppo. Se uno dei responsabili dell'illecito penale

¹⁵² Ancora una volta SCAROINA E., *Societas delinquere potest*, cit., 237.

risultasse essere un soggetto in posizione apicale o sottoposto nella società controllante, allora, se anche tutti gli altri criteri d'imputazione fossero integrati, potrebbe davvero sorgere una responsabilità da reato *ex d.lgs. 231/2001* per la società capogruppo.

Si può concordare con chi ha sostenuto 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) postula il concorso nel reato dei rappresentanti dei due enti: in tal caso, infatti, i concorrenti attrarranno, ove il fatto sia commesso nell’interesse delle rispettive società, la responsabilità di queste a norma dell’art. 5 del d.lgs. n. 231 del 2001”¹⁵³, affermando anche che sia “preferibile imboccare il più rassicurante percorso che conduce – attraverso la mediazione della persona fisica – a riconoscere la responsabilità degli enti a favore dei quali abbiano agito i concorrenti eventuali nel reato, permettendo così di superare, senza alcuna forzatura nel sistema o lesione dei principi che governano (anche) la responsabilità degli enti, le lacune di disciplina riscontrabili nella nuova normativa”¹⁵⁴.

Volendo dare un ordine ai concetti sopra esposti può ragionarsi come segue. Ai fini dell’affermazione della responsabilità *ex d.lgs. 231/2001* della società capogruppo per un reato commesso nell’ambito di una società controllata, è necessario prima di tutto guardare al reato commesso, al fine di individuarne i responsabili. Nel caso essi fossero più di uno, e tra i concorrenti nel reato fosse annoverabile un soggetto appartenente alla società controllante, allora si potrebbe passare a valutare la possibilità che siano integrati anche tutti gli altri criteri d'imputazione, oggettivi e soggettivi, previsti dal d.lgs. 231/2001. Se tale ricerca desse esito positivo, allora sarebbe possibile l’attribuzione di una responsabilità amministrativa da reato alla società capogruppo. Il percorso additato è un percorso generale, valevole sempre sul piano giuridico, senza che si possano frapporre ostacoli attinenti alla necessità di indagare la realtà concreta e il piano fattuale. Infatti, ove fosse possibile ricostruire la vicenda giuridica nel modo sopra descritto, l’iscrizione di una responsabilità *ex d.lgs. 231/2001* alla società controllante non sarebbe un’eventualità, ma una conclusione logica e coerente.

¹⁵³ Così SCAROINA E., *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo d'impresa*, Milano, 2006, 252; nello stesso senso, v. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse o a loro vantaggio*, Milano, 2005, 117.

¹⁵⁴ In questi termini SCAROINA E., *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo d'impresa*, Milano, 2006, 253; nello stesso senso, GRECO, *Intervento*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche nei gruppi di società*, Atti Corporate Governance Forum, Roma, 2 febbraio 2005; DI BENEDETTO, *Intervento*, in *La responsabilità*, cit., 29 ss.

Giunti a questa conclusione, è evidente come sia necessario contenere l'applicazione dell'art. 110 c.p. entro i ristretti limiti imposti dal rispetto del principio di tassatività, evitando il rischio di eccessi giurisprudenziali in relazione al tema, rifuggendo la tentazione, incentivata dalla crescente istanza sociale di repressione della criminalità d'impresa, di considerare la fattispecie plurisoggettiva eventuale alla stregua di una "landa dell'indifferenziato, nel cui grigiore uniforme sbiadisca ogni differenziazione tra i contributi dotati di tipicità originaria e le condotte irrilevanti al di fuori del contesto concorsuale"¹⁵⁵.

È vero che, usualmente, alla società a capo del gruppo compete la determinazione delle politiche generali del gruppo e degli obiettivi da conseguire, e che agli amministratori delle controllate rimane la scelta circa le modalità per attuarle. Potrebbe apparire che basti questo per considerare un contributo rilevante l'indicazione di obiettivi o percorsi, ad opera dei vertici della controllante, il perseguimento dei quali porti alla commissione di reati nell'ambito di una società controllata. In uno scenario quale quello di cui si discorre si è osservato che "può accadere che i vertici richiedano ai quadri intermedi la realizzazione di programmi che, perfetti sulla carta, si rivelino poi irrazionali o impraticabili. Gli alti dirigenti, cioè, chiusi nella loro torre d'avorio, spesso non si curano delle difficoltà pratiche che invece la realizzazione comporta, né tantomeno vedono gli ostacoli legali che si possono frapporre alla messa in atto dei loro progetti [...] La concretizzazione delle proposte dei vertici può perciò spesso implicare, oltre che difficoltà di ordine puramente tecnico-pratico, anche la necessaria violazione della legge penale"¹⁵⁶.

Nel contesto di riferimento, però, è necessario affermare come non sarebbe ammissibile il tentativo di rintracciare la responsabilità da concorso nel reato dei soggetti appartenenti alla società capogruppo ponendo a base della stessa generici richiami alla pregnanza della direzione unitaria, al superiore interesse di gruppo o all'influenza concretamente esercitabile, bensì si renderà necessario accertare la completa presenza dei presupposti necessari per attribuire la responsabilità penale, nel caso specifico considerato, a uno dei suddetti soggetti. Al proposito, sono state scritte

¹⁵⁵ Cfr. PEDRAZZI C., *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, 309.

¹⁵⁶ Così DE MAGLIE C., *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, 54; STELLA F., *Criminalità d'impresa*, cit., 466 mette in risalto che "non in tutti i gruppi l'idea di responsabilità viene intesa in modo così rigido da non consentire nessuna scusa a chi fallisca nel raggiungere un obiettivo finanziario".

queste intelligenti parole: “le difficoltà che si evidenziano nel momento di attribuzione della responsabilità penale agli amministratori per condotte realizzate all’interno dei molteplici e intricati ruoli che caratterizzano i raggruppamenti societari, non giustificano “scorciatoie” di puro comodo nel momento ricostruttivo delle possibili forme di compartecipazione criminosa”¹⁵⁷. Si pone come necessario, pertanto, il riferimento alle regole che presiedono la teoria della compartecipazione criminosa, specie sotto il versante della determinazione del contributo minimo rilevante. I vertici della società controllata, come detto più volte, mantengono i poteri necessari a evitare il compimento di un reato, per cui, nell’ipotesi in cui lo stesso venga commesso, non si potrà considerare come concorrenti i vertici della capogruppo per il solo fatto che abbiano assunto comportamenti attinenti al contesto in cui si è prodotto l’illecito penale, ad esempio indicando un obiettivo strategico¹⁵⁸, tanto più che non può pretendersi dai *managers* della *holding* che essi prevedano o conoscano tutte le modalità di attuazione di quanto richiesto o che si aspettino che la realizzazione di quanto indicato, ad opera dei vertici della società eterodiretta, porti inevitabilmente alla commissione di un reato. Non si potranno accettare, quindi, giudizi di natura meramente prognostica, deficitari quanto all’individuazione della tipicità delle azioni dei vertici della controllante e della colpevolezza degli stessi, basati sulla pretesa attitudine o idoneità della posizione dei vertici della controllante a fungere da elemento determinante l’altrui proposito criminoso, o di rafforzamento dello stesso. Al di fuori dei casi in cui i criteri d’imputazione per i vertici della *holding* siano integrati, va sempre ricordato come uno scenario caratterizzato da una direzione unitaria esercitata dalla capogruppo sia assolutamente lecito, e come l’attività di indirizzo e coordinamento, in sé considerata, messa in atto da parte dei vertici della controllante sia non solo, nei fatti, apprezzabile, ma anche giuridicamente non rimproverabile. Non basta l’esercizio della propria lecita

¹⁵⁷ In questi termini CALAMANTI, *La responsabilità*, cit., 574; cfr. anche ALESSANDRI, *I reati societari: prospettive di rafforzamento e di riformulazione della tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 583; MARUOTTI, *Il falso in bilancio consolidato ed il “passo del gambero”*, in *Diritto e impresa: un rapporto controverso*, a cura di MANNA, Milano, 2004, 677; PEDRAZZI, *Dal diritto penale delle società*, cit., 834; PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale d’impresa*, in *Riv. dir. trim. pen. ec.*, 1988, 130.

¹⁵⁸ ROMANO M., in ROMANO – GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, II, Artt. 85-149, III ed., Milano, 2005, *sub. art.* 110, 157 richiama l’attenzione sul fatto che “quando l’istigazione viene in considerazione non come fattispecie autonoma, ma quale forma di partecipazione – sia come determinazione in altri di un proposito criminoso prima inesistente che come rafforzamento di un altrui proposito criminoso – essa richiede che siano determinati l’oggetto e i destinatari. L’istigazione, quindi, deve concernere un reato determinato”.

funzione per essere giudicati penalmente responsabili: esso deve tradursi in un comportamento penalmente illecito.

Un'attenzione particolare, nel discorso in questione, va dedicata al rispetto del principio di colpevolezza. L'esigenza di rispetto dello stesso non deve permettere che, sotto la spinta di volontà o esigenze di repressione, spesso rivolte contro i vertici della *holding*, si adottino percorsi argomentativi orientati a rintracciare l'elemento soggettivo del concorrente nel reato, vanificando una puntuale e scrupolosa ricerca del parametro d'imputazione rappresentato dalla colpevolezza dell'autore del fatto, sulla base di formule come "non poteva (o non avrebbe dovuto) ignorare"¹⁵⁹, riconducibili ad un'asserita equivalenza tra la "ragionevole possibilità" per i vertici della capogruppo di prevedere la commissione del reato da parte dei soggetti apicali della controllata e la "consapevolezza" effettivamente raggiunta in ordine a questo punto. Le due situazioni non si equivalgono e la prima non può essere usata come fondamento della colpevolezza dell'autore del fatto tipico.

Una degna chiosa a ciò che si è detto negli ultimi capoversi viene dalle seguenti parole: "le preoccupazioni repressive non devono prendere la mano: le falle del sistema sanzionatorio non si chiudono indebolendo i presupposti sostanziali della responsabilità (la certezza [...] della condanna quasi a surrogare la svanita certezza della pena)"¹⁶⁰.

Un utile esempio pratico della prospettiva presentata in questo paragrafo può concernere l'attività di predisposizione del bilancio consolidato. Si ribadisce che, al riguardo, sono insussistenti, in capo agli amministratori della controllante, obblighi di controllo o poteri di rettifica in ordine all'eventuale falsità dei bilanci delle controllate.

Tuttavia, può configurarsi un'ipotesi di concorso nei reati di cui agli artt. 2621 e 2622 c.c., e ciò nel caso di c.d. "falsità derivata" del bilancio consolidato, dovuta cioè al recepimento nello stesso dei dati falsi contenuti nei bilanci di una società eterodiretta facente parte del gruppo. Infatti, l'alterazione delle scritture contabili aventi ad oggetto il gruppo complessivamente considerato, potrebbe dimostrarsi il frutto di un accordo tra i soggetti apicali delle società che lo compongono, ovvero dell'autonoma scelta dei vertici della capogruppo di consolidare i bilanci trasmessi dalle controllate pur essendo

¹⁵⁹ In argomento CALAMANTI, *La responsabilità*, cit., 575; CRESPI, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1147 ss.; PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, cit., 1265 ss.; anche ALESSANDRI, *Corporate*, cit., 537 mette in guardia contro il pericolo di una virata verso "un diritto penale del rischio".

¹⁶⁰ Così PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, cit., 1268.

consapevoli della loro falsità¹⁶¹. In questo caso, sarà rintracciabile un concorso nei reati relativi alle false comunicazioni sociali posto in atto dai soggetti al vertice della capogruppo, con la conseguenza che la società controllante potrà essere chiamata a rispondere, ove fossero integrati tutti i parametri necessari, dell'illecito amministrativo derivante dai suddetti reati, secondo quanto previsto dal d.lgs. 231/2001.

Va sottolineato, inoltre, come sia irrilevante la concreta ravvisabilità di un illecito amministrativo da reato anche in capo alla controllata: la responsabilità della società controllante è autonoma e sarà riscontrabile ogniqualvolta siano integrati correttamente i criteri d'imputazione richiesti.

Un altro elemento interessante riguarda il fatto che il percorso argomentativo seguito consente di sanzionare, ex d.lgs. 231/2001, non solo la società capogruppo nel caso di reati commessi nell'ambito delle controllate, ma anche la controllata nel caso di reati commessi nell'ambito della *holding*, nonché di intervenire nelle ipotesi – tutt'altro che remote – di reati che interessino congiuntamente società c.d. “sorelle”.

In definitiva, può affermarsi che “le conclusioni che qui [...] si propongono possono risultare idonee, se applicate nell'assoluto e necessario rispetto dei principi vigenti in materia penale, a colpire in modo selettivo le forme patologiche di asservimento della struttura – di per sé lecite – del gruppo alle illecite finalità di alcuni esponenti del vertice aziendale”¹⁶².

In conclusione, la tesi esposta nel presente paragrafo si è dimostrata idonea a fornire una prospettiva teorica di valenza generale, in grado di condurre a una valida ricostruzione della responsabilità da reato ex d.lgs. 231/2001 della società controllante nel caso di reati commessi nell'ambito della società controllata.

11. Un ulteriore problema: i gruppi con società estere

¹⁶¹ La dottrina e la giurisprudenza, infatti, concordano nell'escludere che la volontà di concorrere presupponga un “previo accordo”, ovvero la “reciproca” consapevolezza dell'altrui concorso, essendo sufficiente la coscienza “unilaterale” del contributo altrui: in tema si vedano, per tutti, PEDRAZZI, *Il concorso di persone*, Palermo, 1952, 83; per la giurisprudenza, Cass. pen., sez. VI, 20 gennaio 2004, n. 1271. Invece, nell'ipotesi in cui non risulti provata alcuna consapevolezza da parte dei vertici della capogruppo in ordine alla falsità dei dati inviati dagli amministratori delle controllate e oggetto di consolidamento, sarà configurabile solamente una responsabilità degli amministratori della controllata, inquadrabile (quanto al bilancio consolidato) nello schema previsto dall'art. 48 c.p.: in tal senso Cass. pen., sez. V, 10 gennaio 2001, n. 191.

¹⁶² SCAROINA E., *Societas delinquere potest*, cit., 267.

In chiusura del capitolo, si propongono alcune considerazioni su un tema apparentemente secondario, ma in realtà di grande rilievo pratico. Va ricordato, infatti, che nell'economia moderna, caratterizzata da una forte globalizzazione e da un'accentuata transnazionalità delle attività economiche, moltissimi gruppi di società operanti in Italia annoverano società aventi la loro sede in stati esteri. Pertanto, nel caso in cui venga commesso in Italia un reato riconducibile ai reati presupposto indicati dal d.lgs. 231/2001, e tale reato fosse commesso nell'ambito di società estere facenti parte di un gruppo la cui capogruppo è italiana, o, al contrario, il reato in questione fosse commesso nell'ambito di una società italiana controllata da una *holding* con sede all'estero, si pone il problema di capire quali conseguenze si avrebbero sul piano giuridico.

Va subito chiarito, però, che, relativamente alla possibilità di applicare l'apparato sanzionatorio *ex* d.lgs. 231/2001 a un soggetto estero, il decreto in questione nulla dice sul punto. Con riferimento, invece, a una diversa ipotesi, l'art. 4 del d.lgs. 231/2001 prevede che, nei casi e alle condizioni previsti dagli articoli 7, 8, 9 e 10 del c.p., gli enti aventi nel territorio dello Stato la sede principale rispondono anche in relazione ai reati commessi all'estero, purché nei loro confronti non proceda lo Stato del luogo in cui è stato commesso il fatto.

Sul punto che interessa non si è raggiunto un consenso dottrinale: da un lato si può sostenere che sia talmente pacifico che anche una società estera i cui soggetti commettono i reati in Italia risponda, ove ne ricorrano le condizioni, *ex* d.lgs. 231/2001, che il Legislatore non ha considerato necessario disporlo testualmente; dall'altro lato, si può replicare che lo stesso Legislatore, disciplinando compiutamente l'ipotesi di reato commesso all'estero e, invece, omettendo di disporre in ordine alla diversa ipotesi in esame, abbia implicitamente negato l'estensibilità e la valenza del principio di territorialità espresso dall'art. 3 del c.p.¹⁶³. Risulta, però, opportuno osservare che, come il cittadino straniero che agisce nel territorio dello Stato è soggetto alla legge italiana, sembrerebbe una conseguenza logicamente coerente il fatto che una società estera che operi in Italia soggiaccia essa stessa alla legge del nostro Stato. Infatti, sarebbe troppo comodo per una società stabilire la propria sede all'estero per poi perpetrare impunemente, mediante i soggetti alla stessa appartenenti, illeciti in Italia. Inoltre, dal

¹⁶³ Così BEVILACQUA F.C., *Responsabilità da reato*, cit., 234-235.

momento che i soggetti responsabili di eventuali reati del tipo che qui interessa verrebbero perseguiti certamente in Italia, apparirebbe molto difficile da comprendere come invece la società cui appartengono andrebbe esente da qualsivoglia responsabilità.

Nel corso degli anni 2000, la giurisprudenza si è schierata sulla questione nel senso di ritenere applicabile la disciplina del d.lgs. 231/2001 alle società estere, e, al riguardo, possono citarsi due pronunce.

Secondo la prima¹⁶⁴, relativa al caso riguardante la società tedesca Siemens AG, le persone giuridiche straniere, nel momento in cui operano in Italia, hanno “semplicemente il dovere di osservare e rispettare la legge italiana e quindi anche il d.lgs. n. 231/01, indipendentemente dall’esistenza o meno nel Paese di appartenenza di norme che regolino in modo analogo la medesima materia”.

Per la seconda¹⁶⁵, riguardante la vicenda Parmalat, “consegue, e non potrebbe essere altrimenti, che nel momento in cui l’ente estero decide di operare in Italia ha l’onere di attivarsi e di uniformarsi alle previsioni normative italiane. Ragionando diversamente, l’ente si attribuirebbe una sorta di autoesenzione dalla normativa italiana in contrasto con il principio di territorialità della legge, in particolare con l’art. 3 del c.p.”.

Non ci si soffermerà in questa sede sui percorsi argomentativi seguiti nelle due pronunce, percorsi che hanno subito varie critiche, piuttosto si può concordare con le parole che seguono, secondo cui, nonostante si possa “convenire che a concludere diversamente” dalle pronunce citate “si rischierebbe di aprire un vuoto di tutela pericoloso, tuttavia l’articolato del 2001, anche a questo proposito, [...] non risulta sufficientemente completo e chiaro per poter decidere nel senso narrato”¹⁶⁶.

Per concludere, al fine di ricavare un’utilità pratica dal discorso svolto in questo paragrafo, bisogna domandarsi quali siano le ricadute sul piano dei gruppi di società (con componenti estere) di quanto detto fin qui. Aderendo alla tesi della non applicabilità del d.lgs. 231/2001 a società estere, *nulla quaestio*. Se però, per ipotesi, si propendesse per l’applicabilità dello stesso a queste ultime, il discorso sarebbe diverso. Fermo restando che la controllante, in via generale, risponde dell’illecito amministrativo dipendente da un reato commesso nell’ambito di una controllata solo nel caso in cui,

¹⁶⁴ Cfr. Trib. Milano, 27 aprile 2004, Ufficio g.i.p., ord. cautelare n. 950, Est. Salvini, Siemens AG, in, per tutti, *Le società*, 2004, 10, 1275, con nota di PERNAZZA F.

¹⁶⁵ Si veda Trib. Milano, ord. 13 giugno 2007, g.i.p. Tacconi

¹⁶⁶ In questi termini BEVILACQUA F.C., *Responsabilità da reato*, cit., 234-240.

oltre ad essere integrati tutti gli altri parametri, sia configurabile un concorso nel reato da parte di soggetti appartenenti alla controllante stessa, allora si avrebbe una situazione per cui, sia nel caso di controllata estera e controllante italiana, sia in quello di controllata italiana e capogruppo estera, nell'eventualità di un reato presupposto commesso, in concorso tra loro, da soggetti appartenenti a entrambe le società, l'apparato sanzionatorio *ex d.lgs. 231/2001* sarebbe applicabile sia alla società controllante sia a quella controllata.

Sarebbe auspicabile, in ogni caso, un intervento chiarificatore del Legislatore sul punto.

12. Considerazioni conclusive

Giunti alla fine di questo lungo percorso, è il momento di fare qualche osservazione a conclusione dello stesso. È vero, bisogna ammetterlo, non si è potuto raggiungere il risultato di trovare una “formula magica”, un *passe-partout* in grado di condurre, sempre e in ogni caso, ad un'attribuzione di responsabilità *ex d.lgs. 231/2001* alla società capogruppo nel caso in cui venga commesso un reato presupposto nell'ambito di una società controllata. Tuttavia si è ottenuto un risultato forse migliore: si è fatta chiarezza su quale sia la strada da percorrere per conseguire il suddetto risultato, ma per conseguirlo all'esito di una ricostruzione logica e coerente, rispettosa del dato normativo e che utilizzi gli strumenti a disposizione in una combinazione valida, e per questo proficua. Anche perché, bisogna ricordarlo, il raggiungimento di quanto detto sopra non rappresenta un obiettivo o un punto da segnare contro il mondo imprenditoriale. Esso, al contrario, va sostenuto e un modo per farlo, appunto, è non plasmare la realtà giuridica attorno ad esso inseguendo pulsioni repressive, ma offrire allo stesso canali sicuri e rispettosi dei principi del diritto in cui far scorrere le proprie risorse e potenzialità.

L'ultima delle tesi proposte, che fa leva sull'istituto del concorso di persone nel reato per fondare la responsabilità da reato della società controllante, rispetta il dato normativo e la logica che deve guidare un'analisi.

Rispetta il dato normativo, perché consente di rintracciare una responsabilità della controllante solo ove il reato sia commesso anche da un soggetto appartenente alla

stessa, nell'interesse della stessa, e laddove sia possibile evidenziare carenze della capogruppo sotto il profilo dei propri modelli organizzativi.

È rispettosa della logica, in quanto è chiaro che sarebbe paradossale, allo stato attuale delle cose, addossare una responsabilità da reato ad una società di cui nessun membro ha commesso un reato, la quale società si troverebbe trascinata senza possibilità di riemergere in un abisso creato da un soggetto da essa distinto e formalmente autonomo, senza che sia possibile contestare, a lei e ai suoi membri, data la mancanza di obblighi rilevanti sul piano penale, alcuna colpa in fatto di organizzazione.

Si può notare una cosa interessante. Le soluzioni individuate non sono state create: esistevano già. E questo è un segno ulteriore della capacità dell'ordinamento, in mancanza di interventi normativi pur auspicabili, di fornire comunque un'ancora di salvezza, di illuminare le soluzioni ai problemi, di offrire una grande varietà di strumenti giuridici utili all'interprete, il quale, poi, avrà l'onore e l'onere di utilizzarli, combinandoli nel miglior modo possibile per trovare, come, si spera, in questo caso, soluzioni efficaci nella realtà, contribuendo al migliorare del vivere associato.

CAPITOLO TERZO

RESPONSABILITÀ DA REATO DEGLI ENTI E GRUPPI DI SOCIETÀ. LA POSIZIONE DELLA GIURISPRUDENZA: LE SENTENZE FONDAMENTALI

1. Introduzione

Conclusa l'analisi sulla riflessione dottrinale compiuta in relazione al problema che si affronta nel presente lavoro, in questo capitolo verrà illustrata la posizione assunta, al riguardo, dalla giurisprudenza. Per fare ciò si passeranno in rassegna, concentrandosi sui passi utili ai nostri fini, alcune pronunce fondamentali, ognuna delle quali, per motivi diversi, costituisce un passaggio importante di questo percorso, un tassello utile a comprendere come la giurisprudenza abbia affrontato la questione di nostro interesse e quali posizioni abbia infine ritenuto di raggiungere.

Innanzitutto, il primo punto d'interesse sarà costituito da un'ordinanza del Tribunale di Milano del 20 settembre 2004. L'indagine toccherà questa pronuncia, in quanto essa si colloca in uno dei primi (anzi, probabilmente, il primo) tra i casi in cui la giurisprudenza si è trovata a doversi confrontare in modo significativo con la problematica dell'applicazione della disciplina *ex* d.lgs. 231/2001 in presenza di un gruppo di società.

Successivamente ci si concentrerà sulla sentenza n. 24583 del 20 giugno 2011, pronunciata dalla Quinta Sezione Penale della Corte di Cassazione. Questa importantissima sentenza è di indiscutibile interesse, infatti rappresenta la prima pronuncia in cui la Corte di Cassazione affronta in modo generale il problema di cui ci si sta occupando, cercando di stabilire i concetti teorici corretti al riguardo e di indicare gli opportuni percorsi ricostruttivi da seguire, nonché i possibili punti d'arrivo raggiungibili sul tema.

Si passerà quindi all'analisi, sempre per quanto riguarda i passi utili ai fini del presente lavoro, della sentenza n. 52316 del 27 settembre 2016, pronunciata dalla Seconda Sezione Penale della Corte di Cassazione. Tale pronuncia, come la precedente, assume un'estrema rilevanza, poiché al suo interno è contenuta una delle più complete, precise ed esaurienti tra le disamine relative alla responsabilità *ex* d.lgs. 231/2001 in generale e alle posizioni potenzialmente assumibili in merito alla questione

dell'applicabilità della disciplina in discorso in presenza del fenomeno di gruppo. Non solo, la sentenza citata, per operare la sua ricostruzione, attinge in maniera rilevante alla sentenza del 2011 menzionata sopra.

Infine, si svolgeranno delle considerazioni conclusive, volte a tirare le fila di quanto visto e ad offrire una prospettiva su quale sia, alla luce di quanto emerso, l'atteggiamento sul punto di nostro interesse adottato, stratificandosi nel tempo, dalla giurisprudenza, in specie dalla sua corte più autorevole.

Da ultimo, una notazione. Nelle pagine che seguono verrà dato ampio spazio alla lettera delle pronunce citate, soprattutto delle ultime due, di cui verranno riportati integralmente alcuni passi fondamentali. Questo dal momento che le pronunce in questione contengono diverse affermazioni pregnanti sul tema di nostro interesse, espresse con grande chiarezza e precisione, per cui poter fare riferimento in modo immediato al testo originale può risultare di grande utilità e interesse per il lettore.

2. Tribunale di Milano, uff. g.i.p., ordinanza 20 settembre 2004, n. 30382-03

Cominciamo dall'ordinanza del g.i.p. del Tribunale di Milano del 20 settembre 2004, n. 30382-03¹⁶⁷. Come detto, l'interesse che questa pronuncia è in grado di suscitare è dato dal fatto che essa costituisce uno dei primi casi, se non proprio il primo, in cui la giurisprudenza si è dovuta confrontare col punto nodale della presente indagine, ossia quali siano le prospettive di applicazione della disciplina della responsabilità da reato degli enti *ex d.lgs. 231/2001* quando ci si trovi di fronte ad un gruppo di società.

L'analisi di questa ordinanza sarà quindi interessante per due ordini di ragioni: innanzitutto si potrà constatare quali fossero le posizioni e gli atteggiamenti dei magistrati in funzione giudicante in ordine al problema prospettato in un periodo in cui la disciplina del 2001 era entrata da poco in vigore; in secondo luogo, nel prosieguo del capitolo si potrà trarre un bilancio in ordine al rapporto tra questa pronuncia e gli approdi raggiunti in anni più recenti con altre decisioni, ad opera della Corte di Cassazione.

La pronuncia in discorso si inserisce in una vicenda in cui sono state coinvolte alcune società, appartenenti a un gruppo, operanti a Milano nel campo della vigilanza

¹⁶⁷ Cfr. Trib. Milano, uff. g.i.p., ordinanza 20 settembre 2004, n. 30382-03; su questa pronuncia si veda, per tutti, l'analisi condotta da BEVILACQUA F.C., *Responsabilità da reato*, cit., 105 ss.

privata. Due di queste società si trovavano nella posizione di essere le controllanti rispetto alle restanti società costituenti il gruppo, che erano quindi controllate.

Un soggetto in posizione apicale nelle due società controllanti era stato accusato di aver realizzato, in concorso con altri soggetti appartenenti alle società del gruppo, delle operazioni di corruzione allo scopo di garantire l'assegnazione di alcuni appalti all'associazione temporanea di imprese costituita dalle suddette società. Più approfonditamente, i concorrenti, secondo l'accusa, avevano commesso reati di corruzione e truffa ai danni del Comune di Milano, pagando pubblici ufficiali affinché le associazioni temporanee costituite dalle loro società si aggiudicassero diversi appalti nel campo dei servizi di vigilanza. Inoltre, avevano fatto figurare un maggior impiego di forze rispetto a quelle effettivamente utilizzate, agendo diversamente da quanto stipulato precedentemente col Comune. Tra gli autori del reato era possibile annoverare un soggetto avente le qualifiche di presidente del consiglio di amministrazione e socio di una delle società controllanti, nonché di amministratore unico e socio dell'altra società a capo del gruppo.

In seguito alla perpetrazione delle condotte appena descritte, alcune delle società controllate appartenenti al gruppo erano effettivamente risultate vincitrici di numerose procedure ad evidenza pubblica.

Il g.i.p. di Milano, nell'ordinanza cautelare, al fine di verificare la sussistenza di tutti i presupposti per l'applicazione di una misura cautelare *ex art. 45 d.lgs. 231/2001* alle società controllanti, e ha vagliato la sussistenza dei requisiti di cui all'art. 5, co. 1 e 2, del decreto in discorso. L'ordinanza si è assunta il compito di verificare se il soggetto in posizione apicale avesse agito nell'interesse delle società in cui ricopriva tale ruolo oppure nell'interesse esclusivo proprio o di terzi, domandandosi, a tal proposito, se l'interesse delle controllate potesse qualificarsi in questi termini.

A questo scopo, il g.i.p. ha svolto una corposa digressione sull'essenza del gruppo societario, che sembra fare riprendere il pensiero di autorevole dottrina¹⁶⁸, le cui tesi, però, non si può affermare che siano unanimemente condivise.

¹⁶⁸ Cfr. GALGANO F., *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, in *Contr. Impr.*, 2002, 1015; sulla particolare concezione del gruppo come unica impresa da parte dello stesso Autore si veda *L'oggetto della holding è dunque l'esercizio mediato e indiretto dell'impresa di gruppo*, in *Contr. Impr.*, 1990, 401, e, ancor prima, *Qual è l'oggetto della società holding?*, in *Contr. Impr.*, 1986, 47.

Nella trattazione si sostiene che, nell'eventualità in cui un'impresa sia di notevoli dimensioni, essa può assumere una configurazione consistente nel presentarsi come una pluralità di società operanti sotto la direzione unificante di una società capogruppo. Le diverse società, differenziandosi, possono occuparsi di una specifica fase del processo produttivo, oppure operare in diverse zone geografiche. Le azioni di queste società appartengono in tutto o in parte a una società controllante, c.d. *holding*, che esercita su di esse un'attività di direzione e coordinamento, e che riconduce a unità, dal punto di vista economico, i diversi settori oggetto dell'attività delle singole società del gruppo.

Questa segmentazione dell'impresa in più società può condurre a separare tra loro due fondamentali funzioni caratterizzanti l'esercizio dell'impresa: l'attività di direzione da un lato, e quella di produzione o di scambio dall'altro. Secondo il magistrato milanese, in questo modo si avrebbe una *holding* c.d. pura, la quale si limiterebbe ad amministrare le proprie partecipazioni azionarie, cioè a dirigere le società operanti nel gruppo, senza svolgere alcuna attività di produzione o di scambio. Da essa si distinguerebbe la *holding* c.d. operativa, che eserciterebbe, reggendosi sulla propria posizione di controllo, un'attività di direzione e coordinamento sulle controllate operative, ponendosi così a capo del gruppo di società anche sotto questo versante. La capogruppo eserciterebbe, in quest'ipotesi, una funzione imprenditoriale consistente nella direzione strategica e finanziaria. La società *holding* esercita, in modo indiretto e mediato, la medesima attività d'impresa esercitata dalle società controllate in modo immediato e diretto. L'oggetto di questa tipologia di *holding* risulterebbe costituito, pertanto, dall'esercizio indiretto di attività d'impresa.

Secondo l'ordinanza, il concetto di interesse di gruppo, per il quale la società controllante che agisce in ausilio di altra società del gruppo non soddisferebbe un interesse altrui, ma realizzerebbe un proprio interesse, ha determinato l'inserimento nel codice civile delle norme sull'attività di direzione e coordinamento.

Fatte queste premesse, per il giudice le società a capo del gruppo avevano soddisfatto, attraverso le controllate, un proprio interesse. Infatti, esse erano state direttamente coinvolte nella gestione di queste ultime, non limitandosi a una mera gestione delle partecipazioni. Al contrario, avevano preso parte attivamente alle scelte decisionali, soprattutto a quelle relative agli appalti. Le controllanti erano quindi, per la pronuncia, *holding* di tipo operativo, e non puro, ed esercitavano in modo mediato e

indiretto la stessa attività d'impresa svolta delle controllate. Di conseguenza, seguendo questa ricostruzione, l'interesse della controllata risultava anche essere interesse della capogruppo operativa.

Il percorso svolto dalla pronuncia sembra sostenere che l'interesse di una controllata e quello della sua controllante finiscano col sovrapporsi, con il confondersi, fino a identificarsi, di modo che l'interesse dell'una giunga a costituire anche l'interesse dell'altra. Per questo motivo, non sarebbe quindi possibile affermare che si verifichi l'eventualità di cui all'articolo 5, co. 2: il soggetto agente non avrebbe agito esclusivamente nell'interesse proprio o di terzi.

Bisogna evidenziare come il giudice abbia spiegato la distinzione tra *holding* pura e *holding* operativa (e si è visto come dalla pronuncia emerga che nel caso di specie sia il secondo fenomeno a venire in considerazione), ma senza poi esplicitare se la differenza sia tale da comportare delle conseguenze con riguardo all'ascrizione di responsabilità amministrativa dipendente da reato.

Secondo l'impostazione dell'ordinanza, dunque, l'indagato, adoperandosi affinché le società controllate potessero aggiudicarsi gli appalti, aveva agito nell'interesse delle controllanti, e non di soggetti terzi. Le società a capo del gruppo sostenevano una diversa ricostruzione. Secondo loro, l'imputato aveva agito non quale soggetto formalmente in posizione apicale delle società al vertice del gruppo, ma in veste di amministratore di fatto delle controllate. Una conclusione simile avrebbe, all'evidenza, permesso di limitare l'attribuzione di responsabilità alla persona fisica e alle sole controllate, suggerendo quindi l'eventualità di una responsabilità da reato di quest'ultime, responsabilità dipendente dal reato presupposto commesso dal soggetto in posizione di fatto apicale. Detto altrimenti l'indagato, nel momento in cui aveva commesso i reati ascrittigli, non stava agendo come soggetto appartenente alle *holding*, e l'interesse per il quale aveva agito non era anche delle controllanti, bensì interesse esclusivo di terzi.

L'ordinanza, invece, valorizzando il ruolo svolto dal soggetto nelle controllanti, ha sottolineato che costui aveva potuto realizzare i comportamenti a lui contestati, pur non rivestendo alcuna formale posizione nelle controllate, proprio grazie "in funzione dei poteri" rivestiti nelle controllanti.

Qui però ci si trova davanti un punto delicato. Non sembra chiaro se sia possibile affermare che l'imputato avesse agito solo in uno dei particolari ruoli tra quelli rivestiti.

L'ordinanza ritiene anzitutto possibile questa distinzione. Per essa gli illeciti perpetrati erano stati commessi dal soggetto solo in funzione del suo formale ruolo nelle controllanti. Tuttavia, dovendo considerare la particolare compenetrazione tra l'attività delle diverse società del gruppo, non appare così scontato poter fare un'affermazione di questo tipo. Invece, l'ordinanza non sembra nemmeno voler analizzare nel merito la paventata ricostruzione relativa alla posizione di amministratore di fatto del soggetto agente. Forse perché, di fronte al fatto che egli aveva agito in concorso con persone fisiche appartenenti alle controllate, e dunque sufficienti a determinare la responsabilità anche di queste ultime, potrebbe non essere più apparso necessario ponderare la tesi secondo cui costui ricopriva anche un ruolo fattuale in esse.

Nella conclusione dell'ordinanza, come risultato della riscontrata sussistenza di tutti i presupposti necessari, è stata disposta una misura cautelare nei confronti delle società a capo del gruppo. Aniché applicare la misura richiesta dall'accusa, l'interdizione dall'esercizio dell'attività per un anno, il g.i.p. ha preferito consentire la prosecuzione dell'attività da parte di un commissario giudiziale per il medesimo periodo, decisione dovuta anche al fatto che l'interdizione dell'attività delle controllanti si sarebbe riverberata sulle controllate, determinando l'impossibilità, per parte loro, di proseguire nell'attività.

È quindi opportuno evidenziare come il fenomeno del gruppo porti con sé, in questa sede, una doppia valenza: si valorizza il gruppo allo scopo di sostenere l'avvenuta integrazione del parametro di imputazione oggettivo dell'interesse, ma anche con l'obiettivo di applicare una misura cautelare meno afflittiva, tale da non risultare eccessivamente penalizzante per le società controllate.

È arrivato ora il momento per poter svolgere alcune considerazioni in ordine alla pronuncia presentata. Ai nostri fini, i punti focali della riflessione maturata in quest'ordinanza sono due.

Innanzitutto, può citarsi la peculiare visione dell'attività d'impresa svolta dal gruppo di società, il quale gruppo viene visto come un'entità unitaria esercente, nonostante una particolare configurazione in grado di separare le diverse componenti, una pur sempre unica attività d'impresa. L'unitarietà viene riguardata sotto il profilo economico, ma,

come si è visto, finisce con l'assumere una rilevanza tale da poter influire anche sul piano giuridico. Questa posizione, per quanto visto in precedenza nel presente lavoro, non può essere condivisa. Il gruppo di società è composto da entità certo tra loro legate, ma che, lo si ricorda, rimangono sempre formalmente autonome e distinte, ognuna con al suo interno soggetti dotati di propri poteri e responsabilità.

Poi, sfruttando anche la posizione espressa nell'ultimo capoverso, l'ordinanza esalta il concetto di interesse di gruppo, e afferma l'identificazione tra l'interesse delle controllate e quello della controllante, cosicché, nel momento in cui un soggetto commette un reato agendo nell'interesse delle controllate, costui agisce anche nell'interesse della società capogruppo, permettendo così l'integrazione del parametro oggettivo d'imputazione *ex art. 5 d.lgs. 231/2001*. Anche su questo punto, in questa sede non ci si può trovare in accordo con la decisione milanese. Come chiarito in precedenza, l'interesse di gruppo non è un concetto compiutamente definito. Si è però giunti a poter affermare che esso non si identifica con quello delle singole società che compongono il gruppo. Esse, rimanendo entità autonome e distinte, mantengono anche una distinzione su quale sia il proprio interesse, che certo potrà talvolta coincidere, ma non sempre in via generale, come sembra cogliersi dall'ordinanza in analisi, per cui agire nell'interesse di una controllata significa, *ipso facto*, agire anche nell'interesse della controllante. Da ultimo, quindi, può ribadirsi come per attribuire una responsabilità da reato a una società appartenente a un gruppo, in caso di reato commesso nell'ambito di un'altra società appartenente allo stesso, deve sempre essere verificata in positivo la presenza di tutti gli elementi resi necessari dai criteri d'imputazione posti dal d.lgs. 231/2001, compreso l'interesse nella commissione del reato in capo alla società presa in considerazione.

In conclusione, per i motivi ora esposti, non si può condividere, su un piano generale, il percorso seguito nell'ordinanza del 2004 appena esaminata. Si può però notare come, all'epoca, fossero trascorsi solo tre anni dall'entrata in vigore della disciplina del 2001 e la discussione generale sulla tematica del rapporto tra gruppi di società e responsabilità da reato degli enti aveva potuto svilupparsi solo in misura attenuata.

È quindi il momento di vedere quali effetti abbia potuto avere sulle pronunce giurisprudenziali la riflessione emersa sul tema negli anni successivi.

3. Cassazione Penale, Sez. V, sentenza 20 giugno 2011, n. 24583

Si può passare, adesso, a considerare la sentenza n. 24583 del 20 giugno 2011, pronunciata dalla Quinta Sezione Penale della Corte di Cassazione¹⁶⁹. Come detto in precedenza, si tratta di una sentenza fondamentale. In essa infatti, per la prima volta, la Suprema Corte si produce in un importante sforzo al fine di chiarire il corretto percorso ricostruttivo da seguire in relazione all'applicabilità della disciplina *ex* d.lgs. 231/2001 in presenza di un gruppo di società, nel tentativo di indicare le nozioni fondamentali in materia e i punti cardine da seguire in ordine a tale questione.

La sentenza si pone a conclusione di una lunga vicenda giudiziaria che ha interessato diversi funzionari pubblici e operatori privati operanti nel territorio della regione Puglia, e che ha portato alla formulazione, nei confronti di diversi imputati, di svariati capi d'imputazione con riguardo a numerosi reati. La pronuncia stessa riporta che, all'esito delle indagini preliminari condotte nei confronti di amministratori della Regione Puglia, di molti imprenditori ed amministratori di società, di impiegati e funzionari della citata Regione e di funzionari della Procura della Repubblica di Bari, era stato richiesto il rinvio a giudizio di numerosi imputati per oltre novanta capi di imputazione, i quali andavano dall'associazione per delinquere alla concussione, dalla corruzione al finanziamento illecito di partiti, dai falsi in atti pubblico alla violazione dell'art. 615-*ter* c.p. e alla violazione di segreti d'ufficio. I fatti riguardavano un periodo di tempo che si estendeva dal 1999 al 2005.

Ai nostri fini, va evidenziato come fosse stato richiesto il rinvio a giudizio per alcune società facenti parte di un gruppo, società alle quali appartenevano alcuni degli imputati, per valutare l'eventuale responsabilità amministrativa dipendente da reato delle stesse, derivante dalla commissione di reati connessi a una competizione elettorale.

Il G.U.P del Tribunale di Bari, il quale aveva dichiarato la propria incompetenza per territorio in relazione ad alcune ipotesi di reato disponendo la trasmissione degli atti al Tribunale di Roma, all'esito dell'udienza preliminare aveva disposto il rinvio a giudizio per numerosi imputati per diverse ipotesi di reato, e, con sentenza emessa in data 11 dicembre 2009 ai sensi dell'art. 425 c.p.p., aveva dichiarato che si versasse in una

¹⁶⁹ Cfr. Cass. pen., sez. V, 20 giugno 2011, n. 24583.

situazione di non luogo a procedere nei confronti di altrettanti numerosi imputati per varie imputazioni, in alcuni casi prendendo atto del tempo trascorso dalla commissione dei fatti e dichiarando, quindi, l'estinzione dei relativi reati per intervenuta prescrizione, in altri ritenendo che non erano ravvisabili le ipotesi di reato contestate ed in altri ancora considerando che gli elementi posti a sostegno della richiesta di rinvio a giudizio non avrebbero consentito di sostenere l'accusa nella fase dibattimentale e, in ogni caso, che non era prevedibile che gli elementi di accusa potessero precisarsi e divenire più consistenti con l'istruttoria dibattimentale.

Con riguardo all'interpretazione dell'art. 425 c.p.p., il giudice di legittimità chiarisce che le regole di giudizio enunciate in via generale dal GUP appaiono corrette e non confliggenti con quelle indicate dal pubblico ministero, e che, pertanto, "ciò che si deve in modo puntuale verificare è se tali regole siano state o meno applicate correttamente nelle singole situazioni valutate".

Per quel che rileva ai nostri fini, il GUP aveva stabilito che alcune società del gruppo cui apparteneva uno degli imputati meritassero l'approfondimento dibattimentale, in quanto avevano tratto un vantaggio dalle operazioni di corruzione condotte dall'imputato in discorso, mentre ha ritenuto che altre quattro società, pur riconducibili allo stesso gruppo finanziario, non operassero nel settore sanitario e non avessero ricevuto vantaggi dalla corruzione, cosicché, per tali società, appariva inutile la fase dibattimentale.

Il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Bari aveva proposto ricorso avverso la sentenza poc'anzi menzionata. Per quel che interessa il presente lavoro, secondo il pubblico ministero proprio dalla fase dibattimentale sarebbe emerso il vantaggio e, quindi, l'interesse delle società indicate. Lo stesso, inoltre, aveva precisato che il GUP aveva dimenticato che l'imputato era l'amministratore di fatto di tutte le società.

Le società interessate, in veste di parti, avevano proposto memoria difensiva.

La Corte, passando a vagliare il ricorso del pubblico ministero, chiarisce subito che "i motivi di ricorso sono infondati, ed anzi sono ai limiti della ammissibilità".

La Cassazione quindi prosegue e afferma che "perché si possa affermare la responsabilità di un Ente ai sensi della L. n. 231 del 2001 sono necessarie alcune condizioni, che debbono ricorrere congiuntamente". Inizia qui la lunga e scrupolosa

disamina condotta dalla Suprema Corte in ordine al problema oggetto della presente indagine e ai punti che devono guidarne una corretta ricostruzione sul piano giuridico.

Secondo quanto si legge nella sentenza, innanzitutto è necessario che sia stato commesso uno dei reati di cui al d.lgs. n. 231 del 2001. Nel caso di specie, il reato presupposto è il delitto di corruzione e, quindi, “si deve ritenere che la prima condizione sia stata soddisfatta”.

Si continua affermando che “il secondo elemento necessario è che il reato presupposto sia stato commesso da una persona fisica che abbia con l’Ente rapporti di tipo organizzativo-funzionale; insomma è necessario che l’agente rivesta una posizione qualificata all’interno dell’Ente”. Viene qui in rilievo il parametro oggettivo d’imputazione, previsto dall’art. 5, co. 1, del d.lgs. 231/2001, riguardante il rapporto formale che deve legare l’autore del reato all’ente. Secondo la Cassazione, questo secondo elemento è stato poco considerato dal GUP. La Corte sottolinea, invece, come sia necessario rilevare che, per i legali rappresentanti di alcune delle società coinvolte, “è stata pronunciata sentenza di non luogo a procedere per la accusa di corruzione e di illecito finanziamento ad un partito politico, decisione confermata con la presente sentenza”.

Si giunge quindi a un passo fondamentale, in cui il giudice afferma che “la *holding* o altre società del gruppo possono rispondere ai sensi della L. n. 231, ma è necessario che il soggetto che agisce per conto delle stesse concorra con il soggetto che commette il reato; insomma non è sufficiente un generico riferimento al gruppo per affermare la responsabilità della società ai sensi della L. n. 231 del 2001”. Si rende necessario far notare come, enunciando questo principio fondamentale, la Suprema Corte si collochi su una posizione pienamente concorde con la conclusione maturata all’esito dell’indagine condotta nel precedente capitolo, posizione ivi compiutamente illustrata e sostenuta. Pertanto, anche in questa sede si riconosce come la società appartenente a un gruppo possa essere ritenuta responsabile di un illecito amministrativo *ex* d.lgs. 231/2001 dipendente da un reato commesso nell’ambito di un’altra società facente parte dello stesso gruppo, ma, da un punto di vista generale, a condizione che un soggetto appartenente alla prima società abbia concorso a commettere il reato presupposto.

La Corte ricorda come, secondo l'accusa, l'imputato sarebbe l'amministratore di fatto anche delle società di cui si è discusso in precedenza e, quindi, sarebbe soddisfatta la condizione alla quale si è fatto riferimento.

Il giudice, però, chiarisce come, su tale ultimo punto, il GUP abbia posto correttamente in evidenza come non vi fosse "alcun elemento per ritenere che i soggetti in posizione apicale dell'ente, fossero essi amministratori di fatto o di diritto, avessero agito oltre che nell'interesse proprio o di terzi anche nell'interesse concorrente dell'Ente". Assumono qui rilevanza il criterio oggettivo d'imputazione afferente all'interesse o vantaggio, stabilito sempre dall'art. 5, co. 1, del d.lgs. 231/2001, e la clausola di esclusione della colpevolezza che trova il suo riferimento nel co. 2 dello stesso articolo. Secondo la sentenza, su tale questione "di sicuro rilievo" l'atto di ricorso "appare del tutto carente".

La Suprema Corte continua con l'elenco, sostenendo che "il terzo elemento richiesto è che il reato presupposto sia stato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'Ente, interesse e vantaggio che debbono essere verificati in concreto, nel senso che la società deve ricevere una potenziale o effettiva utilità, ancorché non necessariamente di carattere patrimoniale, derivante dalla commissione del reato presupposto; è su tale ultimo punto che si è soffermata l'attenzione del GUP e del Pubblico Ministero.

Il GUP ha escluso che fosse ravvisabile un vantaggio delle società per le quali non ha ritenuto di disporre il rinvio a giudizio". Anche in questo passaggio il riferimento corre al criterio oggettivo d'imputazione relativo all'interesse o vantaggio, stabilito dall'art. 5, co. 1, del d.lgs. 231/2001.

Secondo la pronuncia, "il ragionamento del GUP non appare affatto illogico e non è messo in difficoltà dalle considerazioni svolte dal ricorrente". E questo perché, in primo luogo, bisogna "rilevare che lo stesso Pubblico Ministero doveva nutrire dei dubbi in ordine alla responsabilità delle quattro società in discussione, dal momento che non aveva richiesto l'applicazione della misura cautelare reale nei loro confronti". Infatti, nell'ordinanza del GIP del 19 giugno 2006 risultano coinvolte soltanto quattro società del gruppo di nostro interesse, e nessuna di queste appartiene al novero di quelle interessate dal ricorso all'esame della sentenza.

In secondo luogo, la sentenza evidenzia come il GUP avesse rilevato che "nessuna delle società prosciolte operava nel settore della sanità, che nessuna di loro

aveva avuto rapporti economici con il consorzio che aveva ottenuto l'appalto e che i servizi resi dalle predette società" non erano inerenti all'attività di gestione delle strutture gestite dal predetto consorzio.

Si legge, poi, come il ricorrente abbia rilevato che "vi sarebbe una contraddizione logica nella motivazione della sentenza perché con lo stesso atto si era deciso che anche società appartenenti al gruppo, ma con interessi non nell'ambito sanitario, dovessero essere trattate a giudizio".

Per la Corte, però, le cose "non stanno in questo modo perché il GUP, oltre ad avere rilevato che amministratore di fatto di tali società" era l'imputato, "ha posto in evidenza che esse avevano avuto rapporti economici" con il suddetto consorzio, "richiamando l'attenzione sul denaro euro ricevuto da una di esse ad opera del consorzio in questione per fornitura di giornali alle residenze sanitarie pugliesi in gestione.

Secondo la Suprema Corte, "per tutte le ragioni indicate il ricorso deve essere sul punto rigettato".

Per questi motivi, nel dispositivo la Corte di Cassazione conclude rigettando, sul punto, il ricorso del pubblico ministero.

Arrivati a questo punto, è opportuno osservare come il contenuto della sentenza sia da accogliere con favore se si è interessati al problema che dà origine alla presente indagine. Infatti, la Suprema Corte, seguendo un ordine quasi sempre coerente dal punto di vista logico, affronta con approccio generale e in maniera organica la questione di cui ci si occupa. L'analisi dei giudici, a circa dieci anni dall'entrata in vigore della disciplina del 2001, si dimostra ampia e completa, cominciando con lo stabilire dei punti fermi in ordine ai parametri richiesti ai fini dell'attribuzione di responsabilità ex d.lgs. 231/2001 a un ente, e combinandosi con lo sforzo di chiarire le condizioni richieste affinché una società appartenente ad un gruppo possa rispondere nel caso di un reato commesso nell'ambito di un'altra società del gruppo medesimo. La Cassazione si occupa poi di confrontare le conclusioni generali cui giunge, specificate nei capoversi precedenti, per vagliarne la presenza in rapporto al caso specifico sottoposto nella circostanza. Il percorso argomentativo si dimostra se non del tutto, almeno molto chiaro, ed è rispettoso del dato normativo, in consonanza con le posizioni illustrate nel capitolo precedente come possibili soluzioni al problema di cui ci si occupa.

Come detto in apertura del paragrafo, relativamente all'oggetto del nostro interesse questa è una sentenza fondamentale: per la prima volta la Corte di Cassazione affronta in via generale il problema del rapporto tra disciplina *ex art.* 231/2001 e gruppi di società, e, evidenziando i punti fondamentali della questione, nel rispetto del dato normativo cerca di fornire una soluzione non solo corretta, ma anche di utilità pratica.

4. Cassazione Penale, Sez. II, sentenza 27 settembre 2016, n. 52316

È venuto il momento di analizzare la sentenza n. 52316 del 27 settembre 2016, pronunciata dalla Seconda Sezione Penale della Corte di Cassazione¹⁷⁰.

Come anticipato nell'introduzione al capitolo, questa sentenza è caratterizzata da un'estrema rilevanza, per almeno due motivi. Infatti, nel corso di una lunga trattazione, la decisione in questione menziona alcune precedenti sentenze della Corte di Cassazione, tra cui la fondamentale sentenza 24583/2011 vista in precedenza, rendendo palese il filo conduttore che lega le due pronunce della Suprema Corte relative al tema che qui si tratta, e valorizzando quindi, con la forza della ripetizione, le posizioni raggiunte dai giudici di legittimità sull'argomento. Inoltre, la sentenza del 2016 assume grande rilevanza per via delle caratteristiche dell'analisi che vi è condotta in ordine al rapporto tra d.lgs. 231/2001 e gruppi di società. La disamina svolta dalla Corte, infatti, si presenta come estremamente completa e articolata, capace di volgere l'attenzione su tutti i principali punti nodali della problematica affrontata, come si potrà notare in seguito.

Si cominci dalla vicenda fattuale all'esito della quale è stata pronunciata la sentenza in discorso. La Corte d'Appello di Milano, il 18 giugno 2015, aveva confermato integralmente la sentenza con la quale, in data 21 luglio 2014, il Tribunale della stessa città aveva dichiarato alcuni imputati colpevoli dei reati di associazione per delinquere (*ex art.* 416 c.p., commi 1 e 2) e di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (artt. 110 e 640-*bis* c.p.), condannandoli, previo riconoscimento del vincolo della continuazione (interna ed esterna) *ex art.* 81 cpv. c.p. tra tutti i fatti-reato contestati, alle pene per ciascuno stabilite, ed aveva, altresì, dichiarato una società, costituita in forma di s.p.a. e in posizione di controllo su altre società, oltre che avente legami con i soggetti condannati, responsabile dell'illecito da reato ascritte (d.lgs. n.

¹⁷⁰ Cfr. Cass. pen., sez. II, 27 settembre 2016, n. 52316.

231 del 2001, art. 5, comma 1, lett. a), art. 21, art. 24, commi 1 e 2 e art. 39 in relazione agli artt. 81 cpv. e 40-bis c.p., art. 61 c.p. , comma 1, n. 7), applicandole le sanzioni ritenute di giustizia.

La società in questione aveva presentato ricorso contro la sentenza della Corte d'Appello, e in esso aveva contestato la pronuncia sotto molteplici profili. Il pubblico ministero aveva chiesto il rigetto del ricorso, mentre il difensore della società ne aveva domandato, *ça va sans dire*, l'accoglimento.

Per quel che interessa ai nostri fini, tra i motivi di ricorso, come ripercorsi dai giudici, vi era la contestata “violazione dell’art. 606 c.p.p. , comma 1, lettera b) ed e), per inosservanza ed erronea applicazione del d.lgs. n. 231 del 2001, art. 5, comma 1, lettera a) con mancanza/contraddittorietà della motivazione circa la sussistenza di un interesse o vantaggio, derivante dal reato presupposto, in capo” alla società destinataria della sanzione. Si prosegue sostenendo che “i presunti artifici e raggiri in ipotesi cagionanti l’asserita induzione in errore” della parte pubblica “sarebbero avvenuti tutti nell’ambito” di una società controllata, non della società controllante autrice del ricorso. “Quest’ultima è configurata dalla sentenza impugnata come *holding* operativa, non come *holding* pura, e da ciò si deduce l’intromissione da parte sua nelle attività della controllata [...], ed addirittura l’esistenza di un interesse e/o di un vantaggio propri, più che indirettamente ricavati dal corrispondente interesse e/o vantaggio della controllata”. Nel ricorso si prosegue affermando che “in realtà, il caso della *holding* pura che partecipa al gruppo, “sta alla finestra” e “prende atto” dell’andamento delle controllate è un’eventualità addirittura non prevista dall’ordinamento vigente”, e che “in ogni caso” la controllante “non esercitava sulla controllata [...] alcuna influenza, ed il contrario convincimento della Corte di appello è viziato in più punti da motivazione manifestamente illogica”. Secondo il ricorso, infatti, “l’imputazione del reato presupposto” alla controllante “quale titolare dell’intera attività d’impresa, mentre” la controllata “sarebbe solo uno stabilimento produttivo, sembra evocare la dottrina della “impresa di gruppo”, minoritaria e non accolta dalla giurisprudenza; in ogni caso, con specifico riferimento alla responsabilità degli enti da reato, la giurisprudenza appare ben salda nell’escludere la configurabilità/rilevanza di un “interesse di gruppo”, e conseguentemente la possibilità di dichiarare la *holding* responsabile ex d.lgs. n. 231 del 2001 per il solo fatto della commissione di un illecito da reato in seno ad una

controllata, dovendo sempre e comunque ricorrere i criteri ascrittivi in dettaglio riepilogati” nel contenuto del ricorso. Inoltre, si “evidenzia che nessuno degli imputati-persone fisiche ha preso parte alla commissione del reato presupposto quale rappresentante” della controllante. Infatti, “le condotte in ipotesi integranti la contestata truffa ai danni dello Stato si sono tutte svolte soltanto nell’ambito dell’organizzazione societaria” della controllata, “società con propria personalità giuridica; la circostanza - valorizzata dalla Corte di appello – che” gli imputati “fossero amministratori di fatto” della controllata “potrebbe legittimare l’affermazione di responsabilità della stessa” società controllata, “giammai” della controllante; lo stesso deve dirsi con riferimento” a un imputato, soggetto in posizione apicale nella controllata e sottoposto nella controllante, “che risulterebbe *ex actis* avere agito esclusivamente per conto” della controllata. “Sarebbe mancante/contraddittoria”, si continua, “la motivazione circa la sussistenza di un interesse o di un vantaggio in capo” alla società controllante. “In realtà le prove acquisite nel procedimento [...] smentiscono la motivazione della sentenza impugnata quanto alla configurabilità di un interesse o vantaggio” della s.p.a. in posizione di controllo “ricollegabile all’enucleato reato presupposto, poiché l’importo complessivo erogato dalla parte pubblica a favore” della società controllata nel periodo di tempo oggetto della contestazione non risulta trasferito” alla controllante, “ma sarebbe rimasto nell’ambito del sottogruppo” della controllata e delle società controllate, a propria volta, da quest’ultima tra cui una società dal nome simile a quello della controllata dalla s.p.a. condannata. In conclusione, si legge, “il reato presupposto risulta in definitiva commesso nel solo interesse, oltre che ad esclusivo vantaggio” della controllata e della società, dal nome simile a questa, sottoposta al controllo di quest’ultima.

Su questo punto del ricorso l’analisi condotta dai giudici della Corte di Cassazione si presenta molto scrupolosa.

Prima, però, è opportuno citare alcune considerazioni generali svolte dal giudice di legittimità in ordine alla disciplina *ex* d.lgs. 231/2001, utili per comprendere l’approccio adottato anche nella risoluzione dei motivi di ricorso su cui ci si è soffermati.

La Cassazione comincia la sua analisi soffermandosi sui criteri di imputazione riguardanti la responsabilità da reato, affermando, in particolare, che “nell’ambito della struttura dell’illecito da reato [...] ascrivibile ad enti immateriali, oltre all’esistenza di

un reato/illecito presupposto espressamente previsto come tale (l'elencazione, in massima parte contenuta nel d.lgs. n. 231 del 2001, artt. 24 e seguenti è tassativa e non ampliabile in via analogica), si distinguono abitualmente criteri di imputazione oggettivi (indicati dal d.lgs. n. 231 del 2001, art. 5) e soggettivi (indicati dal d.lgs. n. 231 del 2001, artt. 6 e 7)". Prendendo in considerazione il caso specifico sottoposto al suo esame, la Corte chiarisce che "il d.lgs. n. 231 del 2001 cit., art. 24, comma 1, ricomprende espressamente nell'elenco dei reati presupposto sia il reato di cui all'art. 640-bis c.p. che il reato di cui all'art. 316-ter c.p.". Risulta, quindi, evidente come nel caso di specie, risulta integrato il necessario requisito della commissione di un reato presupposto espressamente indicato dalla lettera del d.lgs. 231/2001.

I giudici di legittimità passano poi a considerare la natura del criterio oggettivo d'imputazione costituito dall'interesse o dal vantaggio dell'ente, chiarendo che l'espressione letterale usata nel provvedimento del 2001 non rappresenta un'endiadi, in quanto il riferimento concerne concetti alternativi e potenzialmente concorrenti tra loro.

L'attenzione viene quindi rivolta verso il parametro soggettivo d'imputazione consistente nella mancata o carente predisposizione, da parte dell'ente, del modello organizzativo di prevenzione, riguardo cui viene fatto notare come in tema sia prevista una clausola di esclusione della responsabilità anche per i casi in cui il reato venga commesso da un soggetto in posizione apicale, aspetto degno di nota tanto sotto il profilo tecnico quanto comparatistico, in quanto differenzia l'approccio italiano rispetto a quello assunto in argomento da altri ordinamenti.

La trattazione prosegue con un lungo *excursus* incentrato sulla questione in ordine alla natura della responsabilità da reato degli enti, per come affrontata in dottrina e giurisprudenza. La pronuncia ripercorre gli orientamenti formatisi al riguardo, mettendo in evidenza come "la questione, a prescindere dalle esigenze classificatorie [...], assume decisivo rilievo onde valutare se la relativa disciplina sia tenuta o meno al rispetto dei principi sanciti dall'art. 27 Cost.". Dopo aver passato in rassegna le principali posizioni dottrinali e giurisprudenziali, e aver chiarito la problematicità della questione, che non si può dire definitivamente risolta, conclude però notando che, in proposito, è stata "decisamente esclusa unicamente la tesi della natura meramente amministrativa della responsabilità degli enti: ciò è, tuttavia, quanto bastava per ammettere che, in relazione alla natura (quantomeno, anche) penale della responsabilità degli enti, la disciplina

dettata dal d.lgs. n. 231 del 2001 deve essere compatibile con i principi dettati dalla Costituzione in tema di responsabilità penale. E tale necessità anche il collegio - per quanto di rilievo ai fini della odierna decisione - condivide e ribadisce”.

Il Collegio può quindi dedicarsi ad affrontare approfonditamente il motivo di ricorso riportato sopra, quello più utile per gli scopi del presente lavoro.

La Suprema Corte esordisce affermando che “il secondo motivo, che riguarda essenzialmente le valutazioni riguardanti il criterio ascrittivo oggettivo dell’interesse e/o vantaggio, è privo della necessaria specificità nella parte in cui evoca genericamente, in più punti, condotte riferibili” ad una società, la quale viene indicata mediante un particolare nominativo, il quale, però, rende impossibile capire se il riferimento sia alla controllata della s.p.a. autrice del ricorso o alla società, a sua volta controllata dalla società sottoposta a controllo, avente nome simile alla prima. Oltre a ciò, il ricorso viene definito “comunque infondato”.

Inizia, quindi, un’interessantissima parte della sentenza, in cui, partendo dalla concettualizzazione dei due elementi, si delinea la questione del rapporto tra la disciplina sulla responsabilità da reato degli enti e il fenomeno dei gruppi di società. Si legge, infatti, che “il d.lgs. n. 231 del 2001 modella la responsabilità degli enti giuridici sulla figura degli enti singolarmente considerati, senza prendere in considerazione il fenomeno – pure espressamente disciplinato dal diritto societario (artt. 2497 c.c. e ss.) - dei gruppi, ovvero della concentrazione di una pluralità di società sotto la direzione unificante ed il controllo finanziario di una società capogruppo o *holding*. Il fatto che, formalmente, le società facenti parte del gruppo siano giuridicamente autonome ed indipendenti, non impedisce che le attività di ciascuna costituiscano espressione di una comune politica d’impresa, generalmente voluta dalla *holding* partecipante nell’ottica della diversificazione dei rischi.

Il fenomeno ha posto, quindi, una serie di interrogativi in relazione alla configurabilità della responsabilità da reato, cui la dottrina ha cercato inizialmente di rispondere, in attesa dell’intervento della giurisprudenza; tra le plurime questioni pratiche che possono porsi, assume in questa sede rilievo la configurabilità, o meno, della responsabilità *ex* d.lgs. n. 231 del 2001 della capogruppo in riferimento ad un reato commesso nell’interesse od a vantaggio immediato di una società controllata”.

Il collegio evidenzia come “il d.lgs. n. 231 del 2001 non contiene un’espressa disciplina in tema di concorso di persone”.

La possibilità che un soggetto operante (in posizione verticistica od anche subordinata) nella *holding* istighi o determini un soggetto operante in posizione verticistica in una controllata a commettere un reato nell’interesse od a vantaggio di quest’ultima ha comportato che si discutesse anche sull’applicabilità in tema di responsabilità degli enti dell’art. 110 c.p. , se inteso quale norma generale”.

Su questo punto la Cassazione riporta alcune posizioni dottrinali con l’obiettivo di escludere la configurabilità di un ipotetico concorso di più enti nel medesimo illecito amministrativo dipendente da reato, ma, altresì, per mettere in guardia dai rischi potenzialmente derivanti da un’applicazione forzata e artificiosa dell’art. 110 c.p. in caso di reati commessi nell’ambito dei gruppi, in particolare avendo riguardo alla posizione dei soggetti apicali delle società capogruppo.

Si giunge poi a un importante passo, incentrato sull’analisi del concetto di “interesse di gruppo”, per come riguardato nella sua essenza dal Legislatore e dalla giurisprudenza, oltre che per come utilizzato dagli stessi. A questo riguardo, la Suprema Corte afferma come “la possibile rilevanza dell’“interesse di gruppo” era già stata riconosciuta dalla giurisprudenza di legittimità civile, che, prima della riforma del diritto societario, aveva preso atto che determinati atti compiuti in apparente pregiudizio di una delle società appartenenti al gruppo per favorirne un’altra, potessero trovare giustificazione nel conseguimento dell’interesse del gruppo medesimo, inteso come “veicolo di realizzazione mediata dell’oggetto sociale delle sue componenti”.

Ed è proprio a quest’ottica “compensativa” che si è da ultimo ispirato anche il Legislatore, allorquando, nel riformare il diritto societario, ha con maggior convinzione dimostrato di accettare l’ineluttabile realtà del fenomeno dell’aggregazione d’imprese, e di riconoscere l’enucleabilità di un “interesse di gruppo” idoneo a giustificare anche le scelte di gestione apparentemente svantaggiose per le singole componenti del gruppo.

Si spiega così l’inserimento nel codice civile delle norme di cui agli artt. 2497 (che prevede un espresso limite alla responsabilità degli amministratori della società o dell’ente capogruppo per i danni arrecati nell’esercizio dell’attività di direzione e coordinamento ai soci ed ai creditori delle altre società del gruppo, qualora questi siano per l’appunto compensati “dal risultato complessivo dell’attività di direzione e

coordinamento”) e 2497-ter (che ammette la possibilità che le decisioni assunte dalle società del gruppo vengano influenzate dall’attività di direzione e coordinamento della capogruppo e che dunque siano funzionali alla realizzazione di un interesse esterno alla controllata, imponendo solo che tale ultimo venga esplicitato, onde consentire un sindacato sulla sua effettiva corrispondenza al più generale interesse del gruppo, perciò riferibile anche alla stessa controllata e non all’esclusivo interesse della controllante o di altra società del gruppo). Il Legislatore penale, a sua volta, ha fatto riferimento al concetto di gruppo in sede di definizione delle fattispecie di false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622 c.c.), e nell’art. 2634 c.c. ha escluso l’ingiustizia del profitto, che integra il dolo specifico di quel reato, quando lo svantaggio per la società, cui appartiene l’amministratore infedele, venga compensato da un vantaggio che gli provenga dalle dinamiche di gruppo”. Fatte queste considerazioni, la Suprema Corte sottolinea, però, come “sia pure in relazione ai reati fallimentari, la giurisprudenza è stata sempre ferma nel ritenere che l’interesse delle singole società non “cede” rispetto all’interesse del gruppo”. Si cita quindi un’incisiva posizione giurisprudenziale secondo cui “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”¹⁷¹.

La Corte, dunque, sembra riconoscere la rilevanza, anche sul piano giuridico, del concetto di “interesse di gruppo”, ma, lucidamente, si dimostra anche ben conscia della necessità di limitarne l’applicazione, soprattutto quando venga in considerazione l’interesse di una singola società, atteggiamento sicuramente adottabile se si guarda al tema che interessa nell’ambito di questo lavoro.

A questo punto, avviene un altro passaggio fondamentale, dal momento che il Collegio, per sostenere le posizioni che andrà ad assumere sulla tematica affrontata, cita alcune sentenze, pronunciate sempre dalla Corte di Cassazione, tra cui la sentenza n. 24583/2011, oggetto d’attenzione nel precedente paragrafo. La pronuncia, infatti, afferma che “questa Corte (Sez. 5, n. 24583 del 18/01/2011 [...]) ha inizialmente

¹⁷¹ Cfr. Cass. pen., 8 novembre 2007, dep. 2008, n. 7326.

ritenuto che, in tema di responsabilità degli enti, la società capogruppo (la c.d. *holding*) o altre società facenti parte di un “gruppo” possono essere chiamate a rispondere, ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001, del reato commesso nell’ambito dell’attività di una società controllata appartenente al medesimo gruppo, purché nella consumazione del reato presupposto concorra anche almeno una persona fisica che agisca per conto della “*holding*” stessa o dell’altra società facente parte del gruppo, perseguendo anche l’interesse di queste ultime, non essendo sufficiente – per legittimare un’affermazione di responsabilità ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001 della *holding* o di altra società appartenente ad un medesimo gruppo l’enucleazione di un generico riferimento al gruppo, ovvero ad un c.d. generale “interesse di gruppo”.

Il giudice si dedica quindi a ripercorrere la sentenza 24583/2011 della Cassazione Penale, ricostruendone attentamente la vicenda e delineando il percorso ricostruttivo, ivi svolto, che ha portato alle conclusioni evidenziate sopra.

Segue il riferimento a un’altra sentenza, la 4324/2013¹⁷². Si legge che “il principio affermato dalla sentenza n. 24583 del 2010 è stato successivamente ribadito, almeno in apparenza, da Sez. 5, n. 4324 dell’8/11/2012, dep. 2013”. Relativamente a questa pronuncia, anch’essa accuratamente ricostruita, tuttavia i giudici concludono evidenziando come, “nonostante le premesse teoriche dalle quali la sentenza n. 4324 del 2013 ha dichiarato di voler partire, sembrerebbe, in realtà, in tal modo avere implicitamente riassunto vigore e rilevanza quel concetto di “interesse di gruppo” che la dottrina più recente e la stessa giurisprudenza di questa Corte (il riferimento è sempre alla sentenza della Cassazione n. 24583 del 2011) avevano mostrato di voler ridimensionare”. Si intuisce come la Corte non condivida la troppo estesa funzione attribuita all’interesse di gruppo dalla Cassazione del 2013 in tema di disciplina *ex d.lgs. 231/2001*.

La Suprema Corte dimostra quindi di assumere una posizione netta e chiara sull’argomento, chiarendo che “il Collegio condivide e ribadisce l’orientamento espresso da Sez. 5, n. 24583 del 2011 cit., ovvero che, in tema di responsabilità da reato od altro illecito degli enti, la società capogruppo (la c.d. *holding*) o altre società facenti parte di un “gruppo” possono essere chiamate a rispondere, ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001, del reato commesso nell’ambito dell’attività di una società controllata

¹⁷² Cfr. Cass. pen., sez. V, 8 novembre 2012, dep. 2013, n. 4324

appartenente al medesimo gruppo, purché nella consumazione del reato presupposto concorra anche almeno una persona fisica che agisca per conto della “*holding*” stessa o dell’altra società facente parte del gruppo, perseguendo anche l’interesse di queste ultime, non essendo sufficiente - per legittimare un’affermazione di responsabilità ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001 della *holding* o di altra società appartenente ad un medesimo gruppo – l’enucleazione di un generico riferimento al gruppo, ovvero ad un c.d. generale “interesse di gruppo”. Appare chiaro, in questo frangente, come il Collegio sposi anch’esso, come accaduto nel 2011, le idee espresse nel corso del precedente capitolo, indicando, perché sia configurabile una responsabilità da reato della *holding*, la necessaria presenza di un concorrente nel reato appartenente alla controllante e l’imprescindibile perseguimento di un interesse particolare della capogruppo.

L’indagine, al proposito, deve muoversi su un piano sostanziale, come sostiene la Corte quando afferma che “invero, l’affermata necessità di prendere in considerazione i rapporti concretamente sussistenti tra più società e le effettive ricadute - in favore di una o più di esse - della commissione di un reato formalmente nell’interesse od a vantaggio di una soltanto di esse risponde all’interrogativo in esame, quanto alla configurabilità, o meno, della responsabilità ex d.lgs. n. 231 del 2001 della capogruppo in riferimento ad un reato commesso nell’interesse od a vantaggio immediato di una società controllata”. Più avanti nel testo, a ribadire il concetto, la Cassazione insisterà sul punto, giungendo a sottolineare come, “a ben vedere, la soluzione del problema non potrebbe essere diversa.

Nulla, infatti, legittima la presunzione della coincidenza dell’interesse di gruppo con quello immediato delle singole società controllate: al contrario, all’uopo occorre sempre una attenta disamina delle circostanze del caso concreto, onde verificare se, effettivamente, la controllante abbia avuto interesse o tratto vantaggio dall’azione della singola controllata”.

In aggiunta a quanto visto, il giudice non manca di allargare la prospettiva, proponendo una visione più ampia e generale sul tema considerato, suggerendo come la ricostruzione operata abbia una valenza più generale, e possa trovare applicazione anche ove non sia formalmente rintracciabile un gruppo di imprese. Nella decisione, infatti, si legge che “l’orientamento accolto non restringe (alle sole imprese facenti formalmente parte del gruppo, in presenza di un “interesse di gruppo”), bensì amplia (anche fuori dai

casi in cui sia formalmente configurabile la sussistenza del fenomeno del gruppo di imprese, civilisticamente inteso) l'ambito della responsabilità da reato alle società anche solo sostanzialmente collegate, in tutti i casi nei quali - in concreto - all'interesse o vantaggio di una società si accompagni anche quello concorrente di altra (od altre) società, ed il soggetto-persona fisica autore del reato presupposto sia in possesso della qualifica soggettiva necessaria, d.lgs. n. 231 del 2001, ex art. 5 ai fini della comune imputazione dell'illecito amministrativo da reato *de quo*".

Avviandosi verso la conclusione dell'analisi condotta sul motivo di ricorso venuto in considerazione, la Corte rende chiaro, una volta per tutte, come, nel rispetto dei principi e del dato normativo, potrà essere attribuita una responsabilità da reato alla s.p.a. che ha presentato ricorso solo nel caso in cui emerga un riscontro positivo, riferibile in modo specifico alla società in questione, in ordine alla presenza di tutti i criteri d'imputazione richiesti dal d.lgs. 231/2001. Infatti, si legge, "richiamata la natura della responsabilità da reato degli enti (se non formalmente penale, quanto meno costituente *tertium genus* caratterizzato da accenti di afflittività di natura inequivocabilmente penale), in ossequio ai principi già ribaditi in queste Considerazioni in diritto, nessun automatismo (in termini di ineludibile riferibilità alla *holding* dei reati-presupposto commessi nell'interesse od a vantaggio immediato di una società controllata) sarebbe ipotizzabile in difetto di una espressa previsione di legge, ostandovi i principi dettati dalla Costituzione in tema di responsabilità penale, ed in particolare la non configurabilità di ipotesi di responsabilità per fatto altrui. [...] Per configurare la responsabilità (nel caso di specie) da reato di cui all'art. 640-*bis* c.p. della" società controllante "non può, quindi, che farsi richiamo ai comuni criteri di accertamento della responsabilità degli enti quanto ai premessi criteri ascrittivi di natura oggettiva e soggettiva di queste Considerazioni in diritto".

La Suprema Corte, dunque, affronta l'analisi di quanto deciso in precedenza dalla Corte d'Appello, esplicando i motivi per cui le valutazioni di quest'ultima possano rivelarsi corrette tanto sul piano sostanziale quanto su quello giuridico, e per cui, di conseguenza, la società controllante protagonista del ricorso vada, in definitiva, sanzionata. Il Collegio, infatti, chiarisce che, nel caso in esame, "la Corte di appello ha incensurabilmente ritenuto che le condotte accertate, integranti i reati-presupposto in contestazione, fossero poste in essere nell'interesse (valutabile *ex ante*) e si siano,

comunque, risolte a vantaggio (valutabile *ex post*) anche dell'ente sanzionato", evidenziando che i vertici della società controllata coincidevano, sul piano soggettivo, con i vertici della società controllante.

"Il reato (continuato)-presupposto", si prosegue, "risulta, in definitiva, commesso, ad un tempo, nell'interesse, oltre che a vantaggio", della società controllata, anche della controllante, alla quale, come ammesso anche da uno degli imputati, "tutte le società italiane del gruppo erano costrette a conferire liquidità". Infatti, "la capogruppo che s'interessa dell'operatività della controllata e s'intromette nella sua gestione, e fa confluire a se stessa tutta la liquidità realizzata dal gruppo [...] condivide la vita d'impresa".

La Suprema Corte non lesina neanche di offrire un'attenta ricostruzione della realtà imprenditoriale che si trova di fronte. Il Collegio, però, lucidamente sembra cogliere non solo il legame tra le società considerate svolgenti diverse funzioni, ma anche la necessità di tenere comunque distinte le componenti del gruppo imprenditoriale, le quali, si ricorda, giuridicamente non possono essere considerate come un'unica entità indifferenziata. Spiega, infatti, che, nel caso in discussione, la controllata è l'azienda che produce i beni e la società controllante è "l'imprenditore portatore della complessiva politica del gruppo che si muove in un mercato fortemente concorrenziale nel quale poter offrire un prodotto ad un prezzo inferiore e una strategia forte per poter vincere la concorrenza. La decisione di acquisire liquidità da utilizzare, se del caso, il contratto di fornitura, è momento di strategia commerciale che nella fisiologia dell'impresa non compete" alla controllata, ma alla società controllante, la quale, del resto, "accentra in sé direttamente ed indirettamente [...] tutta la liquidità".

I giudici sottolineano anche come il fatto che determinati soggetti "fossero presenti in entrambi gli enti non è senza significato e palesa [...] la scissione delle funzioni imprenditoriali" tra le due società e "l'ineludibile criterio di collegamento tra la *holding* ed i suoi apicali che hanno truffato lo Stato italiano sfruttando" la controllata.

In definitiva, per concludere riguardo alla presenza di un interesse della controllante alla commissione del reato, la Suprema Corte, in poche ed incisive righe, afferma che "il reato - questo è decisivo - è nell'interesse ed a beneficio apparente della controllata e invece "diretto" della controllante [...], nella cui effettiva disponibilità finivano le liquidità di volta in volta percepite".

In conclusione, si legge che, “in concreto, il ricorrente si limita anche in questo caso a reiterare le doglianze già incensurabilmente disattese dalla Corte di appello e riproporre la propria diversa “lettura” delle risultanze probatorie acquisite, fondata su mere ed indimostrate congetture, senza documentare nei modi di rito eventuali travisamenti delle prove valorizzate”.

Per i motivi esposti la Corte di Cassazione ha rigettato il ricorso della società controllante, anche, ovviamente, con riguardo al motivo di ricorso esaminato in questa sede.

Brevemente, in quanto emerge chiaramente da quanto visto, è opportuna qualche considerazione finale su questa importante sentenza, almeno in relazione alle parti che qui interessano. La pronuncia esaminata ha sicuramente due pregi. Innanzitutto, essa riprende importanti sentenze precedenti (su tutte la 24583/2011) al fine di suffragare le proprie tesi, sia nella sostanza, sia valendosi dell'autorevolezza del precedente. Facendo questo, non solo fornisce credibilità a quanto afferma, ma contribuisce a mettere in risalto, nonché a consolidare grazie alla continuità fornitagli, un indirizzo di sicuri valore e chiarezza, nonché di rilevante utilità pratica.

Infine, all'esito di un'analisi quanto mai completa e condotta scrupolosamente, appare chiaro come sia grande l'armonia tra gli approdi raggiunti da questa decisione, la quale insiste, ai fini dell'attribuzione di una responsabilità *ex d.lgs. 231/2001* alla società controllante, sulla necessaria presenza di un concorrente nel reato legato alla capogruppo che realizzi anche un peculiare interesse di quest'ultima, e le posizioni espresse al termine del precedente capitolo di questo lavoro, in cui si sottolineava come, nel rispetto del dato normativo e della logica che deve guidare l'analisi, fosse fondamentale attribuire rilevanza agli elementi appena riepilogati.

5. Osservazioni conclusive

È arrivato il momento di fare un bilancio di quanto visto, e di capire come sia da considerare l'atteggiamento tenuto dalla giurisprudenza sull'argomento di nostro interesse.

L'ordinanza del Tribunale di Milano del 20 settembre 2004, n. 30382-03, ha espresso posizioni in forte contrasto con quanto sostenuto nel presente lavoro, specie

sotto il profilo della natura dei gruppi di società e della rilevanza dell'interesse di gruppo.

La sentenza della V Sezione Penale della Corte di Cassazione del 20 giugno 2011, n. 24583, invece, si è posta in accordo con quanto scritto nel precedente capitolo, evidenziando, oltre alla necessità di tenere distinto l'interesse delle singole società facenti parte del gruppo, anche come, al fine configurare una responsabilità da reato di una società controllante, sia necessario che concorra nel reato un soggetto appartenente alla capogruppo che realizzi anche un interesse di quest'ultima.

Infine, la sentenza della II Sezione Penale della Corte di Cassazione del 27 settembre 2016, n. 52316, ha confermato le posizioni espresse nell'ultima sentenza menzionata, ricostruendone attentamente il percorso argomentativo e perpetuandone il valore, producendosi in un'analisi, sul tema che qui interessa, caratterizzata da grande completezza, precisione e chiarezza, ponendosi anch'essa in forte consonanza con le posizioni espresse nel presente lavoro.

Ebbene, per concludere, il percorso della giurisprudenza sul rapporto tra la disciplina *ex d.lgs. 231/2001* e il fenomeno dei gruppi di società può considerarsi degno di un deciso apprezzamento. Il trascorrere del tempo, infatti, ha permesso di giungere a posizioni rispettose del dato normativo, logicamente ineccepibili e, allo stato attuale, utili nella realtà concreta. Il fatto che gli approdi sul tema siano stati ripresi e riproposti a distanza di anni e in tempi relativamente recenti non fa che conferire valore all'operato complessivo sull'argomento e alla bontà dei risultati raggiunti.

CAPITOLO QUARTO

RESPONSABILITÀ DA REATO DEGLI ENTI E GRUPPI DI SOCIETÀ. LA POSIZIONE DELLE IMPRESE: LE LINEE GUIDA DELLE ASSOCIAZIONI DI CATEGORIA E I MODELLI ORGANIZZATIVI NELLA REALTÀ CONCRETA DEI GRUPPI DI SOCIETÀ

1. Introduzione. Modelli organizzativi e gruppi di società

In questo capitolo, l'ultimo della nostra analisi, verrà vagliata la posizione assunta dalle imprese in ordine al problema che nel presente lavoro ci si è impegnati ad esaminare. Infatti, le società che esercitano attività d'impresa sono tra le protagoniste della realtà economica nel contesto tanto italiano quanto mondiale, e risulta perciò fondamentale conoscere e comprendere gli atteggiamenti assunti e i fatti compiuti da questi importanti attori della vicenda che qui interessa. In fin dei conti, sono le imprese che si pongono a diretto contatto con la società, per cui ciò che compiono, relativamente all'ambito di cui si occupa la presente indagine, che trovi o meno un riscontro nella normativa si riverbera concretamente sui cittadini, e, pertanto, merita di essere conosciuto, e di vedere analizzati i risultati cui può condurre.

L'analisi della posizione delle imprese sull'argomento in discussione si muoverà in due direzioni, tra loro non divergenti, bensì collegate. Infatti, dapprima l'attenzione verrà posta sulle Linee Guida fornite, in relazione al tema che ci occupa, da una delle più importanti associazioni di categoria in ambito imprenditoriale: Confindustria. Solo a seguito di ciò, ci si concentrerà su un esempio concreto, e l'indagine verterà sul modello organizzativo *ex d.lgs. 231/2001* predisposto da un'importante società, caratterizzata da una posizione di controllo su diverse altre: Eni s.p.a.

Prima di cominciare, però, va sciolto un nodo fondamentale. La domanda principale che può sorgere in tema di modelli organizzativi da adottare nel contesto di gruppo riguarda l'opportunità di adottare un modello organizzativo unitario coinvolgente tutte le società parte del gruppo stesso. A ciò si contrappone l'ipotesi di modelli organizzativi distinti all'interno del gruppo societario. La risposta a questo dubbio appare, invero, piuttosto semplice. La soluzione non solo opportuna, ma addirittura necessaria, è

costituita dall'adozione di modelli distinti, ognuno riferibile a una determinata società costituente il gruppo. Questo per almeno due ordini di ragioni, attinenti al rispetto del dato normativo e alle logiche conseguenze derivanti dalle due opzioni.

Con riguardo alle implicazioni logiche, è evidente come un modello unitario e uniforme adottato a livello di gruppo non possa restituire a ogni società la necessaria precisione richiesta dalle specificità di ogni compagine sociale, la quale sarà sempre autonoma e distinta dalle altre società collegate. Un modello siffatto, dunque, si porrebbe come eccessivamente generico e scarsamente incisivo, inidoneo a rappresentare un efficace strumento di prevenzione in relazione alla potenziale commissione di reati-presupposto, il cui rischio è alto nell'ambito dell'attività di una specifica società del gruppo.

Inoltre, passando alle motivazioni normative, è evidente come l'adozione di un modello organizzativo unico per il gruppo si porrebbe in contrasto con alcune previsioni presenti nel d.lgs. 231/2001. In particolare, l'art. 6, co. 1, dispone che, nel caso di reati commessi da soggetti apicali, l'ente non risponde se prova che l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi e che il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento è stato affidato ad un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo. Il co. 2 dello stesso articolo, alla lettera e), prevede che, in relazione a tale modello, sia necessario introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nello stesso. Di tenore simile l'art. 7, il quale, nel caso in cui a commettere il reato siano soggetti sottoposti, nei commi 2, 3 e 4 chiarisce che, in ogni caso, è esclusa l'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza se l'ente, prima della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi; che il modello prevede, in relazione alla natura e alla dimensione dell'organizzazione nonché al tipo di attività svolta, misure idonee a garantire lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge e a scoprire ed eliminare tempestivamente situazioni di rischio; e che l'efficace attuazione del modello richiede una verifica periodica e l'eventuale modifica dello stesso quando sono scoperte significative violazioni delle prescrizioni ovvero quando intervengono mutamenti

nell'organizzazione o nell'attività, unite ad un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello. È evidente che, come emerge dalle disposizioni appena viste, il d.lgs. 231/2001 richiede che il modello organizzativo di prevenzione sia adottato dal singolo ente cui si riferisce, ad opera dell'organo dirigente dell'ente stesso. Inoltre, il riferimento specifico alla natura dell'organizzazione e al tipo di attività svolta, la possibilità di aggiornamento del modello, il controllo da affidare a un organismo di vigilanza con poteri autonomi, oltre che l'istituzione di un sistema sanzionatorio volto a reprimere le violazioni, per cui servono specifici poteri al riguardo, portano a concludere inevitabilmente per la necessità che il modello venga adottato dall'ente cui si riferisce, l'unico dotato dei poteri nonché delle conoscenze particolari richiesti per l'elaborazione di un modello efficace.

In conclusione, va però chiarito un punto. Il fatto che ogni società di un gruppo debba adottare il proprio modello organizzativo non comporta che debbano essere trascurate le peculiarità del fenomeno di gruppo, del concetto di controllo e dell'attività di direzione e coordinamento. Pertanto, risulterà più che comprensibile, per non dire auspicabile, la predisposizione da parte della società capogruppo, anche all'interno del proprio stesso modello, di meccanismi di coordinamento tra i modelli adottati dalle diverse società, presumibilmente allo scopo di fissare alcuni principi e condizioni imprescindibili e accomunanti tutte le componenti del gruppo rispettando, al contempo, l'autonomia delle società in questione in relazione alle proprie specificità, nonché di una collaborazione tra i diversi organismi di vigilanza, al fine di consentire alla controllante di beneficiare di una costante e puntuale informazione in ordine alla situazione delle altre compagini sociali, in modo da poter intervenire ove necessario.

È ora il momento di cominciare l'analisi annunciata all'inizio del presente capitolo, e di vedere come il mondo imprenditoriale ha agito in rapporto alle considerazioni appena esposte.

2. La posizione delle associazioni di categoria: le Linee Guida di Confindustria

Tra le associazioni di categoria proprie del mondo imprenditoriale, Confindustria è indubbiamente caratterizzata da un'enorme importanza, così come da una grande capacità di incidere sulla realtà economica. È quindi opportuno considerare le "Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del

decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231”¹⁷³, aggiornate al giugno 2021, diramate dalla stessa a beneficio delle imprese. In esse, per quello che interessa ai fini del presente lavoro, è presente un’apposita sezione denominata “La responsabilità da reato nei gruppi di imprese”. È opportuno, pertanto, vederne i contenuti.

Si comincia con una premessa volta a chiarire i motivi per cui si affronta l’argomento che qui interessa. Si legge, infatti, che “il decreto 231 non affronta espressamente gli aspetti connessi alla responsabilità dell’ente appartenente a un gruppo di imprese. Tuttavia, il fenomeno dei gruppi societari rappresenta una soluzione organizzativa diffusa nel sistema economico italiano per diverse ragioni, tra cui l’esigenza di diversificare l’attività e ripartire i rischi. Inoltre, alla maggiore complessità organizzativa che contraddistingue il gruppo può accompagnarsi una maggiore difficoltà nella costruzione di sistemi di prevenzione dei reati rilevanti ai sensi del decreto 231. Pertanto, occorre interrogarsi sull’operatività dei modelli organizzativi in relazione a reati commessi da società appartenenti a un gruppo”.

Si prosegue con un’analisi della natura del fenomeno di gruppo, e con alcuni cenni a disposizioni normative in materia. È importante quando le Linee Guida chiariscono che “non essendo a sua volta un ente, il gruppo non può considerarsi diretto centro di imputazione della responsabilità da reato e non è inquadrabile tra i soggetti indicati dell’art. 1 del decreto 231” e che “lo schermo della distinta personalità giuridica delle società che lo compongono rimane un dato insuperabile. Pertanto, non si può in alcun modo affermare una responsabilità diretta del gruppo ai sensi del decreto 231. Al contrario, gli enti che compongono il gruppo possono rispondere in dipendenza dei reati commessi nello svolgimento dell’attività di impresa”. Posizioni indubbiamente in linea con quanto espresso nella presente indagine. Più avanti si afferma che “è dunque più corretto interrogarsi sulla responsabilità da reato nel gruppo [...] Dunque, problema fondamentale è stabilire in presenza di quali condizioni del reato commesso nell’ambito di una società del gruppo possano essere chiamate a risponderne le altre società, in particolare la capogruppo. In secondo luogo, occorre chiarire quali accorgimenti

¹⁷³ Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, consultabili all’indirizzo https://www.confindustria.it/wcm/connect/68e8ada9-cbfa-4cad-97db-82ba3cc3e963/Position+Paper_linee+guida+modelli+organizzazione_giugno2021_Confindustria.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=ROOTWORKSPACE-68e8ada9-cbfa-4cad-97db-82ba3cc3e963-nFyjPuZ

organizzativi possono essere adottati dalle imprese organizzate in forma di gruppo - in primo luogo la *holding* - per non incorrere in responsabilità a seguito del reato commesso dagli esponenti di un'altra società del gruppo”.

In seguito alla proposizione di questi quesiti segue una lunga ricostruzione delle posizioni dottrinali e giurisprudenziali sul tema, nelle sue linee di fondo non troppo dissimile da quanto svolto nel presente lavoro, per concludere che “ferme le considerazioni finora svolte, la *holding*/controllante potrà essere ritenuta responsabile per il reato commesso nell'attività della controllata qualora: sia stato commesso un reato presupposto nell'interesse o vantaggio immediato e diretto, oltre che della controllata, anche della controllante; persone fisiche collegate in via funzionale alla controllante abbiano partecipato alla commissione del reato presupposto recando un contributo causalmente rilevante in termini di concorso [...], provato in maniera concreta e specifica”.

Si giunge quindi a una sotto-sezione cruciale, concernente “l'adozione di Modelli organizzativi idonei a prevenire reati-presupposto della responsabilità da reato nel contesto dei gruppi”.

Tale passo comincia con il presentare le peculiarità che caratterizzano i gruppi, al fine di tener conto delle peculiarità del fenomeno nell'elaborazione di modelli organizzativi efficaci. Si legge, infatti, che “al fine di bilanciare, da un lato, l'autonomia delle singole società e, dall'altro, l'esigenza di promuovere una politica di gruppo anche nella lotta alla criminalità di impresa, è opportuno che l'attività di organizzazione per prevenire reati-presupposto della responsabilità da reato degli enti tenga conto di alcuni accorgimenti. Innanzitutto, ciascuna società del gruppo, in quanto singolarmente destinataria dei precetti del decreto 231, è chiamata a svolgere autonomamente l'attività di valutazione e gestione dei rischi e di predisposizione e aggiornamento del proprio modello organizzativo. Tale attività potrà essere condotta anche in base a indicazioni e modalità attuative previste da parte della *holding* in funzione dell'assetto organizzativo e operativo di gruppo. Peraltro, ciò non dovrà determinare una limitazione di autonomia da parte delle società controllate nell'adozione del modello. L'adozione da parte di ogni società del gruppo di un proprio autonomo modello determina due fondamentali conseguenze: consente di elaborare un modello realmente calibrato sulla realtà organizzativa della singola impresa. Infatti, solo quest'ultima può realizzare la puntuale

ed efficace ricognizione e gestione dei rischi di reato, necessaria affinché al modello sia riconosciuta l'efficacia esimente di cui all'articolo 6 del decreto 231; conferma l'autonomia della singola società del gruppo e, perciò, ridimensiona il rischio di una risalita della responsabilità in capo alla controllante". È evidente come le considerazioni svolte da Confindustria siano pienamente assimilabili a quelle svolte nel primo paragrafo del presente capitolo. L'adozione di un modello organizzativo effettuata da ogni singola società, potenzialmente guidata da indicazioni della controllante rispettose dell'autonomia della controllata, si presenta come il corretto percorso da seguire in ordine al raggiungimento di una prevenzione effettiva che tenga conto delle peculiarità del caso concreto e all'adeguato contenimento di una potenziale circolazione di responsabilità all'interno delle società del gruppo. Inoltre, questa via si porrebbe in accordo col dato normativo.

Posizioni di tenore molto simile sono espresse anche in relazione all'Organismo di vigilanza cui deve essere affidato il controllo sul modello organizzativo. Secondo le Linee Guida, "è opportuno che ogni società del gruppo nomini un proprio Organismo di vigilanza, distinto anche nella scelta dei singoli componenti. Non è infatti raccomandabile l'identificazione, nell'ambito del Gruppo, di Organismi di vigilanza composti dai medesimi soggetti. Solo un Organismo di vigilanza costituito nell'ambito del singolo ente può infatti dirsi "organismo dell'ente, dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo" (art. 6, comma 1, lett. b, decreto 231). Se, al contrario, la vigilanza fosse esercitata da un organismo unico costituito presso la controllante, si rischierebbe di fondare una posizione di garanzia di fonte negoziale in capo ai vertici della *holding*. Soprattutto se all'unico Organismo di vigilanza fossero attribuiti incisivi poteri di controllo sull'attività anche delle società del gruppo, in un eventuale successivo giudizio si potrebbe agevolmente sostenere l'omesso intervento dei vertici della *holding*, nonostante la consapevolezza delle lacune organizzative della controllata e dell'inclinazione criminosa presente al suo interno". È interessante notare il risalto dato alla possibilità, nel caso si agisca come indicato, di prevenire una risalita di responsabilità verso i soggetti in posizione apicale nella controllante.

Allo stesso modo, in tema di gestione societaria, si prosegue affermando che "per evitare una risalita alla responsabilità della controllante per i reati commessi nella controllata, è anche opportuno evitare che i medesimi soggetti rivestano ruoli apicali

presso più società del gruppo (cd. *interlocking directorates*). Infatti, il cumulo di cariche sociali potrebbe avvalorare la tesi del concorso dei vertici di più società del gruppo nella commissione del reato presupposto”.

Il testo in analisi passa quindi ad occuparsi del potenziale aumento di efficacia di tutto l'impianto di prevenzione considerato nel suo complesso nel caso in cui vengano tenute in considerazione le specificità che caratterizzano il particolare fenomeno dei gruppi, le quali andrebbero valorizzate adottando strumenti coerenti con esse, così da ottenere una maggiore incisività dal coordinamento e dall'attenzione alle specificità, non mancando di salvaguardare il rispetto dell'autonomia propria di ogni società parte del gruppo. Si legge, infatti, “fin qui si sono evidenziate, in negativo, le soluzioni organizzative che espongono gli enti del gruppo, in particolare la *holding*, a responsabilità per il reato commesso all'interno della controllata. Chiarito questo, però, gli enti raggruppati possono senz'altro raccordare i propri sforzi organizzativi al fine di contrastare più efficacemente fenomeni di criminalità di impresa. Ad esempio, nell'esercizio dei poteri di direzione e coordinamento e agendo nel rispetto dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale del gruppo, la controllante può sollecitare l'adozione ed efficace attuazione da parte di tutte le società del gruppo di propri modelli organizzativi. Non dovrà ovviamente ingerirsi nella attività di elaborazione o revisione dei modelli, né diramare indicazioni in termini precettivi e vincolanti, limitandosi piuttosto a inviti o indicazioni di massima. La capogruppo potrà indicare, tra l'altro, una struttura del codice di comportamento, principi comuni del sistema disciplinare e dei protocolli attuativi. Queste componenti del modello dovranno, tuttavia, essere autonomamente implementate dalle singole società del gruppo e calate nelle realtà aziendali di ciascuna, prevedendo - ove opportuno - principi etico-comportamentali specificamente determinati in relazione al settore di attività dell'ente e ai reati per esso rilevanti”.

Successivamente, ponendo l'attenzione alla realtà concreta, viene fatto notare come “nella prassi operativa possono presentarsi talune problematiche, riconducibili a profili di competenze specialistiche e di dimensionamento organizzativo che connotano tipicamente le società del gruppo, con possibili riflessi in termini di efficacia del complessivo modello di *governance* in materia 231, valutato a livello di gruppo”. Confindustria suggerisce la possibilità che le società controllate si avvalgano, al

riguardo, di un “supporto di natura prettamente consulenziale” messo in atto dalla capogruppo, in cui un ruolo importante potrebbe essere giocato dalla “Funzione *Internal Auditing*” della capogruppo stessa.

Più avanti viene fatto notare, guardando al coordinamento delle attività del gruppo considerato nel suo complesso, come sia “consigliabile che il modello organizzativo della *holding* tenga conto dei processi integrati che involgono l’attività di più società del gruppo, nonché delle attività destinate a confluire in un esito unitario, come avviene per il bilancio consolidato”.

Tra le ultime indicazioni importanti rientrano quelle relative ai rapporti tra società capogruppo e controllate, alle modalità di interazione tra le stesse e all’opportunità di stabilire un’efficace trasmissione intra-gruppo, in direzione delle *holding*, delle informazioni utili sul tema che qui interessa, con particolare riguardo alla collaborazione tra i diversi organismi di vigilanza operanti nel gruppo. Tutto questo, ovviamente, al fine di realizzare una sempre migliore prevenzione all’interno di tutto il gruppo, e di ottenere un conseguente abbassamento del rischio di veder attribuite responsabilità ai soggetti operanti nelle compagini sociali interessate, così come, di conseguenza, alle società stesse. Si evidenzia, infatti, che “è opportuno anche che la controllante, in seno al proprio Modello organizzativo, delinei regole specifiche per la correttezza e la trasparenza nei rapporti con le controllate. In particolare, l’attività di direzione e coordinamento deve svolgersi attraverso comunicazioni rese in forme ufficiali, così da essere successivamente ricostruibili, se necessario. Inoltre, si potranno definire canali di comunicazione, anche mediante flussi informativi statistici tra società del gruppo, riguardanti lo stato di attuazione del sistema adottato ai sensi del decreto 231, eventuali violazioni del modello e sanzioni applicate, aggiornamenti dei modelli effettuati a seguito di nuovi reati-presupposto rilevanti. La capogruppo potrebbe promuovere lo scambio di informazioni tra organi e funzioni aziendali, ovvero l’aggiornamento nel caso di novità normative o modifiche organizzative che interessino l’intero gruppo. Allo stesso modo, è auspicabile che tra gli Organismi di vigilanza delle varie società del gruppo si sviluppino rapporti informativi, organizzati sulla base di tempistiche e contenuti tali da garantire la completezza e tempestività delle notizie utili ai fini di attività ispettive da parte degli organi di controllo. Questi scambi informativi dovranno comunque essere attentamente disciplinati e gestiti, per evitare che

l'autonomia di organismi e modelli sia inficiata da rapporti che, di fatto, determinano l'ingerenza decisionale della *holding* nelle attività di attuazione del decreto nelle singole controllate. In particolare, tali flussi informativi dovrebbero concentrarsi su: la definizione delle attività programmate e compiute; le iniziative assunte; le misure predisposte in concreto; eventuali criticità riscontrate nell'attività di vigilanza. Essi dovranno avere finalità conoscitiva, mirando a stimolare l'attività di verifica del gruppo, per esempio, su settori di attività rivelatisi a rischio". A un elenco esemplificativo delle modalità adottabili in ordine alla trasmissione concreta di queste informazioni, segue una considerazione che pone l'accento sulla necessità del mantenimento dell'indipendenza propria degli organismi di vigilanza interni alle controllate, per cui "è consigliabile declinare il rapporto tra i vari Organismi di vigilanza in un'ottica di pariteticità, evitando di prevedere poteri ispettivi in capo a quello della *holding*. Essi, infatti, potrebbero indebolire l'indipendenza degli OdV istituiti in seno alle società controllate, rendendo più difficile dimostrare il possesso dei requisiti richiesti dall'articolo 6, comma 1, lettera. b). In particolare, è preferibile evitare che gli OdV delle controllate chiedano la condivisione di quello della *holding* in ordine all'attività di vigilanza da svolgere o alle misure da adottare in seno alla controllata".

A fini di completezza, va segnalato che al termine della sezione si trova un apposito paragrafo dedicato alle peculiarità richieste dall'attività di prevenzione *ex d.lgs. 231/2001* in rapporto ai gruppi transnazionali. In esso sono contenuti alcuni suggerimenti che mirano ad ovviare ad alcuni problemi inevitabilmente derivanti dalla presenza in un gruppo di società riconducibili a stati diversi.

Le Linee Guida concludono, sul tema di nostro interesse, affermando che "la normativa in esame - sebbene suscettibile di perfezionamenti - ha il pregio di fornire un efficace segnale alle imprese affinché avviino un percorso di prevenzione in grado di porle al riparo da responsabilità previste dall'ordinamento italiano e da sistemi esteri quale, a titolo d'esempio, quello del noto *Bribery Act* varato in Inghilterra nel 2010".

Il lavoro svolto da Confindustria può giudicarsi estremamente completo. Le indicazioni fornite alle imprese si caratterizzano per la capacità di assicurare il rispetto del dato normativo e per la potenziale capacità di stimolare comportamenti incisivi da parte del mondo imprenditoriale in ordine all'efficacia che deve caratterizzare i modelli di cui si è discusso. Ovviamente le indicazioni, cercando di raggiungere tutte le imprese,

rimangono giocoforza su un piano abbastanza generale, per cui le considerazioni appena svolte saranno valide fintanto che sia possibile per le diverse realtà societarie appartenenti a un gruppo mettere in pratica con risultati proficui, a livello concreto e specifico, quanto illustrato.

3. Analisi di un caso concreto: il modello organizzativo di Eni s.p.a.

È arrivato il momento di analizzare un caso concreto. In questo paragrafo verrà esaminato il modello organizzativo ex d.lgs. 231/2001 predisposto da un'importante società, avente altre società (anche estere) sotto il suo controllo, ponendo l'attenzione sui profili concernenti le controllate e quindi il gruppo e verificandone la corrispondenza a quanto esposto e sostenuto nel corso del presente capitolo. La società in questione è Eni s.p.a., famigerata società attiva nel campo energetico. Il suo modello organizzativo, denominato “Modello 231 di Eni SpA”¹⁷⁴, è stato aggiornato, da ultimo, in data 18 novembre 2021.

Tra le definizioni preliminari inserite nel modello vi rientra anche quella di “Società Controllate”, definite come le “Società direttamente e/o indirettamente controllate, in via solitaria (intendendosi le società in cui Eni SpA esercita un controllo, diretto e/o indiretto, anche non necessariamente attraverso una partecipazione, non condiviso con Soci terzi), da Eni SpA, in Italia e all'estero, elencate nell'allegato “Imprese controllate” dell'ultimo bilancio consolidato approvato”.

In apertura, la società chiarisce la sua posizione riguardo ai modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001, spiegando l'atteggiamento adottato a riguardo. Si legge, infatti, che “la scelta del Consiglio di Amministrazione di Eni SpA di dotarsi di un Modello 231 è coerente con un assetto organizzativo, amministrativo e contabile in linea con gli obiettivi di buon governo previsti dall'art. 2086 c.c. e dal Codice di *Corporate Governance* cui Eni SpA aderisce. Essa si inserisce nella più ampia politica d'impresa che si esplicita in iniziative e interventi volti non solo al raggiungimento dei risultati economici, ma anche alla considerazione degli interessi degli *stakeholder*, secondo i principi del Successo Sostenibile. Nella convinzione che la commissione di reati, o comunque la violazione delle regole che governano i mercati nei quali opera la Società possano comportare effetti negativi (prima ancora delle sanzioni che ne potrebbero

¹⁷⁴ Modello 231 di Eni SpA, consultabile all'indirizzo <https://www.eni.com/assets/documents/modello-231-definitivo.pdf>

derivare), il Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo previsto dal Decreto 231, che tali reati tende a prevenire, è considerato parte integrante ed essenziale dell'intero assetto organizzativo di Eni SpA. L'adozione di un sistema di controllo dell'agire imprenditoriale votato alla prevenzione del rischio-reato e, dunque, alla legalità, è inoltre perfettamente coerente con l'obiettivo perseguito dal Legislatore in occasione dell'emanazione del Decreto 231: promuovere l'interiorizzazione della cultura della responsabilità verso gli *stakeholder* attraverso l'istituzione di appositi meccanismi di *autoregulation*. Pertanto, sebbene il dettato normativo disponga che l'adozione del Modello 231 sia facoltativa per gli enti che rientrano nel campo applicativo del Decreto, Eni sin dal 2003 si è dotata di un Modello 231 adottato ispirandosi tra gli altri alle Linee Guida emanate da Confindustria. Eni nel tempo ha proceduto ad aggiornare il Modello in linea con le modifiche normative e organizzative della Società, nonché con le *best practices* consolidate in materia". Sicuramente da evidenziare sono i riferimenti agli obiettivi perseguiti dal Legislatore del 2001 e alle Linee Guida di Confindustria analizzate nel corso del paragrafo precedente. Questi cenni dimostrano sin da subito come anche Eni s.p.a. si ponga in una posizione di vicinanza con le linee ispiratrici del presente capitolo.

Più avanti viene illustrato, su un piano generale, il contenuto del modello, in un passo recante quanto segue: "il Modello 231 di Eni SpA è costituito dal presente documento, che ne costituisce la Parte Generale e dal documento "Attività Sensibili e *standard* di controllo specifici del Modello 231" (si veda il paragrafo 3.3.), che ne costituisce la Parte Speciale e che detta i presidi di controllo che devono essere declinati negli strumenti organizzativi e/o normativi aziendali. Nel Modello 231 si dà conto i) della valutazione effettuata in merito ai rischi di commissione dei reati espressamente richiamati dal Decreto 231; ii) dell'individuazione delle Attività Sensibili, al fine di verificare in quali aree di attività e secondo quali modalità potrebbero astrattamente realizzarsi le predette fattispecie di reato; iii) della rilevazione del sistema di controllo esistente con riferimento ai presidi di controllo applicati a prevenzione dei rischi-reato; iv) delle regole di individuazione, composizione e funzionamento dell'Organismo di Vigilanza e della reportistica da e verso tale Organismo; v) del sistema disciplinare e sanzionatorio applicabile in caso di inosservanza delle regole richiamate dal Modello e vi) delle modalità di aggiornamento del Modello stesso. Quanto previsto dal Modello è

completato dalle previsioni del Codice Etico che fissa i principi di comportamento che orientano tutti coloro i quali operano in Eni SpA e per Eni SpA e costituisce un elemento fondamentale di riferimento del sistema di *compliance* 231”.

Appena dopo si trovano alcune righe importantissime ai fini del presente lavoro. Si afferma, infatti, che “le Società Controllate e le società partecipate, ove possibile, adottano modelli organizzativi in linea con quanto previsto al successivo capitolo 8”. Il riferimento alle società controllate, e quindi al gruppo, è un indice fondamentale di come Eni s.p.a. tenga in considerazione l’importanza di un coordinamento tra le diverse società anche sotto il profilo che qui interessa.

Prima di arrivare a scoprire il contenuto del “Capitolo 8”, è opportuna una breve panoramica di quanto presente nel modello e dei riferimenti all’attività delle controllate in tema di prevenzione ex d.lgs. 231/2001. Al Capitolo 1, di natura introduttiva, denominato “Il modello 231 di Eni SpA” e il cui contenuto è stato appena illustrato, fanno seguito: il Capitolo 2, intitolato “Eni SpA e i suoi sistemi di governance e di controllo interno e gestione dei rischi”; il Capitolo 3, dedicato alla metodologia di Eni s.p.a. relativamente all’individuazione, all’analisi e alla valutazione dei rischi ex d.lgs. 231/2001; il Capitolo 4, avente ad oggetto l’Organismo di Vigilanza di Eni s.p.a.; il Capitolo 5, che si occupa dei destinatari del modello e delle attività di comunicazione e formazione in ordine allo stesso; il Capitolo 6, concernente il sistema disciplinare e sanzionatorio; il Capitolo 7, contenente le regole per l’aggiornamento del modello.

Il Capitolo 2 contiene un sotto-paragrafo dedicato al “Sistema Normativo” di Eni s.p.a., e in esso si legge che “il Sistema Normativo inquadra l’insieme dei macro-processi aziendali (“mappa dei processi”) e definisce i principi e le modalità di svolgimento delle attività in modo da garantire, da un lato, efficacia ed efficienza dei processi e, dall’altro, il rispetto del quadro di riferimento generale composto dalle disposizioni di legge, dallo Statuto, dal Codice di *Corporate Governance*, dal CoSO Report, dal Modello 231, dal Codice Etico e dal sistema di controllo Eni sull’informativa finanziaria”. Con riguardo ad esso, si precisa che “il Sistema Normativo si articola in quattro livelli gerarchici, ognuno costituito da una tipologia di strumento normativo: Primo livello: *Policy* che definiscono i principi e le regole generali di comportamento inderogabili che devono ispirare tutte le attività svolte da Eni al fine di garantire il conseguimento degli obiettivi aziendali, tenuto conto di rischi e

opportunità. Si applicano ad Eni SpA e, previo processo di recepimento, alle Società Controllate incluse le società quotate. Secondo livello: *Management System Guideline* (MSG) di processo che definiscono, per ciascun processo aziendale, le linee guida finalizzate ad un'adeguata gestione del processo di riferimento, individuando ruoli, comportamenti, flussi informativi, principi di controllo. Si applicano ad Eni SpA e, previo processo di recepimento, alle Società Controllate. *Management System Guideline* (MSG) di *compliance* e di *governance* che definiscono, per ciascuna tematica di *compliance* e di *governance*, regole di riferimento finalizzate ad assicurare il rispetto di leggi, regolamenti o norme di autodisciplina, ovvero, nel caso della *governance*, il sistema e le regole di riferimento nel governo societario, individuando ruoli, comportamenti, flussi informativi, principi e/o standard di controllo. Sono trasversali rispetto ai processi e individuano *standard* di controllo che devono essere recepiti nelle MSG di processo. Le MSG di *compliance* e *governance* disciplinano al loro interno l'ambito di applicabilità e sono recepite senza deroghe da parte delle Società Controllate". Ai fini del presente lavoro, va evidenziato come le regole del primo e del secondo livello si applichino anche alle società controllate, con la precisazione che, mentre le regole del primo livello e del primo tipo del secondo livello devono essere preliminarmente recepite dalle società controllate, quelle del secondo tipo del secondo livello si applicano alle controllate stesse senza deroghe.

Sempre nel Capitolo 2, è presente un paragrafo relativo al "Sistema di Controllo Interno e di Gestione dei Rischi (SCI GR)" di Eni s.p.a., il quale, si legge, "è costituito dall'insieme delle regole, delle procedure e delle strutture organizzative finalizzate ad una effettiva ed efficace identificazione, misurazione, gestione e monitoraggio dei principali rischi, al fine di contribuire al Successo Sostenibile della società". Ai fini della presente analisi, è opportuno notare come venga chiarito che "l'articolazione del primo e secondo livello di controllo è coerente con la dimensione, la complessità, il profilo di rischio specifico e con il contesto regolamentare in cui Eni SpA e ciascuna Società Controllata operano". È evidente l'attenzione posta sulla necessità di rispettare le peculiarità caratterizzanti le attività di ciascuna delle società controllate. In chiusura del paragrafo, si afferma che "Eni SpA nell'ambito della propria attività di direzione e coordinamento nei confronti delle Società Controllate, emana e diffonde le Linee di indirizzo e il relativo modello di attuazione contenuti nella MSG SCI GR, a cui le

Società Controllate devono attenersi, nell'istituzione e mantenimento del relativo SCIGR. Tuttavia, ogni Società Controllata è autonoma per quanto attiene all'istituzione e al mantenimento di un adeguato e funzionante SCIGR, nel rispetto degli indirizzi di direzione e coordinamento di Eni SpA". Emerge chiaramente come venga ricercato un equilibrio tra il rispetto dell'autonomia delle controllate e la necessità dell'adeguamento da parte di queste ultime alle linee di fondo elaborate sul tema dalla società in posizione di controllo.

Nel Capitolo 4, all'interno di un paragrafo in materia di flussi informativi, trattando delle informative obbligatorie verso l'organismo di vigilanza si legge che "gli Organismi di *Compliance* delle Società Controllate, per il tramite dei responsabili delle strutture di coordinamento degli Organismi di *Compliance* delle Società Controllate e previa loro consultazione, trasmettono senza ritardo informative ad evento ritenute rilevanti nell'interesse di Eni SpA, fatto salvo quanto già previsto dai flussi informativi delle strutture interne di Eni". Risulta anche qui chiaro come vengano tenute in considerazione le potenzialità originanti da un efficace coordinamento, nella specie sotto forma di flussi informativi verso l'organismo di vigilanza ad opera degli organismi cd. di *compliance* appartenenti alle società controllate. Per completezza, va chiarito come questi ultimi organismi, all'interno del modello, vengano definiti come quegli organismi dotati "di adeguati livelli di autonomia e indipendenza, al quale è attribuito il compito di vigilare sul funzionamento, sull'osservanza e sull'adeguatezza del modello per la gestione e il controllo delle attività a rischio ai fini della responsabilità di impresa adottato dalle Società Controllate". Si puntualizza poi che "nelle Società controllate italiane coincide con l'Organismo di Vigilanza ai sensi del D.Lgs. 231 del 2001".

Si giunge, infine, al Capitolo 8, denominato "Modello organizzativo 231 e società controllate e partecipate". Di esso, per la loro incisività ed esaustività, vengono di seguito riportati i primi due capoversi. A essi se ne aggiunge solo un terzo, molto breve, dedicato alle società partecipate. Nel capitolo in discorso si legge: "Eni SpA promuove l'adozione ed efficace attuazione da parte di tutte le Società Controllate di idonei sistemi di prevenzione del rischio di responsabilità amministrativa degli enti derivante da reato, in particolare sensibilizza ciascuna Società Controllata in merito all'importanza di dotarsi di un sistema di controllo interno aggiornato e idoneo a prevenire la commissione di comportamenti illeciti da parte dei propri esponenti,

dipendenti o apicali, partner e fornitori e di tutti coloro che operano nel suo interesse. Secondo quanto disciplinato negli strumenti normativi interni di Eni, le Società Controllate adottano e attuano, nella gestione delle attività a rischio ai fini della responsabilità amministrativa degli enti, principi e presidi di controllo coerenti con quanto previsto nel Modello 231 di Eni SpA opportunamente adeguati tenendo conto della normativa locale applicabile, della specifica operatività dell'ente e della sua organizzazione. Nell'esercizio della propria autonomia, le singole Società Controllate sono responsabili dell'adozione e attuazione dei rispettivi Modelli 231 o altri modelli di compliance in materia di responsabilità amministrativa degli enti".

In conclusione, proprio quest'ultimo passo riportato può essere utilizzato a testimonianza dei tratti fondamentali, sotto il profilo del rapporto con le società controllate, del modello organizzativo analizzato nel presente capitolo. Infatti, Eni s.p.a. promuove l'adozione di un modello organizzativo da parte delle società del gruppo, e lo fa pretendendo coerenza, da parte delle controllate, con quanto elaborato nel proprio modello, ma senza mai infrangere il rispetto dell'autonomia delle controllate stesse, cui competono tanto l'adozione e attuazione del modello quanto la responsabilità in relazione alle stesse. Da ultimo, è interessante notare come questo approccio, di notevole equilibrio, si ponga in accordo sia con le Linee Guida di Confindustria, cui Eni s.p.a. dichiara di ispirarsi, sia con quanto espresso nel corso del presente capitolo.

4. Conclusioni

Le conclusioni al termine di questo capitolo saranno brevi e concise. E ciò per via della grande omogeneità riscontrabile nei risultati raggiunti in ogni parte del percorso di analisi. Tanto Confindustria nelle sue Linee Guida, quanto Eni s.p.a. con il suo modello organizzativo *ex* d.lgs. 231/2001, si pongono in forte accordo con i principi fondamentali espressi in apertura di capitolo in ordine agli atteggiamenti positivi adottabili, nel mondo delle imprese, dalle società costituenti un gruppo relativamente ai modelli di prevenzione *ex* d.lgs. 231/2001. Nello specifico, l'obiettivo di raggiungere un livello di prevenzione efficace, che si accompagna a quello di limitare una possibile circolazione di responsabilità *ex* d.lgs. 231/2001 all'interno del gruppo, vengono perseguiti attraverso la promozione, da parte della società a capo del gruppo, dell'adozione, in aggiunta al proprio, di un modello organizzativo adeguato ad opera

delle società controllate, nel rispetto della loro autonomia e responsabilità, così come delle loro specificità, ma anche nella pretesa di adeguamento agli indirizzi generali e inderogabili elaborati sul tema dalla controllante, il tutto corredato da forme di coordinamento centralizzato relativamente ai profili della vigilanza e dell'informazione.

Bisogna sottolineare un aspetto importante. Queste soluzioni non solo si pongono in accordo col dato normativo, ma giungono addirittura a superarlo, in quanto prevedono modalità di coordinamento tra società del gruppo non menzionate nel d.lgs. 231/2001, il tutto a beneficio di una maggiore prevenzione.

La sostanziale uniformità raggiunta in argomento da un'associazione di categoria e da una società realmente esistente, che tra l'altro dichiara espressamente di ispirarsi alle indicazioni della prima, unita alla posizione di consonanza con quanto annunciato all'inizio, dimostrano la bontà delle posizioni espresse nel presente capitolo.

CONCLUSIONI

Siamo giunti alla fine di questo lungo viaggio. L'indagine del rapporto tra la disciplina della responsabilità da reato degli enti *ex d.lgs. 231/2001* ed il fenomeno dei gruppi di società, di quali siano le potenziali problematiche e di quali possano essere le possibili soluzioni si è dimostrata un tema impegnativo ma affascinante, per via delle sfide tecniche che è capace di porre così come per l'utilità concreta che è in grado di offrire.

Si è ritenuto di percorrere l'analisi dando voce alla dottrina, alla giurisprudenza e, infine, alle imprese, ossia ai tre attori protagonisti dello scenario oggetto d'interesse, i tre pilastri in grado di sorreggere, se considerati insieme, una struttura completa, che possa fornire delle indicazioni utili alla risoluzione dei problemi affrontati.

La dottrina, nell'affrontare le questioni illustrate, ha percorso parecchie strade, tutte difficili, cercando di non limitare la propria ricerca e vagliando, a beneficio dell'interprete, il ventaglio di soluzioni più ampio possibile. Sicuramente nel fare questo ha tenuto fede al suo ruolo di lume capace di rischiarare il fitto sentiero del diritto, a volte illuminando una via da non percorrere, rendendo palese l'errore, altre indicando il percorso corretto, guidando gli operatori.

In questo lavoro di riflessione si è arrivati ad un punto molto chiaro. Si è tentato di vagliare molte possibilità, con lo scopo di ricostruire un percorso generale in grado di rendere possibile l'attribuzione di responsabilità *ex d.lgs. 231/2001*, nel caso di un reato commesso nell'ambito di una società di un gruppo diversa dalla società controllante, al gruppo nel suo complesso o, almeno, alla società controllante stessa. Tuttavia, è risultato evidente come quasi tutte le strade intraprese non fossero percorribili. Il rispetto del dato normativo, su tutti del *d.lgs. 231/2001*, oltre ai principi che presidiano la materia non hanno consentito di arrivare a tanto.

Utilizzando quindi gli strumenti a disposizione, gli studiosi, la dottrina, sono giunti a chiarire come, nel caso in cui venga commesso un reato nell'ambito di una società controllata parte di un gruppo, perché possa essere configurabile una responsabilità *ex d.lgs. 231/2001* anche in capo alla società controllante, a capo del gruppo, debbano necessariamente essere integrati tutti i criteri d'imputazione oggettivi e soggettivi posti dal *d.lgs. 231/2001*. In particolare, deve concorrere nella commissione del reato presupposto almeno un soggetto appartenente formalmente alla controllante, il

reato deve essere stato commesso anche nell'interesse specifico della capogruppo e, infine, quest'ultima deve risultare carente sotto il profilo della predisposizione, dell'adozione e dell'efficace mantenimento di un proprio modello organizzativo idoneo a prevenire la commissione di un reato della specie di quello verificatosi. In questo modo vengono sicuramente rispettati il dato normativo, i principi generali e, non ultima, la logica necessaria nella conduzione di un'analisi. Tutti gli elementi appena esposti rendono le conclusioni raggiunte certamente valide tecnicamente, coerenti sotto il profilo logico e utili sul piano concreto.

Con riguardo alla giurisprudenza si sono analizzate tre pronunce, ognuna importante a suo modo. L'ordinanza del Tribunale di Milano 20 settembre 2004, n. 30382-03 costituisce forse il primo esempio di concreto contatto giurisprudenziale con il tema oggetto d'interesse nel corso dell'analisi svolta. In essa si sono assunte posizioni dissonanti rispetto a quelle tenute nella presente analisi. Difatti, sono emerse una particolare concezione del gruppo come soggetto globalmente considerato esercitante un'unica impresa e una valorizzazione dell'ambiguo concetto di interesse di gruppo al fine di veder integrato anche il parametro che richiede venga perseguito un interesse anche della società controllante. Si sono espone le motivazioni del dissenso verso la ricostruzione operata in questa decisione e si è evidenziato come il trascorrere del tempo abbia propiziato approdi giurisprudenziali in linea con quanto espresso in tutto il presente lavoro.

Si è quindi vista la sentenza della V Sezione Penale della Corte di Cassazione del 20 giugno 2011, n. 24583. Essa è fondamentale per due motivi: per la completezza e correttezza dell'analisi svolta e per il fatto che rappresenta il primo vero sforzo della giurisprudenza (tra l'altro del suo piano più nobile e influente) operato al fine di fornire una ricostruzione generale del problema che qui interessa, di chiarire i punti tecnici nodali e di fornire soluzioni concrete di applicabilità generale utili sul piano pratico. Nel corso di un'analisi attenta e rispettosa del dato normativo le conclusioni raggiunte si sono poste in accordo con quelle, descritte sopra, attribuibili alla dottrina e con quelle sostenute lungo tutto lo sviluppo della presente indagine. Anche per la Corte di Cassazione per poter attribuire una responsabilità da reato alla società capogruppo, nel caso in cui sia commesso un reato nell'ambito di altra società appartenente allo stesso, devono necessariamente essere integrati tutti i parametri *ex* d.lgs. 231/2001. In

particolare, la Corte ha insistito nel distinguere tra il concetto di interesse di gruppo e quello di interesse della singola società, distinto, di necessaria e specifica integrazione e da verificarsi in concreto. La soluzione fornita dalla pronuncia è corretta sotto il profilo ricostruttivo e normativo, oltre che utile all'interprete, motivo per cui la sentenza in questione va salutata con favore.

Infine, si è considerata la sentenza della II Sezione Penale della Corte di Cassazione del 27 settembre 2016, n. 52316. Questa importantissima sentenza non solo si può fregiare di contenere una delle più complete e scrupolose analisi sul tema di cui si sta trattando, la quale conduce a conclusioni in armonia con quanto espresso dalla giurisprudenza e dalla dottrina, e oltre che nel presente lavoro, ma anche per il fatto che in essa vengono espressamente riprese alcune pronunce giurisprudenziali condividendone e valorizzandone le conclusioni, soprattutto quelle proprie della sentenza 24583/2011, di modo che il percorso ricostruttivo offerto acquisisce un'autorevolezza e una stabilità ancora maggiori.

Da ultimo, si è rivolta l'attenzione al mondo delle imprese. Le posizioni assunte dal mondo imprenditoriale sul tema di nostro interesse sono state analizzate dalla prospettiva delle associazioni di categoria e attraverso l'esame di un caso concreto. Le Linee Guida diffuse da Confindustria si sono dimostrate, sull'argomento in discorso, precise e articolate, e si sono attestate su conclusioni in consonanza con quanto espresso nel presente lavoro quanto alla configurabilità di una responsabilità da reato della società capogruppo nel caso di commissione di un reato presupposto nell'ambito di una controllata. Inoltre, il testo in discussione ha fornito molti spunti e indicazioni utili nell'ambito della predisposizione dei modelli organizzativi di prevenzione *ex d.lgs. 231/2001* nel momento in cui tale attività si trova a dover essere calata in un contesto di gruppo. L'impostazione adottata, consonante con quanto espresso in questa sede nel capitolo di riferimento, ha fornito sicuramente un riferimento per l'elaborazione del modello *ex d.lgs. 231/2001* di Eni s.p.a., il cui modello richiama espressamente le Linee Guida. Come emerso dall'analisi dei testi in discussione, l'obiettivo di raggiungere un livello di prevenzione efficace, che si accompagna a quello di limitare una possibile circolazione di responsabilità *ex d.lgs. 231/2001* all'interno del gruppo, vengono perseguiti attraverso la promozione, da parte della società a capo del gruppo, dell'adozione, in aggiunta al proprio, di un modello organizzativo adeguato ad opera

delle società controllate, nel rispetto della loro autonomia e responsabilità, così come delle loro specificità, ma anche nella pretesa di adeguamento agli indirizzi generali e inderogabili elaborati sul tema dalla controllante, il tutto corredato da forme di coordinamento centralizzato relativamente ai profili della vigilanza e dell'informazione.

Queste soluzioni non solo rispettano il dato normativo, ma arricchiscono l'approccio al tema, poiché tengono in debito conto la realtà concreta, valorizzandone le particolarità e cercando, pur non sussistendo obblighi al riguardo, di elaborare strumenti in grado di fornire risultati efficaci nell'interesse di tutti.

Infine, una considerazione sul convitato di pietra del discorso che si sta svolgendo: il Legislatore. Si è visto come il d.lgs. 231/2001 non prenda in considerazione il tema del rapporto tra la propria disciplina e i gruppi di società. Lo scotto da pagare è una mancanza di chiarezza sul tema, che si ripercuote su tutti: la società, gli studiosi, la giurisprudenza, gli avvocati, le imprese, i privati. Viene da chiedersi quali possano essere le possibili direzioni da seguire per un utile intervento. Ebbene, prendendo le mosse dal lavoro svolto, è necessario evidenziare come la realtà giuridica che caratterizza le società non può essere ignorata, per cui risulterebbe complicato il tentativo di introdurre una responsabilità da reato *ex* d.lgs. 231/2001 in capo alla società controllante per il mero fatto che nell'ambito di una società controllata venga commesso un reato presupposto, senza che vengano ad essere integrati gli altri criteri d'imputazione richiesti. Questa soluzione porterebbe incoerenza sotto il profilo normativo, si porrebbe in attrito con i principi fondamentali operanti in materia e non si giustificerebbe dal punto di vista logico. Bisogna ricordare che le diverse società di un gruppo rimangono entità autonome e distinte. In poche parole, non è chiaro perché un soggetto di diritto dovrebbe poter essere ritenuto responsabile per un potenziale illecito commesso da un altro soggetto di diritto.

De iure condendo, nella prospettiva di elaborare strumenti convincenti e utili, si potrebbe pensare di guardare alla realtà concreta, spesso più veloce del diritto, e quindi al comportamento del mondo imprenditoriale. Prendendo le mosse dagli strumenti elaborati dalle associazioni di categoria e dai modelli adottati dalle società facenti parte di un gruppo, si potrebbe considerare l'eventualità di uniformare certi comportamenti introducendo obblighi di informazione e di vigilanza a carico della società controllante, i quali, se non rispettati, potrebbero portare a delle sanzioni nel caso in cui una società

controllata venisse riconosciuta responsabile *ex d.lgs. 231/2001*. Ovviamente tali disposizioni si caratterizzerebbero per essere eccezionali, in quanto porrebbero a carico di un soggetto socio di una società degli obblighi, i quali non avrebbero omologhi sul piano giuridico generale, ma sarebbero fondati sulle particolari esigenze derivanti dalle particolarità che caratterizzano il fenomeno dei gruppi di società e il rapporto di questo con la disciplina *ex d.lgs. 231/2001*. Il tutto a vantaggio di una maggiore tutela per la società civile e di maggiori prevedibilità e chiarezza, che si tradurrebbero nella possibilità di ottenere una migliore organizzazione della propria attività, per il mondo imprenditoriale.

In conclusione, nel presente lavoro si è analizzato il rapporto tra la disciplina della responsabilità da reato degli enti *ex d.lgs. 231/2001* ed il fenomeno dei gruppi di società, cercando di capire quali fossero le problematiche emergenti, con l'obiettivo di individuare le possibili soluzioni. Lo si è fatto volendo essere guidati dal rispetto del dato normativo, dei principi giuridici e di un'imprescindibile coerenza logica, spinti dalla volontà di trovare soluzioni teoriche e pratiche, dalla voglia di conoscere e, sempre, dalla passione.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Diritto Commerciale, III, Diritto delle società*, a cura di CIAN M., Torino, 2020
- ACCINNI G.P., *La responsabilità penale degli amministratori nel gruppo di società*, in *Le società*, 1992.
- ALESSANDRI, *Corporate governance e nuovi reati societari*, in *Giur. Comm.*, 2002.
- ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di DOLCINI – PALIERO, III, Milano, 2006.
- ALESSANDRI, in *Il nuovo diritto penale delle società. D.Lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, a cura di ALESSANDRI, Milano, 2002.
- ALESSANDRI, *I reati societari: prospettive di rafforzamento e di riformulazione della tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992.
- AMBROSETTI, *Efficacia della legge penale nei confronti delle persone*, in RONCO – AMBROSETTI – MEZZETTI, *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Bologna, 2016.
- AMBROSETTI E. M., *La responsabilità delle persone giuridiche nel diritto penale dell'impresa*, in AMBROSETTI – MEZZETTI – RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2016.
- AMBROSETTI E.M. - COCCO G., *Trattato breve di diritto penale, Parte generale – I, 1, La legge penale*, Milano, 2019.
- AMBROSETTI E.M. - COCCO G., *Trattato breve di diritto penale, Parte generale – I, 2, Il reato*, Milano, 2017.
- AMBROSETTI E.M. - COCCO G., *Trattato breve di diritto penale, Parte generale – II, Punibilità e pene*, Milano, 2018.
- ASSUMMA, *La responsabilità amministrativa degli enti nei gruppi d'impresa: problemi e prospettive*, in *La resp. amm. soc. enti*, 3, 2011.
- BASSI A. – EPIDENDIO E., *Enti e responsabilità da reato Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano, 2006.
- BERTEL, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pubbl. ec.*, 1998.

- BEVILACQUA F.C., *Responsabilità da reato ex D. LGS. 231/2001 e gruppi di società*, Milano, 2010.
- BISORI L., *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997.
- BRICOLA, *Il costo del principio societas delinquere non potest*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970.
- BUTTARO L., in CARCANO G. – BALZARINI P. – MUCCIARELLI G., *I gruppi di società, Convegno internazionale di studi di Venezia*, Milano, 1996.
- CALAMANTI, *La responsabilità penale degli amministratori di società controllante per falsità "indiretta" del bilancio consolidato*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2000.
- CARDIA M., *I modelli organizzativi e la nozione di profitto del reato: le considerazioni del g.i.p. di Napoli*, in *Resp. amm. società e enti*, 2007, 4.
- CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. soc.*, 2003.
- CARIELLO, *La pubblicità del gruppo (art. 2497-bis c.c.): la trasparenza dell'attività di direzione e coordinamento tra staticità e dinamismo*, in *Riv. dir. soc.*, 2009.
- CARLETTI, *La responsabilità penale nel gruppo di società: il caso della Icmesa di Seveso*, in *Riv. Giur. Lav.*, IV, 1984.
- CARMONA, *Premesse a un corso di diritto penale dell'economia. Mercato, regole e controllo penale nella postmodernità*, Padova, 2002.
- CARUSO, *Inizio e cessazione della direzione e coordinamento e recesso del socio*, Torino, 2012.
- CENSONI P.F., *La responsabilità per le attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, in AA.VV., *Il rapporto banca-impresa nel nuovo diritto societario*, Milano, 2004.
- CRESPI, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999.
- DACCÒ, *I gruppi di società*, in *Diritto Commerciale, III, Diritto delle società*, a cura di CIAN M., Torino, 2020.
- DACCÒ, *L'accentramento della tesoreria nei gruppi di società*, Milano, 2002.
- D'ARCANGELO, *La responsabilità degli enti per i delitti tributari dopo le SS.UU 1235/10*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2011.

DE GIORGI M.V., *Dalle persone giuridiche agli enti "non profit"*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da RESCIGNO P., vol. 2, seconda edizione, Torino, 1999.

DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. Responsabilità penale delle società*, Milano, 2002.

DE MAGLIE, *Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell'impresa. Crisi e innovazioni nel diritto penale statunitense*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995.

DE NICOLA, *La responsabilità ex d.lgs. n. 231/2001 all'interno dei gruppi di società: una interessante sentenza della Corte di Cassazione*, in *Riv. dir. soc.*, 3, 2017.

DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001.

DI AMATO A., *I gruppi di società e la responsabilità amministrativa da reato degli enti* in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, vol. Decimo, a cura di DI AVIRRO A., DI AMATO A., Padova, 2009.

DI GIOVINE, *La responsabilità degli enti: lineamenti di un nuovo modello di illecito punitivo*, in *Diritto penale e impresa: un rapporto controverso*, a cura di MANNA A., Milano, 2004.

DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse o a loro vantaggio*, Milano, 2005.

DI GIOVINE, in *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, a cura di LATTANZI, Milano, 2005.

DI NOTA, *La responsabilità amministrativa da reato degli enti nei gruppi di società*, in *Giur. Pen. Web*, 2017, 7-8.

DI SABATO F., *Concentrazioni e gruppi nel diritto interno*, in *Giur. Comm.*, 1988.

EPIDENDIO – PIFFER, *La responsabilità degli enti per reati colposi*, in *D.lgs. 231/2001: dieci anni di esperienze*, in *Soc.*, 2011.

FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale Parte generale*, Bologna, 2019.

FERRUA, *Le insanabili contraddizioni nella responsabilità dell'impresa*, in *Dir. e Giust.*, 2001, fasc. 29.

IORELLA, *Principi generali e criteri di imputazione all'ente della responsabilità amministrativa*, in IORELLA - LANCELOTTI, *La responsabilità dell'impresa per i fatti di reato*, Torino, 2004.

FOFFANI, *Responsabilità delle persone giuridiche e riforma dei reati societari*, in AA.VV., *Societas puniri potest, La responsabilità da reato negli enti collettivi*, a cura di PALAZZO F., Atti del Convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza e dal Dipartimento di diritto comparato e penale dell'Università di Firenze (15-16 marzo 2002) Padova, 2003.

GALGANO F., *Delle persone giuridiche*, Art. 11-35, seconda edizione, in SCIALOJA – BRANCA, *Commentario del codice civile*, Bologna, 2006.

GALGANO F., *I gruppi di società*, Torino, 2001.

GALGANO F., *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, in *Contr. Impr.*, 2002

GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto comm. e dir. pubbl. dell'economia*, Padova, 2003.

GALGANO F., *L'oggetto della holding è dunque l'esercizio mediato e indiretto dell'impresa di gruppo*, in *Contr. Impr.*, 1990.

GALGANO F., *Persona giuridica*, in *Digesto Disc. Priv., Sez. Civ.*, Torino, 1995.

GALGANO F., *Qual è l'oggetto della società holding?*, in *Contr. Impr.*, 1986.

GALLO P., *Soggetto di diritto*, in *Digesto Disc. Priv., sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998.

GARCEA, *I gruppi di società di persone*, Napoli, 2008.

GIORGI, *Libertà di informazione e dovere di riservatezza degli amministratori nei gruppi di società*, Torino, 2005.

GIOVANNINI, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, Milano, 2007.

GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983.

GUIZZI, *Eterodirezione dell'attività sociale e responsabilità per mala gestio nel nuovo diritto dei gruppi*, *Riv. dir. com. e dir. gen. obbl.*, 2009.

IACOVIELLO F.M., *Il falso in bilancio nei gruppi di società: come il processo penale modifica il diritto penale*, in *Cass. Pen.*, 1998.

IRRERA M., *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005.

JAEGER P.G., *I "gruppi" tra diritto interno e prospettive comunitarie*, in *Giur. Comm.*, 1980.

JORIO, *I gruppi*, in *La riforma delle società*, a cura di AMBROSINI, Torino, 2003.

LA MARCA, *Il danno alla partecipazione azionaria*, Milano, 2012.

LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999.

MAIMERI F., *Controlli interni delle banche tra regolamentazione di vigilanza e modelli di organizzazione aziendale*, in *Riv. dir. comm. dir. gen. obbl.*, 2002.

MANTOVANI, *Diritto Penale, p. gen.*, Padova, 2015.

MANTOVANI F., *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001.

MARINUCCI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche. Uno schizzo storico-dogmatico*, Pisa, 2007.

MARINUCCI – DOLCINI – GATTA, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, Milano, 2022.

MARRA, *Legalità ed effettività delle norme penali. La responsabilità dell'amministratore di fatto*, Torino, 2002.

MARUOTTI, *Il falso in bilancio consolidato ed il "passo del gambero"*, in *Diritto e impresa: un rapporto controverso*, a cura di MANNA, Milano, 2004.

MILITELLO, *Gli abusi nel patrimonio di società controllate e le relazioni fra appropriazione e distrazione*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1991.

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

MONTALENTI, *Impresa, società di capitali, mercati finanziari*, Torino, 2017.

MURATORE A., *Commento agli artt. 2497 bis – 2497 ter*, in AA.VV., *Il nuovo diritto societario*, diretto da COTTINO – BONFANTE – CAGNASSO – MONTALENTI, vol. III, Bologna, 2005.

PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2012.

PADOVANI, *Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche*, in *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, a cura di DE FRANCESCO, Torino, 2004.

PALAZZO, *Corso di diritto penale, p. gen.*, Torino, 2016.

PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999.

PALIERO, *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. giur.*, 2001.

- PALIERO, *Problemi e prospettive della responsabilità penale nell'ordinamento italiano*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1996.
- PALIERO C.M. – PALAZZO F., *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007.
- PECORELLA C., *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, D. lgs. 8 giugno 2001, n. 231, Milano, 2002.
- PEDRAZZI C., *Corporate governance e posizioni di garanzia: nuove prospettive?*, in AA.VV., *Governo d'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, Tomo II, Milano, 2002.
- PEDRAZZI C., *Dal diritto penale delle società al diritto penale dei gruppi: un difficile percorso*, in CARCANO G. – BALZARINI P. – MUCCIARELLI G., *I gruppi di società, Convegno internazionale di studi di Venezia*, Milano, 1996.
- PEDRAZZI, *Il concorso di persone*, Palermo, 1952.
- PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, in *Riv. dir. trim. pen. ec.*, 1988.
- PEDRAZZI C., *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000.
- PELISSERO, *La responsabilità degli enti*, in ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, I, a cura di GROSSO, Milano, 2007.
- PELLIZZI G.I., voce, *Soggettività giuridica*, in *Enc. Giur.*, XXIX, Ist. Enc. It. Treccani, Roma, 1993.
- PICCIAU, in MARCHETTI – BIANCHI – GHEZZI – NOTARI, *Commentario alla riforma delle società. Vol. 11: Direzione e coordinamento. Artt. 2497-2497-septies c.c.*, Milano, 2012, *sub. art. 2497-sexies*.
- PIERGALLINI, *Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, Milano, 2001
- PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002.
- PISTORELLI, *Brevi osservazioni sull'interesse di gruppo quale criterio oggettivo di imputazione della responsabilità da reato*, in *La resp. amm. soc. enti*, 1, 2006.
- PULITANÒ, *Diritto Penale*, Torino, 2009.
- PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002.

ROMANO M., in ROMANO – GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, II, Artt. 85-149, III ed., Milano, 2005, *sub. art.* 110.

RONCO, voce “*Responsabilità delle persone giuridiche (diritto penale)*”, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XXVII, Roma, 2002.

RONDINONE, voce *Società (gruppi di)*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione commerciale*, Aggiornamento vol. 5, Torino, 2009.

RORDORF, *I criteri di attribuzione della responsabilità. I modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire i reati*, in *Le Società*, 11, 2001.

RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Le soc.*, 5, 2004.

ROSSI G., *Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo da risolvere*, in *I gruppi di società*, Milano, 1996.

SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. Comm.*, 2003.

SALAFIA, *Amministrazione e controllo nella legge delega n. 366 del 2001 e responsabilità amministrativa delle società*, in *Le società*, 2002.

SANTI F., *La responsabilità delle società e degli enti. Modelli di esonero delle imprese. D. Lgs. 8.6.2001, n. 231 D.M. 26.6.2003, n. 201*, Milano, 2004.

SANTORIELLO, *Gruppi di società e sistema sanzionatorio del d.lgs. 231/2001*, in *La resp. amm. soc. enti*, 4, 2007.

SANTORIELLO, *I requisiti dell'interesse e del vantaggio della società nell'ambito della responsabilità da reato dell'ente collettivo*, in *Rivista 231*, 2014.

SANTORIELLO C., *La responsabilità amministrativa delle società per gli illeciti commessi nel loro interesse da parte dei cd. gestori di fatto*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2007, 1.

SBISÀ, in MARCHETTI – BIANCHI – GHEZZI – NOTARI, *Commentario alla riforma delle società. Vol. 11: Direzione e coordinamento. Artt. 2497-2497-septies c.c.*, Milano, 2012, *sub. art.* 2497, co. 1-2.

SCALFI G., voce *Soggettività giuridica*, in *Enc. Giur.*, XXIII, Ist. Enc. It. Treccani, Roma, 1990.

SCAROINA E., *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo d'impresa*, Milano, 2006.

SCHNEIDER, *La sovrapposizione delle norme strutturali e dei doveri organizzativi di rilevanza pubblicistica con il diritto dei gruppi (Riflessioni preliminari in tema di “compliance” nel gruppo)*, *I gruppi di società*, Atti del Convegno internazionale di studi, Venezia, 16-17-18 novembre 1995.

SCOGNAMIGLIO, *Motivazioni delle decisioni e governo del gruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009.

SCOGNAMIGLIO G., *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, in *Profili e problemi dell’amministrazione nella riforma delle società*, Milano, 2003.

SELVAGGI, *La responsabilità penale della persona giuridica: un dibattito europeo*, in *Cass. Pen.*, 1999.

SELVAGGI, *L’interesse dell’ente collettivo quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato*, Napoli, 2006.

SEVERINI, *Sul concorso di persone nel reato*, in AA.VV., *La riforma del codice penale*, a cura di DE MAGLIE - SEMINARA, Milano, 2001.

SILVESTRI, *L’interpretazione dei concetti di “interesse” e “vantaggio” dell’ente*, in *Rivista 231*, 2014.

SGUBBI, *Gruppo societario e responsabilità delle persone giuridiche ai sensi del D.lgs. 231/2001*, in *La resp. amm. soc. enti*, 1, 2006.

SGUBBI F., *La responsabilità penale per omesso impedimento dell’evento*, Padova, 1975.

STELLA F., IN CRESPI A. – STELLA F. – ZUCCALÀ G., *Commentario breve al codice penale*, IV ed., Padova, 2003, sub. art. 40.

STELLA F., *Criminalità d’impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998.

STELLA F., *Criminalità d’impresa, nuovi modelli d’intervento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999.

STORTONI L. – TASSINARI D., *La responsabilità degli enti: quale natura? Quali soggetti?*, in *Ind. Pen.*, 2006.

TIEDEMANN, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995.

TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010.

VINCIGUERRA, in VINCIGUERRA - ROSSI - CERESA-GASTALDO, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse (d.lgs. n. 231/2001)*, Padova, 2004.

VITARELLI T., *Le responsabilità*, in *Le deleghe di poteri*, a cura di GUTIERREZ B.M., Milano, 2004.

WEIGMANN, *I gruppi di società*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di AMBROSINI, II, Torino, 2005.

Giurisprudenza

Trib. Milano, 16 aprile 1992, Annibaldi ed altri, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995.

Corte App. Milano, 10 giugno 1996, Bagnasco ed altri, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998.

Cass., sez. lav., 29 novembre 1996, n. 10688.

Cass. pen., sez. I, 23 maggio 1997, n. 2787, in *Riv. Dir. Pen. Ec.*, 1997, II.

Cass. Civ., sez. I, 14 settembre 1999, n. 9795, in *Giur. Comm.*, 2000, II.

Cass. pen., sez. V, 10 gennaio 2001, n. 191.

Cass. pen., sez. VI, 20 gennaio 2004, n. 1271.

Trib. Milano, ord. 27 aprile 2004, n. 950, in, *Le società*, 2004, 10.

Trib. Milano, uff. g.i.p., ordinanza 20 settembre 2004, n. 30382-03.

Cons. St., Sez. III, parere 10 gennaio 2005.

Cass. pen., sez. II, 30 gennaio 2006, n. 3615.

Trib. Napoli, ord. 26 giugno 2006, g.i.p. Saraceno.

Trib. Milano, ord. 26 febbraio 2007, g.u.p. Cerreti.

Trib. Milano, ord. 13 giugno 2007, g.i.p. Tacconi.

Trib. Milano, sent. 28 giugno 2007, g.i.p. Forleo.

Cass. civ., sez. I, 17 aprile 2007, n. 9143.

Cass. pen., sez. un., 27 marzo 2008, n. 26654, in *Foro it.*, II.

Cass. pen., sez. IV, 9 luglio 2009, n. 36083.

Cass. pen., sez. VI, 18 febbraio 2010, n. 27735, in *Giust. pen.*, 2011, II.

Cass. pen., sez. II, 21 luglio 2010, n. 28699.

Cass. pen., sez. III, 20 aprile 2011, n. 15657, con nota di PALIERO, *Bowling a Columbine: la Cassazione bersaglia i basic principles della corporate liability*, in *Le Società*, 2011.

Cass. pen., sez. V, 20 giugno 2011, n. 24583.

Corte d'ass. Torino, 14 novembre 2011, n. 31095.

Cass. pen., sez. VI, 16 maggio 2012, n. 30085, in *Cass. pen.*, 2013.

Cass. pen., sez. V, 28 novembre 2013, n. 10265.

Cass. pen., sez. VI, 20 dicembre 2013, n. 3635, in *Cass. Pen.*, 2014, 1534, con nota di SILVESTRI, *Questioni aperte in tema di profitto confiscabile nei confronti degli enti: la confiscabilità dei risparmi di spesa, la individuazione del profitto derivante dal reato associativo*.

Cass. pen., sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, in *Cass. pen.*, 2015.

Cass. civ., sez. I, 12 giugno 2015, n. 12254.

Cass. pen., sez. II, 27 settembre 2016, n. 52316.

Cass. civ., sez. I, 7 ottobre 2019, n. 24943.

Altre Fonti

Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, consultabili all'indirizzo https://www.confindustria.it/wcm/connect/68e8ada9-cbfa-4cad-97db-82ba3cc3e963/Position+Paper_linee+guida+modelli+organizzazione_giugno2021_Confindustria.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=ROOTWORKSPACE-68e8ada9-cbfa-4cad-97db-82ba3cc3e963-nFyjPuZ.

Modello 231 di Eni SpA, consultabile all'indirizzo <https://www.eni.com/assets/documents/modello-231-definitivo.pdf>.

Relazione al d.lgs. 231/2001.

Relazione al d.lgs. 6/2006.