



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
Dottorato in Studi Giuridici
Comparati ed Europei

Corso di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei

XXV ciclo

Tesi di Dottorato

**La responsabilità degli enti
e i gruppi di società**

*Situazione italiana e spunti comparatistici
con Francia e Germania*

Relatore

Prof. Alessandro Melchionda

Dottoranda

Flavia Betti Tonini

anno accademico 2012-2013



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
Dottorato in Studi Giuridici
Comparati ed Europei

candidata: Flavia Betti Tonini

**LA RESPONSABILITÀ DEGLI
ENTI E I GRUPPI DI SOCIETÀ
*SITUAZIONE ITALIANA E
SPUNTI COMPARATIVI
CON FRANCIA E GERMANIA***

Relatore Prof. Alessandro Melchionda

Anno Accademico 2012-2013

Indirizzo specialistico in Diritto e procedure penale e filosofia del diritto

XXV ciclo

Esame finale: 06/03/2014

Commissione esaminatrice:

Prof. Mauro Catenacci, Università di Roma 3

Prof.ssa Anna Maria Maugeri, Università di Catania

Prof. Daniele Negri, Università di Ferrara

*Un grazie a chi mi ha supportata ed accompagnata
in questi anni entusiasmanti e al tempo stesso difficili;
grazie alla mia famiglia e a mio marito,
al Professor Alessandro Melchionda, al Professor Gabriele Fornasari,
al Max Plank Institut für ausländisches und internationales Strafrecht,
di cui porto con me splendidi ricordi*

*Dedico questo lavoro
a Ginevra, che ha visto la luce all'inizio di questo percorso
a nonna Carmen, che oggi vorrei, ma non posso abbracciare
a mio Padre, che ha saputo combattere controcorrente ed oggi è un prezioso nonno
a mia Madre, a Nicolò, che mi hanno spronato a non mollare*

INDICE

ABSTRACT	Pag. 5
<i>INTRODUZIONE – CRIMINALITÀ D'IMPRESA E GRUPPI DI SOCIETÀ</i>	Pag. 7
CAPITOLO PRIMO	
DIFFERENTI APPROCCI ALLA REALTÀ DEL GRUPPO DI IMPRESE	
1. Il gruppo di società, una creazione del mercato dalle mille sfaccettature	Pag. 11
2. Unione europea. I Gruppi nel diritto della concorrenza	Pag. 17
3. L'Italia e le nuove norme in materia di direzione e coordinamento	Pag. 21
4. Spunti comparatistici	Pag. 27
4.1. <i>La Francia e le group de société</i>	Pag. 27
4.2. <i>La Germania e la previsione di uno specifico Konzernrecht</i>	Pag. 31
CAPITOLO SECONDO	
DIFFERENTI APPROCCI AL TEMA DELLA RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI	
1. Spinte a livello europeo	Pag. 35
2. Italia – Responsabilità amministrativa da reato. Il D.Lgs 231/2001	Pag. 37
2.1. <i>Natura della responsabilità</i>	Pag. 38
2.2. <i>Enti destinatari</i>	Pag. 40
2.3. <i>Criteri di ascrizione della responsabilità all'ente</i>	Pag. 41
2.3.1. <i>Elementi oggettivi dell'illecito. A) Reato presupposto</i>	Pag. 42
2.3.2. <i>(segue) B) Interesse o vantaggio</i>	Pag. 42

2.3.3. (segue) C) Rapporto qualificato tra l'autore del reato e l'ente	Pag. 45
2.3.4. Elemento soggettivo dell'illecito	Pag. 48
2.3.5. (segue) I modelli di organizzazione, gestione e controllo	Pag. 48
2.3.6. (segue) L'Organismo di vigilanza	Pag. 51
3. Spunti comparatistici	Pag. 52
3.1. Francia – La responsabilità penale degli enti	Pag. 52
3.1.1. L'art. 121-2 Cod. pén.	Pag. 54
3.1.2. (segue) La nozione di organe ou représentant	Pag. 55
3.1.3. (segue) La nozione di commissionne pour compte	Pag. 57
3.2. Germania – La responsabilità amministrativa degli enti	Pag. 60
3.2.1. La disciplina contenuta nell'Ordnungswidrigkeitensgesetz (OWiG)	Pag. 64
3.2.2. (segue) § 30 OWiG – La sanzionabilità dell'ente	Pag. 64
3.2.3. (segue) §130 OWiG – La violazione dei doveri di controllo	Pag. 66

CAPITOLO TERZO

LA RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI NEI GRUPPI DI SOCIETÀ

1. La soluzione italiana	Pag. 69
1.1. Il gruppo quale soggetto destinatario del D.Lgs. 231/2001?	Pag. 70
1.2. Le prime pronunce giurisprudenziali	Pag. 71
1.3. (segue) La Corte di Cassazione nel caso Tosinvest	Pag. 75
1.3.1. Individuazione di ogni elemento costitutivo dell'illecito in capo ad ogni società appartenente al gruppo	Pag. 75
1.3.2. Limiti della posizione della Corte di Cassazione e spunti di riflessione	Pag. 77
1.4. Possibili soluzioni dottrinali	Pag. 79

<i>1.4.1. L'interesse o vantaggio di enti che operano in un contesto di gruppo</i>	Pag. 79
<i>1.4.1.1. Il rapporto tra l'interesse di gruppo e l'interesse o vantaggio di cui al D.Lgs. 231/2001</i>	Pag. 79
<i>1.4.1.2. (segue) La teoria dei vantaggi compensativi</i>	Pag. 80
<i>1.4.1.3. Elaborazione, in fase d'interpretazione, di un nuovo concetto di interesse</i>	Pag. 84
<i>1.4.2. Soggetto apicale o sottoposto</i>	Pag. 86
<i>1.4.2.1. Il concorso di persone</i>	Pag. 87
<i>1.4.2.2. L'amministratore di fatto</i>	Pag. 89
<i>1.4.2.3. (segue) Possibili applicazioni pratiche</i>	Pag. 92
<i>1.4.3. Elemento soggettivo dell'illecito</i>	Pag. 100
<i>1.4.3.1. Modelli di organizzazione, gestione e controllo e gruppo di società</i>	Pag. 103
<i>1.4.3.2. Organismo di vigilanza e gruppo di società</i>	Pag. 106
2. Spunti comparatistici – dibattito aperto in Francia e Germania	Pag. 108
<i>2.1. Francia</i>	Pag. 109
<i>2.1.1. Soluzioni interpretative avanzate dalla dottrina</i>	Pag. 110
<i>2.1.2. La recente posizione della Cour de Cassation</i>	Pag. 111
<i>2.1.3. Il caso del diritto dell'ambiente</i>	Pag. 112
<i>2.1.4. Alcune riflessioni</i>	Pag. 114
<i>2.2. Germania</i>	Pag. 116
<i>2.2.1. Soluzioni interpretative avanzate dalla dottrina</i>	Pag. 117
<i>2.2.2. (segue) La controllante quale Inhaber eines Betriebes oder Unternehmens ex § 130 OWiG</i>	Pag. 118
<i>2.2.3. Alcune riflessioni</i>	Pag. 120
CONCLUSIONI	Pag. 123
BIBLIOGRAFIA	Pag. 131

ABSTRACT

La ricerca si è posta l'obiettivo di verificare se ed in che modo sia possibile applicare la disciplina della responsabilità degli enti a più società appartenenti ad un medesimo "gruppo", stante la rilevanza sempre maggiore che ha acquistato tale fenomeno, economico ancor prima che giuridico, e sotto la costante pressione proveniente dalle istituzioni sovranazionali.

Proprio tali spinte hanno imposto di gettare uno sguardo oltre i confini nazionali (nello specifico in Francia e in Germania), non solo per poter trarre qualche spunto di riflessione prezioso per l'interpretazione del diritto interno, ma anche per osservare se sia prospettabile un'armonizzazione degli ordinamenti in tale campo "di frontiera".

Lo studio del fenomeno dei gruppi societari, così come l'analisi della disciplina della responsabilità degli enti nei tre ordinamenti di riferimento, ha costituito un passaggio necessario, dal quale è emerso un quadro assolutamente disomogeneo di discipline. Se Francia e Italia non hanno un vero e proprio sistema normativo in grado di disciplinare in modo coerente ed esaustivo il gruppo di società, Germania vanta un apparato normativo specifico. Quanto alla responsabilità degli enti, non solo essa è penale in Francia, amministrativa in Germania e "ibrida" in Italia, ma la stessa tecnica di ascrizione muta da un ordinamento all'altro.

Univocità pare esservi solo nel rigetto, da parte dei tre ordinamenti, della possibilità di considerare il gruppo quale entità giuridica autonoma, diretta destinataria della normativa in materia di responsabilità degli enti. Di fronte al silenzio da parte del legislatore in tale settore specifico, dottrina e giurisprudenza hanno avanzato delle possibili soluzioni, ricorrendo all'utilizzo d'istituti classici quali il concorso di persone nel reato, ovvero riprendendo la figura dell'amministratore di fatto.

Il risultato cui si perverrà alla fine del lavoro sarà in realtà il punto di partenza per una successiva e più ampia riflessione sul ruolo che riveste oggi il diritto punitivo; se e in che modo esso possa divenire strumento preventivo, in grado di promuovere condotte virtuose da parte degli enti, sia come singola società che come gruppo.

INTRODUZIONE

CRIMINALITÀ D'IMPRESA E GRUPPI DI SOCIETÀ

Oggetto della presente ricerca è l'analisi dell'applicazione della disciplina sulla responsabilità amministrativa da reato degli enti (introdotta in Italia con il D.Lgs. 231/2001) in presenza di gruppo societario.

L'importanza sempre maggiore che ha assunto il gruppo come forma organizzativa societaria, ormai divenuto "strumento" indispensabile per le aziende che vogliono crescere e collocarsi sul mercato globale¹, è ormai nota e impone una riflessione approfondita, nonostante per molti esso rimanga un mero "fenomeno economico".

Gli stessi dati statistici (pur con i loro limiti) sono significativi; secondo un'indagine ISTAT pubblicata il 2 agosto 2011, nel 2009, solo in Italia erano presenti oltre 80.000 gruppi, comprendenti oltre 183.000 imprese attive residenti, occupanti 5,7 milioni di addetti. Nel nostro paese si è potuta osservare una realtà polarizzata tra pochi gruppi di notevoli dimensioni (composti da più di 10 imprese) e molti gruppi di piccole dimensioni (composti da 2/3 imprese, il 76%); rispetto all'anno precedente la quantità dei gruppi era aumentata del 5%, registrando quindi un forte *trend* di crescita².

In Germania si stima che circa tre quarti delle società per azioni e la metà delle società a responsabilità limitata facciano parte di un gruppo societario³.

Da un punto di vista criminologico, sino a pochi anni addietro, si registra una scarsa attenzione alla realtà del gruppo di società come fattore criminogeno. Ciò stupisce poiché già Sutherland, nella sua opera più celebre "*White collar crime*", faceva riferimento a pratiche illecite tipiche delle imprese che operavano in un

¹ U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010

² Indagine ISTAT d.d. 2 agosto 2011, consultabile all'indirizzo web <http://www.istat.it/it/archivio/35263>.

³ Così Altmeppen nell'introduzione al Terzo libro del codice societario, H. ALTMEPPEN in *Münch-Kommentar*, München, 2010

contesto di gruppo. La stessa base statistica utilizzata nella sua analisi, prendeva in considerazione 70 tra le società americane più grandi e le loro controllate⁴.

Il gruppo di società, come possibile fattore criminogeno, è rimasto a lungo sullo sfondo anche nei molti atti emanati a livello sovranazionale, ove sin dagli anni '70 si è iniziata a registrare una forte sensibilità nei confronti della criminalità economica. Ciò è stato probabilmente determinato da una concezione fortemente radicata nella realtà giuridica continentale, che a lungo ha considerato il gruppo di società una mera entità economica priva di rilevanza giuridica.

E' solo con i grandi scandali (da Enron a Parmalat, per citarne due tra i tanti) che il fenomeno attira su di sé l'attenzione e s'inizia a comprendere le potenzialità criminogene, oltre a quelle economiche, del gruppo.

La constatazione della rilevanza del fenomeno dei gruppi e della sua scarsa regolamentazione, ha fatto sorgere l'interesse per il tema oggetto della ricerca.

Si è voluto anche gettare lo sguardo oltre i confini nazionali, al fine di ricavarne possibili spunti di riflessione; i paesi oggetto di comparazione sono: la Germania, per la sua scelta in "controtendenza" che prevede la "sola" responsabilità amministrativa dell'impresa (disciplinata dall'*Ordnungswidrigkeitengesetz*, ai §§ 30 e 130), e la Francia, che per prima ha introdotto la "*responsabilité pénale des personnes morales*", fissando il principio di responsabilità all'art. 121-2 Cod. pén (inserita nel codice, in occasione della riforma del 1994).

Nelle prossime pagine vi sarà quindi una prima parte in cui si analizzeranno il fenomeno del gruppo di società, dal punto di vista dei tre ordinamenti, seguita da un'analisi delle differenti discipline adottate dagli stessi in materia di responsabilità (penale/amministrativa?) delle persone giuridiche; il tutto partendo dalla constatazione che la Comunità europea è stata la prima a mostrare grande sensibilità al tema della responsabilità degli enti, tanto da invitare più volte gli Stati ad adottare degli strumenti in grado di contrastare con misure efficaci questa criminalità, e non ha nemmeno tardato a pronunciarsi sul tema del gruppo di società (seppur limitatamente al diritto della concorrenza).

⁴ Per una trattazione completa si veda l'edizione riedita in versione integrale nel 1983 dall'Università di Yale, che presenta interessanti passi mancanti nella più sintetica versione censurata del 1949. E. H. SUTHERLAND, *White collar crime: the uncut version*, Yale, 1983

Solo successivamente cercheremo di individuare se ed in che modo, in assenza di una disciplina specifica, possano essere applicate le norme vigenti in materia di tale responsabilità nel caso in cui il reato sia commesso da una società operante nel contesto di gruppo.

CAPITOLO PRIMO

DIFFERENTI APPROCCI ALLA REALTÀ DEL GRUPPO D'IMPRESA

1. Il gruppo di società, una creazione del mercato dalle mille sfaccettature

Il gruppo di società, storicamente, si sviluppa nel XX secolo e rappresenta una grande innovazione, al pari di quanto era accaduto con l'avvento della società per azioni il secolo precedente⁵.

Nei sistemi di *common law* (che non saranno oggetto di ricerca del presente studio, ma si citano in questo passaggio solo per un interesse di carattere storico) la nascita dei gruppi è individuata in una legge del New Jersey del 1886, che ha introdotto la possibilità per una *corporation* di acquistare azioni di un'altra *corporation*⁶.

Negli ordinamenti continentali di *civil law*, si è dovuto aspettare qualche decennio in più perché il legislatore ponesse le basi ad un successivo sviluppo del gruppo di società.

In Italia è stato il R.D. n. 1398 del 13 novembre 1931, anticipando l'art. 2361 del codice civile del 1942, ad ammettere per la prima volta che una società potesse assumere partecipazioni in altre società aventi il medesimo oggetto sociale, senza doverne modificare il proprio.

Nei decenni successivi il gruppo ha trovato disciplina in settori specifici⁷, ma solo con la Riforma del diritto societario del 2003 sono state introdotte delle norme generali (artt. 2497 – 2497 *septies* c.c.) rivolte alle società che svolgono attività di direzione e coordinamento (o che ad esse sono soggette); tuttavia del “gruppo” non è

⁵ F. GALGANO, *Diritto Commerciale. L'imprenditore – Le società*, VIII edizione, Bologna, 2010

⁶ L'introduzione della legge è legata alle vicende della Standard Oil, una delle prime multinazionali americane.

⁷ Tra gli altri si segnalano, in ordine cronologico: la L. 95/1979 e la D.Lgs. 270/1999, c.d. Leggi Prodi e Prodi-*bis*, sull'amministrazione delle grandi imprese in crisi, ove vi sono riferimenti alla realtà dei gruppi di società; il D.Lgs. 385/1993, in materia bancaria e creditizia, che ha fornito una definizione di “gruppo bancario”; il D.Lgs. 276/2003 che prevede all'art. 31 la possibilità di delegare alla capogruppo alcuni adempimenti in materia laburistica; il D.L. 30/2010 che introduce all'art.1, in attuazione della Direttiva 2006/43/CE in materia di revisione annuale dei conti legali, una definizione di gruppo ai fini della disciplina del bilancio consolidato.

stata data sino ad oggi alcuna definizione e siamo ancora lontani da un vero e proprio statuto normativo dei gruppi di società.

In Francia il codice del commercio dedica al rapporto di controllo alcuni articoli ma non esiste una disciplina organica del gruppo, il cui riconoscimento è dovuto principalmente alla produzione giurisprudenziale che si può registrare a partire dagli anni '70.

In Germania, al contrario, il diritto dei gruppi (*Konzernrecht*) è stato codificato nel diritto azionario del 1965, ove si è operata la *summa divisio* tra “gruppi di fatto” e “gruppi contrattuali”⁸.

E' stato osservato come tra la società per azioni e i gruppi societari non vi sia soluzione di continuità ed anzi nel gruppo vengano estremizzate le caratteristiche proprie della società per azioni: divisione del capitale sociale e responsabilità limitata. Come ha rilevato autorevole dottrina in Italia, “*il gruppo di società nasce dalla valorizzazione di potenzialità implicite nella forma giuridica della società per azioni, che l'inventiva imprenditoriale porta alle estreme conseguenze. La configurazione della partecipazione sociale come valore di scambio permette il controllo fra società*”.⁹

La grande differenza tra le due risiede nel fatto che, mentre la società per azioni è una creazione del legislatore, il gruppo nasce dall'inventiva imprenditoriale e trova regolazione legislativa (più o meno strutturata a seconda degli ordinamenti) solo in un momento successivo.

I vantaggi derivanti da tale configurazione sono molteplici, tra cui spicca la distinta soggettività giuridica di ciascuna società appartenente al gruppo, tanto da poter affermare che il gruppo “*si colloca in rapporto di continuità storica con il conseguimento del beneficio della responsabilità limitata*”¹⁰ della società per azioni. Infatti benché la società c.d. capogruppo (o *holding*) eserciti di fatto la propria direzione ed il proprio controllo sulle altre società del gruppo (c.d. controllate o *subsidiary*), essa rimane giuridicamente un soggetto terzo rispetto ad esse. Da tale affermazione consegue che i creditori delle controllate non avrebbero alcun titolo per

⁸ V. EMMERCH, M. HABERSACK, *Konzernrecht*, 9° ed., München, 2008

⁹ F. GALGANO, *Diritto Commerciale. L'imprenditore – Le società*, VIII edizione, Bologna, 2010.

¹⁰ Vedi nota precedente.

invocare la responsabilità della capogruppo (anche se in realtà vi sono diverse eccezioni a tale regola).

I gruppi aziendali costituiscono una *“variante della grande impresa, all’interno della quale più aziende giuridicamente autonome sarebbero tra loro coordinate da un soggetto economico comune, solitamente identificato con l’organo esecutivo della capogruppo”*¹¹; il gruppo rappresenterebbe quindi *“lo strumento attraverso il quale le risorse proprie di più società vengono valorizzate e messe a disposizione di un fine comune”*¹².

Il gruppo è stato anche definito come *“un’aggregazione di imprese societarie formalmente autonome ed indipendenti l’una dall’altra, ma assoggettate tutte ad una direzione unitaria. Tutte sono infatti sotto l’influenza dominante di un’unica società (società capogruppo o società madre), che direttamente od indirettamente controlla e dirige secondo un disegno unitario la loro attività di impresa, per il perseguimento di uno scopo unitario e comune a tutte le società del gruppo (c.d. interesse di gruppo). Da qui la tradizionale affermazione che nei gruppi ad un’unica impresa sotto il profilo economico corrispondono più imprese sotto il profilo giuridico: tante quante sono le società facenti parte del gruppo”*¹³.

Il gruppo sarebbe quindi caratterizzato da un legame particolarmente intenso tra più società, identificabile nella partecipazione di controllo del capitale da parte della società madre (che consentirebbe un’influenza dominante), ma rintracciabile anche nella partecipazione delle stesse persone all’interno dei consigli di amministrazione. Non solo, perché possa parlarsi di gruppo è necessario anche che il controllo delle società dipendenti non sia solo ipoteticamente possibile, ma venga concretamente esercitato. Vi deve quindi essere un soggetto che *“dirige e coordina”* l’attività delle varie società; dirige, *“nel senso di definire le strategie, fissando gli obiettivi comuni e le modalità per conseguirli”* e coordina, *“nel senso di esercitare*

¹¹ Si veda L. MARCHI, M. ZAVANI, *Economia dei gruppi e bilancio consolidato. Una interpretazione degli andamenti economici e finanziari*, II ed., Torino, 2004, cit. in G. BERTA, *I gruppi Societari*, Torino, 2011, p. 25

¹² G. BERTA, *I gruppi Societari*, Torino, 2011, p. 25

¹³ Definizione elaborata da U. Tombari, in G. F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale. 2. Diritto delle società*, VII ed., Torino, 2011

un controllo circa il rispetto delle regole poste per il conseguimento dei fini comuni”¹⁴.

Galgano ha fatto notare come spesso si assista alla sovrapposizione di un rapporto formale tra l’assemblea e gli amministratori (con rilevanza anche esterna), in cui ad essere posti in relazione sono organi con distinte competenze, ed un rapporto fiduciario (a rilevanza interna) tra capitale di comando e amministratori; sarebbe proprio in questo secondo rapporto che si manifesta in tutta la sua ampiezza il fenomeno della direzione e del controllo da parte della società madre (*holding*) sulla società figlia (*subsidiary*). E’ infatti il capitale di comando che nomina e, all’occorrenza, revoca gli amministratori (che presumibilmente, per mantenere l’incarico affidato, saranno portati ad eseguire le direttive impartite dalla casa madre). L’influenza dominante, così manifestata, rimarrebbe tuttavia “*una mera situazione di fatto*”¹⁵ che difficilmente, allo stato attuale, potrà assumere rilevanza dal punto di vista della responsabilità della capogruppo per un reato commesso dalla controllata. Maggior concretezza giuridica potrebbe invece assumere il controllo esercitato dalla controllante mediante un soggetto (proprio apicale o sottoposto) che esercita, di fatto, le funzioni di amministratore in seno alla controllata; in tal caso potrebbe esserci maggior spazio per il riconoscimento della responsabilità in capo alla controllante.¹⁶

Il gruppo presenta molteplici forme di manifestazione. Si possono ricordare i gruppi a catena e i gruppi stellari o a raggiera, ma può anche capitare che tali due forme si combinino tra di loro (è diffusa nei grandi gruppi la struttura che vede un’unica *holding* pura alla direzione del gruppo, e più *sub-holding* [pure o miste] che a loro volta controllano altre società relative al loro settore).

¹⁴ S. SARCONI, *I gruppi aziendali*, II Ed., Torino, 1999, p. 17

¹⁵ F. GALGANO, *Diritto Commerciale. L’imprenditore – Le società*, VIII edizione, Bologna, 2010, p. 280

¹⁶ tanto in Francia, quanto in Germania ed in Italia il gruppo non è riconosciuto come soggetto giuridico autonomo, ma ovunque ci si rende conto della necessità di individuare anche la responsabilità della capogruppo, per un reato commesso nel contesto operativo della controllata, laddove anch’essa sia coinvolta nella commissione dell’illecito.

Pur non essendo impossibile fare una catalogazione precisa dei gruppi di impresa, si può tentare di individuarne talune forme ricorrenti¹⁷.

1. Anzitutto si può effettuare una prima *summa divisio* in base alle ragioni che stanno alla base della stessa creazione del gruppo: si potrà quindi distinguere tra **gruppo economico** e **gruppo finanziario**¹⁸.

Il primo è solitamente caratterizzato dalla complementarità delle diverse attività svolte dalle aziende partecipanti; necessita di un disegno strategico ed una direzione unitaria per poter garantire il coordinamento dei diversi settori.

Nel secondo è solitamente assente tale integrazione economico-produttiva, essendo piuttosto caratterizzato dalla presenza di più imprese che svolgono attività differenti, legate solo da rapporti finanziari. In esso si osserva una forte direzione unitaria da parte della società capogruppo, solitamente manifestata in forti legami partecipativi (tra i vantaggi si ricordano: una facilitazione d'accesso al mercato creditizio, la possibilità di ottenere migliori condizioni di fornitura e lo sfruttamento di *know how* per attività sussidiarie).

2. Un'altra distinzione può essere fatta tra la c.d. **holding pura** e la c.d. **holding mista**¹⁹. Nella prima è assente l'attività produttiva e sono invece accentrate le funzioni di direzione, finanza e controllo. Nella seconda è solitamente presente anche un'attività produttiva, accanto alla funzione di direzione e controllo.

3. Si possono incontrare inoltre **gruppi a struttura semplice**, ove si osserva una partecipazione diretta della *holding* in tutte le *subsidiary*; e **gruppi a struttura complessa**, ove si possono osservare differenti livelli di controllo diretti o indiretti (come, ad esempio, i gruppi a catena, che consentono di raggiungere il controllo minimizzando l'investimento finanziario²⁰).

¹⁷ Si veda, tra i molti, G. LEMME, *Il diritto dei gruppi di società*, Bologna, 2013; A. PAVONE LA ROSA, *Le società controllate. I gruppi*, in G. E. COLOMBO, G. B. PORTALE, Torino, 1991; G. BERTA, *I gruppi Societari*, Torino, 2011; R. SANTAGATA, *Il gruppo paritetico. Diritto commerciale interno ed internazionale*, Torino, 2002; P. , L. DABIN, J.-F. ECHARD, B. JADAUD, A. SAYAG, *Les groupes de sociétés. Une politique législative*, Paris, 1975; E. SCAROINA, *Il problema dei gruppi di imprese*, Milano, 2006; S. COLOMBI, *La holding e il gruppo di imprese*, Rimini, 2009; C. SORCI, G. FALDETTA, *I gruppi come strumenti di governo delle aziende*, Milano, 2008.

¹⁸ Aveva fatto tale prima distinzione già P. E. CASSANDRO nel 1957, P. E. CASSANDRO, *I gruppi aziendali*, Bari, 1957, p. 322

¹⁹ S. COLOMBI, *La holding e il gruppo di imprese*, Rimini, 2009, p. 19.

²⁰ Nel caso in cui vi siano controlli reciproci, il nostro ordinamento pone dei limiti: non sono infatti consentite ipotesi di partecipazione reciproca, se la detenzione da parte della controllata di azioni o quote è pari a più del 10% del capitale sociale della controllante (art. 2359 bis c.c.). C. SORCI, G. FALDETTA, *I gruppi come strumenti di governo delle aziende*, Milano, 2008, p. 124.

4. Ulteriore classificazione può essere infine operata sulla base dei rapporti tecnico-produttivi che legano le varie aziende del gruppo; avremo così: **gruppi orizzontali**, in cui più aziende svolgono la medesima attività o attività complementari nello stesso settore economico²¹; **gruppi verticali**, ove ciascuna azienda svolge una fase differente del medesimo processo produttivo; e **gruppi conglomerati**, in cui si possono osservare le caratteristiche dei due gruppi precedenti, e quindi la presenza simultanea di relazioni “orizzontali” ai diversi livelli produttivi verticali²².

E' evidente come questo “fenomeno economico” sfugga a rigide definizioni e, nonostante la sua enorme diffusione, molti siano gli ostacoli al riconoscimento di un autonomo statuto giuridico.

²¹ Diffusi maggiormente in Germania, ove se ne prevede una specifica regolamentazione.

²² BERTA, *I gruppi Societari*, Torino, 2011, p. 37.

2. Unione Europea. I gruppi nel diritto della concorrenza

Il diritto comunitario si è interessato più volte alla materia dei gruppi. Molti hanno forse dimenticato, perché “*caduta nell’oblio*”²³, la proposta avanzata già nel giugno 1984 di una IX direttiva in materia di legami tra imprese ed in particolare di gruppi, che tuttavia non è mai stata oggetto di una proposta formale da parte della Commissione a causa della forte avversione di alcuni stati membri all’elaborazione di un corpo di norme dettagliato per il gruppo²⁴. A parte il fallimento di tale progetto, è doveroso ricordare che le principali normative che interessano il gruppo di società sono state introdotte in Italia proprio in attuazione di direttive comunitarie (così ad esempio nel caso del bilancio consolidato²⁵).

A livello europeo si può registrare un’importante produzione giurisprudenziale in materia di gruppi di società, in tema di diritto della concorrenza²⁶.

In ambito comunitario, per ovviare alle difficoltà derivanti dalla dissociazione tra il piano giuridico e quello economico, connaturata alla realtà del gruppo, si è affermata la *teoria dell’unità economica*, che affonda le proprie radici in una sentenza della Corte di Giustizia degli Anni ‘70. Secondo tale orientamento, ogni volta in cui un gruppo forma un’unità economica esso va considerato, ai fini dell’applicazione delle norme comunitarie in materia di concorrenza, come un’unica impresa; è ravvisabile un’unità economica nel momento in cui “*l’affiliata non dispone di effettiva autonomia nella determinazione del proprio comportamento sul mercato*”²⁷. Tale

²³ Espressione utilizzata da Spada in P. SPADA, “*Gruppi di società*”, in *Riv. Dir. Civ.*, 1992, II, p. 229

²⁴ Per un’analisi più approfondita cfr. A. P. LA ROSA, “*Osservazioni sulla proposta di nona direttiva sui gruppi di società*”, in *Giur. Comm.*, 1986, I, p.831 ss.; A. GAMBINO, “*I gruppi in Italia alla luce del progetto IX direttiva*”, in *Giur. Comm.*, 1987, I, p. 5 ss., tutti citati in U. TOMBARI, “*Il gruppo di Società*”, Torino, 1997, p. 9, nota 23.

²⁵ Si veda il D.Lgs. 127/1991, che ha dato attuazione alla VII Direttiva CEE (83/349) in materia di conti consolidati

²⁶ Ci si riferisce alle norme di cui agli articoli 101 e 102 Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea (corrispondenti ai precedenti artt. 81-89 del precedente Trattato), delle quali si è dato attuazione con il Regolamento CE n. 1/2003 del Consiglio, 16 dicembre 2002 (che sostituisce il Reg. CEE n. 17/62 del 1° maggio 2004). L’Unione sanziona le condotte restrittive della concorrenza, vieta quindi “*accordi tra imprese, decisioni di associazioni di imprese e pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra gli stati membri, o abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all’interno del mercato interno*” (art. 101 TFUE); vieta altresì lo “*sfruttamento abusivo di posizione dominante, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra stati membri*” (art. 102 TFUE).

²⁷ Sentenza CdG *Centrafarm*, 31 ottobre 1974, causa 15/74. La stessa teoria è stata ripresa dalla Corte di Giustizia in diverse pronunce successive, tra cui ricordiamo: la Sentenza CdG *Hydroterm*, 12

teoria è strettamente collegata alla nozione funzionalistica che il diritto comunitario adotta nel definire l'impresa, nozione molto più ampia ed elastica di quella adottata dal nostro diritto interno²⁸.

Oltre a ciò si era precisato, ai fini dell'individuazione dell'unità economica, la necessità di dimostrare che la controllante influenzasse effettivamente in modo determinante la condotta commerciale delle controllate, che sono conseguentemente prive di autonomia decisionale; non era dunque sufficiente l'accertamento di una mera situazione di controllo del capitale. Relativamente a tale ultimo punto, se inizialmente il controllo totalitario era da solo ritenuto sufficiente a fondare la presunzione di unità economica del gruppo²⁹, successivamente esso è stato considerato un indizio che necessitava tuttavia d'esser corroborato da ulteriori elementi di prova³⁰. Tale posizione è stata inizialmente condivisa anche dal Tribunale di Primo Grado, il quale ha rilevato come la detenzione della totalità del capitale della controllata *“sebbene costituisca un forte indizio dell'esistenza, in capo alla società controllante, di un potere di influenza determinante sul comportamento della controllata sul mercato, non è sufficiente, di per sé, per permettere di imputare la responsabilità del comportamento della controllata alla società controllante”*³¹.

In un primo momento la teoria dell'unità economica veniva adottata laddove si voleva escludere la responsabilità per violazione delle norme in materia di concorrenza (casi in cui la fattispecie in cui avrebbe trovato applicazione il diritto della concorrenza esauriva i propri effetti all'interno del gruppo stesso, venendo quindi meno la necessità di tutela).

Oggi la teoria dell'unità economica è applicata al gruppo non solo per escludere la responsabilità, ma anche in senso contrario, per estenderla. E' così oggi possibile chiamare la società controllante a rispondere in solido con le controllate per un

luglio 1984, causa 170/83; la Sentenza CdG *Bodson*, 4 maggio 1988, causa 30/87; la Sentenza CdG *Vihø*, 12 gennaio 1995, causa T-102/92).

²⁸ Nel contesto del diritto della concorrenza *“la nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e delle sue modalità di finanziamento”*, Sentenza CdG *Klöhnner-Werke AG e Hoesch AG*, 13 luglio 1962, cause riunite 17 e 20/61

²⁹ Sentenza CdG *AEG*, 25 ottobre 1983, causa 107/82

³⁰ Sentenza CdG *Stora Kopparbergs Bergslags*, 14 maggio 1998, causa C-286/98

³¹ Sentenza Tribunale di Primo Grado *Bollorè*, 26 aprile 2007, cause riunite T-109/02, T-118/02, T-125/02, T-126/02, T-129/02, T-132/02, T-136/02

illecito da queste ultime commesso. Non solo, si sta nuovamente facendo strada la teoria secondo cui, in caso di controllo totalitario, esiste una presunzione semplice di unità economica (poiché esso escluderebbe a priori l'autonomia decisionale della controllata), salvo prova contraria.

Da ultimo, ha suscitato forti inquietudini la sentenza pronunciata dalla Corte di Giustizia (confermando ciò che aveva statuito il Tribunale di Primo Grado) nel caso Akzo Nobel³². Secondo la Corte, posto che “ *il diritto comunitario in materia di concorrenza si fonda sul principio della responsabilità personale dell'entità economica che ha commesso l'infrazione*”³³ e che “*la società controllante e la propria controllata fanno parte di una stessa unità economica e, pertanto, formano una sola impresa*”³⁴, la Commissione ha la facoltà di “*di emanare una decisione che infligge ammende nei confronti della società controllante, senza necessità di dimostrare l'implicazione personale di quest'ultima nell'infrazione*”³⁵.

La Corte riafferma il principio secondo cui in caso di controllo totalitario, esiste una “*presunzione semplice secondo cui la detta società controllante esercita effettivamente un'influenza determinante sul comportamento della propria controllata*”³⁶, presunzione che potrà essere vinta solo qualora la controllante dimostri che la controllata determina in maniera autonoma il proprio comportamento sul mercato, dovendo prendere in considerazione a tal fine “*tutti gli elementi pertinenti ai vincoli economici, organizzativi e giuridici che legano tale controllata alla società controllante, i quali possono variare a seconda dei casi e non possono essere elencati in modo tassativo*”³⁷.

La Corte rigetta interamente il ricorso promosso avverso la sentenza del Tribunale, il quale aveva condannato la controllante al pagamento in solido dell'ammenda. Interessante quindi soffermarsi sui criteri adottati dal Tribunale nella definizione

³² Sentenza CdG Akzo Nobel NV e altri, 10 settembre 2009, causa C-97/08 P

³³ Sentenza cit., punto 77

³⁴ Sentenza cit., punto 59. La corte ritiene infatti che “*il comportamento di una controllata può essere imputato alla società controllante in particolare qualora, pur avendo personalità giuridica distinta, tale controllata non determini in modo autonomo la sua linea di condotta sul mercato, ma si attenga, in sostanza, alle istruzioni che le vengono impartite dalla controllante*”, punto 58. “*Se la società controllante rientra in tale unità economica che [...] può essere costituita da più persone giuridiche, [...] la responsabilità della controllante non può essere considerata una responsabilità oggettiva*”, punto 77.

³⁵ Sentenza cit., punto 59

³⁶ Sentenza cit., punto 60

³⁷ Sentenza cit., punto 74

della sanzione. L'art. 23 del Regolamento CE n. 1/2003 impone il rispetto del limite del 10% del fatturato per il calcolo dell'ammenda, nell'ipotesi in cui più società siano obbligate in solido al pagamento della sanzione pecuniaria. Orbene, in linea con la teoria dell'unità economica, il Tribunale ha stabilito che tale limite deve essere calcolato *“sulla base del fatturato complessivo realizzato da tutte le società che costituiscono l'entità economica unica che agisce in qualità di impresa ai sensi dell'art. 81 CE, poiché solo il fatturato complessivo delle società che lo compongono può costituire un'indicazione delle dimensioni e del potere economico dell'impresa di cui trattasi”*³⁸.

L'importanza di tale statuizione è evidente; essa consente alla Commissione di irrogare delle sanzioni molto elevate, dal carattere molto afflittivo³⁹.

A livello europeo il gruppo è quindi identificato come “unità economica” che da origine ad un'unica “impresa” (ai sensi del diritto della concorrenza), e risulta quindi unitamente destinatario delle sanzioni conseguenti alle violazioni degli artt. 101 e 102. Come vedremo la situazione è molto differente nei paesi che analizzeremo nei prossimi paragrafi, ove si riscontrano maggiori resistenze al riconoscimento del gruppo di società e, di conseguenza, alla sua sanzionabilità.

³⁸ Sentenza Tribunale di Primo Grado *Akzo Nobel*, 12 dicembre 2007, causa T-112/05, punto 90

³⁹ Se può apparire azzardato applicare, alla normativa comunitaria in tale materia, i principi elaborati dalla Corte EDU, è tuttavia interessante notare come tale sanzione, dichiarata non penale, potrebbe essere considerata “sostanzialmente penale” alla luce della severità della sanzione. La Corte, nel celebre caso *Engel vs. Paesi Bassi*, nell'individuazione dei 3 criteri di riconoscimento della natura penale della sanzione (alternativi, non cumulativi), aveva elencato: la qualificazione (formale o sostanziale) del diritto interno, cui veniva attribuita un'importanza relativa; la natura dell'infrazione; la severità della pena. Cfr. Sentenza CEDU *Angel e altri c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976. In un'altra pronuncia della Corte si può leggere che *“adottando un'interpretazione autonoma della nozione di accusa in materia penale attraverso l'applicazione dei criteri Engel, gli organi della Convenzione hanno gettato le basi per un'estensione progressiva del dell'applicazione del profilo penale dell'art. 6 ad ambiti che non rientrano formalmente nelle categorie tradizionali del diritto penale, quali [...] le sanzioni pecuniarie inflitte a fronte della violazione del diritto della concorrenza (v. la sentenza del 27 febbraio 1992, nel caso Società Stenuit c. Francia)”*, Sentenza Corte EDU, *Jussila c. Francia*, 23 novembre 2006, in M. DE SALVIA, V. ZAGREBELSKY, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali. La giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, Vol. III, Milano, 2007, p. 1323. Come osserva autorevole dottrina, la stessa Corte di Giustizia avrebbe espressamente riconosciuto l'applicazione dei principi CEDU, tra cui la presunzione di innocenza ex art. 6 n. 2, *“alle procedure relative a violazioni delle norme sulla concorrenza applicabili alle imprese che possono sfociare nella pronuncia di multe o ammende”*, per un approfondimento del tema si veda A. M. MAUGERI *Il sistema sanzionatorio comunitario dopo la Carta europea dei diritti fondamentali*, in G. GRASSO, R. SICURELLA, *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007, p. 227

3. *L'Italia e le nuove norme in materia di direzione e coordinamento*

Nella libertà d'iniziativa economica di cui all'art. 41 co. 1 Cost. rientra anche la libertà di scegliere l'organizzazione dell'attività che si intende svolgere; quindi “*la scelta di costituire un gruppo societario equivale alla scelta di esercitare la propria iniziativa economica attraverso più centri di imputazione (le società del gruppo) direttamente o indirettamente controllati*”⁴⁰.

La ricerca del dimensionamento ottimale, d'altra parte, è alla base dello sviluppo aziendale. La crescita aziendale può essere finalizzata ad accrescere il proprio peso nel mercato di riferimento, oppure può rappresentare un'esigenza legata alla volontà di entrare in mercati differenti; comunque sia essa rappresenta un obiettivo imprescindibile in un'ottica di lungo periodo, per ogni operatore economico.

La forma di organizzazione imprenditoriale in gruppo ha anzitutto consentito alle aziende italiane di crescere e competere sul mercato globale, ed oggi la quantità di gruppi nel nostro paese fa sì che il fenomeno (in costante crescita) non possa essere ignorato.

I vantaggi collegati a tale tipo di organizzazione sono molteplici, tra cui: la diversificazione dell'organizzazione delle attività svolte, l'aumento del potere contrattuale (determinato dall'aumento di dimensione)⁴¹, la distinta soggettività giuridica di ciascuna società appartenente al gruppo (che consente la c.d. diversificazione dei rischi)⁴².

Per molto tempo il legislatore ha evitato di affrontare direttamente il tema dei gruppi, limitandosi ad intervenire sporadicamente in settori specifici.

Tra i vari riconoscimenti legislativi antecedenti alla riforma del 2003 si ricordano: **l'art. 1 co. 4 L. 287/1990 (Legge antitrust)**, che riconosce il gruppo come “*unità concorrenziale*”; il **D.Lgs. 127/1991**, che ha introdotto l'obbligo per la controllante di redigere annualmente il bilancio consolidato del gruppo, ove si rappresenta unitariamente la situazione patrimoniale del gruppo e i risultati conseguiti; **l'art. 49 co. 1 lett. c) Deliberazione Consob 11971/1999 e successive modifiche, in**

⁴⁰ U. TOMBARI, *Il gruppo di società*, Torino, 1997

⁴¹ U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010

⁴² F. GALGANO, *Diritto commerciale. L'imprenditore – Le società*, VIII ed., Bologna, 2013

attuazione dell'art. 106 co. 5 lett) b del TU dell'intermediazione finanziaria, il quale ha escluso che la circolazione di partecipazioni azionarie “endogruppo” possano considerarsi negoziazioni di mercato, e ha esonerato tali operazioni dall'obbligo di offerta pubblica.

E' però il D.Lgs. 6 del 2003, che ha riformato il diritto societario, lo strumento attraverso il quale il Legislatore ha introdotto per la prima volta in Italia un insieme di norme volte a regolare in modo (più o meno) sistematico il fenomeno del gruppo di società.

Il termine “gruppo” in realtà non viene mai utilizzato, né viene mai fornita una definizione esplicita di tale fenomeno, ma è sufficiente leggere la Relazione di accompagnamento alla riforma del diritto societario per dissipare ogni dubbio sul fatto che gli artt. 1947- 1947 *septies* si riferiscano proprio ad esso; le ragioni della mancata adozione di una definizione giuridica di gruppo di società, sono esplicite: “è chiaro da un lato che le innumerevoli definizioni di gruppo esistenti nella normativa sono funzionali a problemi specifici; ed è altrettanto chiaro che qualunque nuova nozione di gruppo si sarebbe dimostrata inadeguata all'incessante evoluzione della realtà sociale, economica e giuridica”⁴³.

Con la Riforma il gruppo viene introdotto nel codice civile e regolato come “fatto”, coincidente con l'attività di direzione e coordinamento, rispetto al quale emergono delle esigenze di tutela a favore dei soci di minoranza e dei creditori delle società dipendenti. Oltre ai profili di tutela, è giusto ricordare che emergono anche profili di carattere organizzativo, come l'informazione sui collegamenti (art. 2497 bis⁴⁴) e le informazioni contabili⁴⁵.

⁴³ Così la Relazione di accompagnamento al D. Lgs. 17 gennaio 2003 n. 6. La nuova disciplina italiana si differenzia dal principale modello di regolamentazione proveniente da un'analisi comparatistica. In particolar modo si differenzia dal modello tedesco (che ha comunque costituito un imprescindibile punto di riferimento per il legislatore). Come vedremo in modo più approfondito successivamente, in Germania il diritto dei gruppi è stato codificato nel diritto azionario nel 1965 e si fonda sulla distinzione tra “gruppi di fatto” e “gruppi contrattuali”.

⁴⁴ **l'art. 2497 bis** ha imposto l'esteriorizzazione del rapporto di gruppo con l'obbligo: per la controllata, di render nota la propria appartenenza ad un gruppo negli atti e nella corrispondenza e l'iscrizione in un apposita sezione del registro delle imprese; per la controllante, l'iscrizione in un'apposita sezione del registro delle imprese, con l'elenco delle società controllate (da tenere aggiornato).

⁴⁵ Per poter individuare lo “statuto normativo” embrionale del gruppo di società, si dovranno prendere in considerazione più norme, poste su piani differenti:
-gli artt. 2497-2497 *septies* c.c., norme generali in materia di direzione e coordinamento;

Perché si possa affermare di essere in presenza di un gruppo, occorrono due presupposti: anzitutto un rapporto di controllo, in secondo luogo un'attività di direzione e coordinamento.

1. Il rapporto di controllo. La nozione di controllo che si può ricavare dalla lettura combinata dell'art. 2359 c.c. (rubricato società controllate e società collegate⁴⁶) e di altre norme contenute in leggi di carattere settoriale (ad esempio l'art. 93 TUF), può essere costruita attorno al concetto d'influenza dominante; quindi “è controllata la società che si trova – direttamente o indirettamente – sotto l'influenza dominante di altra società (controllante), che è perciò in grado di indirizzarne l'attività nel senso da essa voluto”⁴⁷.

Il controllo può assumere diverse forme e si può distinguere in: **controllo azionario di diritto**, caso in cui la controllante detiene la maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria della controllata; **controllo azionario di fatto**, in cui, a prescindere dalla maggioranza formale dei voti, la maggioranza si determina a seguito, ad esempio, della “polverizzazione dei possessi azionari”, o dell'assenteismo assembleare; **controllo contrattuale**, in cui l'influenza dominante è determinata da particolari accordi contrattuali.

Quanto al controllo azionario (di fatto o di diritto), esso può essere anche indiretto⁴⁸.

2. A ciò si deve aggiungere l'esercizio di un'attività di direzione e coordinamento, essenza del fenomeno del gruppo, che secondo l'attuale disciplina si presume, salvo prova contraria, proprio dalla presenza di un controllo *ex art.* 2359 c.c., ovvero nel caso in cui le società o gli enti siano tenuti alla redazione del bilancio consolidato (art. 2497 *sexies* c.c.). La disciplina relativa all'attività di direzione e coordinamento è applicata anche a chi esercita tale attività “sulla base di un contratto con le società

-disposizioni specifiche, come nel caso della “società per azioni di gruppo” (artt. 2381, 2403 bis, 2409 primo e ultimo comma, 2391bis c.c., nonché alcune disposizioni rinvenibili nel TUF agli artt. 150 ss.)
-disposizioni relative al singolo tipo adottato, interpretate alla luce delle norme generali in materia di direzione e coordinamento.

⁴⁶ La norma considera società controllate: 1. Le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; 2. Le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; 3. Le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa. Ai fini dell'applicazione dei numeri 1. e 2. si computano anche i voti spettanti a società controllate, società fiduciarie e a persona interposta: non si computano i voti per conto di terzi.

⁴⁷ G. F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale. 2. Diritto delle società*, VII ed., Torino, 2011

⁴⁸ Occorre distinguere le società controllate dalle società collegate, in cui l'influenza di una società su di un'altra può essere notevole ma non dominante.

medesime o di clausole dei loro statuti” (art. 2497 *septies* c.c.), ipotesi ricorrente nei sopra citati gruppi orizzontali⁴⁹.

La ricerca di un’attività di direzione e coordinamento esprime l’esigenza del legislatore di individuare concretamente un’ingestione da parte della controllante negli affari della controllata. Solo nel caso in cui vi sia attività di direzione e coordinamento potrà scattare la responsabilità della controllante. Certo tale concreta attività si presume dall’esistenza di un controllo (il che sembrerebbe a prima vista un gatto che si morde la coda), ma occorre specificare che tale presunzione è passibile di prova contraria⁵⁰.

Accertata la presenza di questi due elementi, il Legislatore ha esplicitamente introdotto, all’art. 2497, la **responsabilità della controllante** nei confronti dei soci delle controllate e dei creditori sociali, in presenza di certe condizioni.

Essa risponderà ai soci *“per il pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione sociale”*, ai creditori sociali *“per la lesione cagionata all’integrità del patrimonio della società”*, qualora: si sia **agito nell’interesse imprenditoriale proprio o di altri; in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale; salvo che il danno risulti mancante** alla luce del risultato complessivo dell’attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di attività a ciò dirette (c.d. teoria dei vantaggi compensativi).

E’ quest’articolo che ci consente di introdurre il tema dell’**“interesse di gruppo”**; concetto che il legislatore non affronta apertamente negli articoli introdotti con la

⁴⁹ Nei gruppi orizzontali (anche detti paritetici) la direzione di più imprese *“non si fonda su un rapporto di controllo e quindi di subordinazione di una società rispetto all’altra, bensì su un accordo contrattuale (inquadrabile nello schema del consorzio) con cui più società si impegnano stabilmente a conformarsi ad una direzione unitaria che ciascuna concorre a determinare sul piano di parità rispetto alle altre”*, G. F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale. 2. Diritto delle società*, VII ed., Torino, 2011, p. 296. Diversamente Tombari, che riferisce l’articolo prevalentemente al gruppo gerarchico, lasciando il gruppo paritetico come eventuale ipotesi residuale. Per un approfondimento si veda U. TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in *Giur. comm.*, I-2004.

⁵⁰ Come osserva Galgano nulla esclude che tale onere probatorio possa essere invertito qualora la controllante preconstituisca la prova contraria con l’inserimento di una *“clausola statutaria, la quale disponga che eventuali partecipazioni in società non possono essere utilizzate per esercitare su di esse alcuna attività di direzione e coordinamento”*, F. GALGANO, *Diritto commerciale. L’imprenditore – Le società*, VIII ed., Bologna, 2013, p. 277. Come vedremo, è evidente come il Legislatore abbia tratto ispirazione alla disciplina tedesca.

Riforma, ma che si può intravedere proprio tra le righe dell'espressione *“interesse imprenditoriale proprio o altrui”*, in un contesto di direzione e coordinamento, così come nella c.d. teoria dei vantaggi compensativi (nella sua formulazione di cui all'art. 2497⁵¹), e sta alla base dell'onere per il 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”*.

Nella relazione alla legge delega 366/2001 per la riforma del diritto delle società di capitali, si da atto che *“la collocazione all'interno di un gruppo muta le condizioni di esercizio dell'impresa sociale nel senso che il quadro economico di riferimento, e talora la stessa possibilità di esistenza di un'impresa, varia notevolmente a seconda che essa sia organicamente inserita o meno in un gruppo”*, di conseguenza *“il corretto calcolo costi/benefici in una decisione assunta da una società controllata ben può e a rigore deve, essere diverso da quello ipotizzabile se la società operasse isolatamente, posto che il calcolo non può non tener conto dei costi e benefici generali dell'appartenenza al gruppo”*.

La teoria dei vantaggi compensativi si pone in stretta relazione con il tema dell'interesse di gruppo, infatti l'art. 2497 co. 1 c.c., escludendo la responsabilità della controllante qualora il danno risulti mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento, ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette, fa emergere indirettamente la concezione di un interesse dai connotati differenti di quello della singola società. L'elisione del danno parrebbe doversi porre su un piano strettamente ragionieristico e quantitativo.

E' curioso osservare come tale disciplina si differenzi da quella dettata dall'art. 2634 co. 3 c.c., in materia di infedeltà patrimoniale, ove i vantaggi che escludono la responsabilità penale possono non essere ancora stati conseguiti, ma sono fondatamente prevedibili.

La norma civilistica richiede quindi un più stretto rapporto, anche di carattere proporzionale, tra il danno cagionato alla controllata e il vantaggio compensativo che essa trae dall'appartenenza al gruppo.

⁵¹ *“non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette”*

La dottrina non è però concorde nell'individuazione del concetto di interesse di gruppo.

Galgano lo individua nel risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento, come *“beneficio che l'intero gruppo e, di riflesso, le singole controllate conseguono”*⁵²; secondo l'autore l'interesse di gruppo sarebbe un qualcosa di differente sia dall'interesse della *holding* che dall'interesse delle singole controllate. Montalenti lo rappresenta come il punto di incontro, il centro di convergenza tra gli interessi di tutte le società del gruppo⁵³.

Altra dottrina lo considera meramente come uno dei modi di atteggiarsi del socio di maggioranza⁵⁴; una formula *“vuota e pericolosa, in quanto, a meno che non si voglia ricorrere ad una anacronistica concezione istituzionalistica dell'interesse dell'impresa di gruppo, l'interesse di gruppo non esiste e il riferimento ad esso consente di mascherare la protezione dell'interesse della capogruppo e dei suoi soci di controllo”*⁵⁵.

Infine giova ricordare la posizione di Pedrazzi, il quale ravvisa un rapporto di compenetrazione tra l'interesse sociale e l'interesse di gruppo, ma esclude la possibilità di fornire una definizione universalmente valida, data la necessità di guardare ogni volta al singolo caso concreto⁵⁶.

Quanto ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, il Legislatore della Riforma fonda la responsabilità della controllante sulla violazione di tali principi; tuttavia non ne dà una descrizione ed anzi, come chiaramente affermato dalla Relazione illustrativa (§ 13), delega il compito di individuarli a dottrina e giurisprudenza⁵⁷.

⁵² F. GALGANO, *Diritto commerciale. L'imprenditore – Le società*, VIII ed., Bologna, 2013, p. 253

⁵³ P. MONTALENTI, *Conflitto di interessi nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. Comm.*, 1995, I, p. 710

⁵⁴ F. DI SABATO, *Riflessioni sparse sui gruppi: direzione unitaria, rapporti infragruppo, rapporti creditizi di gruppo*, in *Giur. Comm.*, 1995, I

⁵⁵ R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. Comm.* 2003, I, speciale *La riforma delle società – D.Lgs. 17 gennaio 2003 n. 6 Codice Civile vigente, testi a confronto*, p. 663

⁵⁶ C. PEDRAZZI, *Diritto penale III, scritti di diritto penale dell'economia*, Milano, 2003

⁵⁷ La presa di posizione a favore della corretta gestione a tutela degli interessi della controllata va tuttavia guardata con favore, perché *“ha sciolto l'ambiguità presente nella legge di delega – ove si parla di adeguato temperamento dell'interesse di gruppo, di quello delle società controllate e dei loro soci di minoranza [...], ponendo in primo piano le esigenze gestionali della società sottoposta a direzione e coordinamento (salve le previsioni sui c.d. vantaggi compensativi [...])”*R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. Comm.*

4. Spunti comparatistici

4.1. La Francia e le *group de société*

Anche nell'ordinamento francese non esiste una disciplina organica dei gruppi.

Come nel sistema italiano, antecedente alla riforma del diritto societario, in Francia la disciplina è frammentaria, nonostante il fenomeno sia conosciuto e studiato da molti anni⁵⁸. In vari ambiti del diritto si è tentato di fornire una definizione e ci si è resi conto che, pur in assenza di una disciplina sistematica, il gruppo è una realtà molto rilevante e non può essere considerato un fenomeno “al di là del diritto”.

Una regolamentazione embrionale di taluni aspetti che possono interessare la realtà del gruppo di società la si può ritrovare nel *Code du commerce*; qui il Legislatore fornisce una definizione di controllo e individua alcuni criteri per riconoscere la società controllante e le società controllate⁵⁹. In particolare, distingue il caso in cui una società possieda più della metà del capitale di un'altra società (quest'ultima sarà considerata *filiale* della prima, art. L233-1⁶⁰), dal caso in cui la partecipazione sia compresa tra il 10 ed il 50% (la società verrà considerata partecipata, art. L233-2⁶¹). L'articolo successivo, simile al nostro art. 2359 c.c., precisa poi che “una società è considerata [...] controllante un'altra: 1. quando

2003, I, speciale *La riforma delle società – D.Lgs. 17 gennaio 2003 n. 6 Codice Civile vigente, testi a confronto*, p. 661

⁵⁸ Così P. BEZARD, L. DABIN, J.-F. ECHARD, B. JADAUD, A. SAYAG, *Les groupes de sociétés. Une politique législative*, Paris, 1975. A. Atiback riferisce come i gruppi di società esistano già da molto tempo e, ancora al tempo della L- 24 luglio 1867, la giurisprudenza avesse affermato che “nessun testo di legge, nessun principio di diritto impedisce alle società...d'inserirsi come associate in società dello stesso tipo” (Ch. Des Req. Du 1878, D.P. 1879-1-5, *Beudant*). Secondo un recente studio, più di 28.000 gruppi di società rappresentano quasi 100.000 imprese (Mémento Pratique Francis Lefebvre: groupes de société, 2005-2006, avant-propos, p. 5). A. ATIBACK, *L'abus de biens socieaux dans le group de société*, Paris, 2007.

⁵⁹ Gli articoli cui ci si riferisce si rinvengono nel capitolo III, del titolo III, del libro II, della parte legislativa del Codice del commercio.

⁶⁰ Art. 233-1 Cod. comm. “Lorsqu'une société possède plus de la moitié du capital d'une autre société, la seconde est considérée, pour l'application du présent chapitre, comme filiale de la première”

⁶¹ Art. 233-2 Cod. comm. “Lorsqu'une société possède dans une autre société une fraction de capital comprise entre 10 et 50%, la première est considérée, pour l'application du présent chapitre, comme ayant une participation dans la seconde”

detiene direttamente o indirettamente una frazione di capitale che le conferisce la maggioranza dei diritti di voto nelle assemblee generali di questa società; 2. quando dispone di una maggioranza di diritti di voto in questa società in virtù di un accordo concluso con altri soci o azionisti, che non sia contrario all'interesse della società; 3. quando determina di fatto, per i diritti di voto di cui dispone, le decisioni nelle assemblee generali di questa società; 4. quando [...] ha il potere di nominare o revocare la maggioranza dei membri degli organi amministrativi, direttivi, di sorveglianza della società” (art. L233-3⁶²).

Vi sono poi norme volte a garantire la trasparenza degli assetti azionari in caso di partecipazioni (art. L233-7), previsioni in materia di bilancio consolidato (artt. L23316-L233-28)⁶³, disposizioni che, seppur indirettamente, interessano il gruppo di società (artt. L233-38 ss, relative agli interessi degli amministratori). Non esistono invece norme specifiche volte a tutelare in modo esplicito gli azionisti di minoranza ed i creditori sociali della controllata.

In assenza di un intervento organico da parte del Legislatore francese, sono state dottrina e giurisprudenza ad avere un ruolo importante.

I tratti caratteristici che sono stati individuati e possono considerarsi costanti sono riassumibili in: 1. relazione di dipendenza finanziaria tra società madre e società figlie; 2. Potere di decisione, diretto o indiretto, della società madre; 3. Comunanza di interessi o convergenza di obiettivi⁶⁴. Il gruppo è stato definito in dottrina come un *“ensemble costituito da più società... unite tra di loro da diversi legami in virtù dei*

⁶² Art. 233-3 Cod. comm. *“I. Une société est considérée, pour l'application des sections 2 et 4 du présent chapitre, comme en contrôlant une autre: 1. Lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société; 2. Lorsqu'elle dispose seule de la majorité de droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société; 3. Lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans des assemblées générales de cette société; 4. Lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société. II. Elle est présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose directement ou indirectement, d'une fraction de droits de vote supérieure à 40% et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne. III. Pour l'application des mêmes sections du présent chapitre, deux ou plusieurs personnes agissent de concert sont considérées comme en contrôlant conjointement une autre lorsqu'elles déterminent en fait les décisions prises en assemblée générale.”*

⁶³ Anche la Francia ha recepito la VII Direttiva CEE in materia conti consolidati, Dir. 83/349/CEE, del 123 giugno 1983

⁶⁴ M. PARIENTE, *Les groupes de sociétés et la responsabilité pénale des personnes morales*, in *Revue des sociétés*, Extrait du n. 2-1993, p. 249

quali una tra queste... tiene le altre sotto la propria dipendenza, esercita un controllo sull'ensemble e fa prevalere un'unità di decisione⁶⁵”.

Nelle prime pronunce giurisprudenziali al gruppo è stata data rilevanza al fine di escludere la configurazione del delitto di abuso di beni sociali, nel caso in cui la condotta tipica sia commessa “*nell'interesse di gruppo*”. La giurisprudenza aveva affrontato la tematica del gruppo già nel 1955 (Trib. Corr. Seine, 11 mai 1955, J.C.P. 1955-II-N°8973), ma è la sentenza pronunciata dal tribunale correzionale di Parigi nel famoso caso Agache-Willot del 1974 a porre le basi per un primo riconoscimento del fenomeno tramite l'individuazione del concetto di interesse di gruppo⁶⁶. In quest'occasione la Corte ha posto tre requisiti per far sì che l'interesse di gruppo consenta di esonerare la responsabilità per abuso de beni sociali:

1. la presenza di un gruppo economico molto strutturato e fondato su basi non artificiali. Le parti costituenti devono concorrere alla realizzazione dell'oggetto sociale del gruppo, che può sostituirsi provvisoriamente all'oggetto sociale delle singole società;

2. i sacrifici chiesti a una delle società devono essere realizzati nell'interesse del gruppo per il mantenimento del suo equilibrio o per il perseguimento di una politica coerente e non nell'interesse personale dei dirigenti;

3. questi sacrifici non possono far correre alla società dei rischi troppo importanti, senza sufficiente contropartita; non possono essere sproporzionati rispetto alle reali possibilità dell'impresa, e, comunque, non devono consentir di prevedere, al momento della decisione stessa, gravi difficoltà, per l'avvenire, pregiudizievoli per i suoi azionari.

In questa pronuncia l'interesse di gruppo è stato sostanzialmente giudicato quale sinonimo dell'oggetto sociale del gruppo (definizione che ha suscitato un forte dibattito in dottrina⁶⁷) e può considerarsi il primo passo per il riconoscimento di un

⁶⁵ B. MERCADAL, P. JANIN, *Groupes de sociétés*, Paris, 1975

⁶⁶ Trib. Corr. Paris, 16 mai 1974, *Agache-Willot*, in *Gaz. Pal.*, 1974, 2, *Jur*, p. 886; si veda anche P. MARESCHI, *Il problema dei gruppi di società in Francia: brevi riflessioni su di una sentenza penale*, in *Giur. Comm.*, 1975, I, p. 724.

⁶⁷ W. Jeandidier ha rilevato come il gruppo non sia una struttura sociale ma un insieme di strutture sociali, per tale ragione ha giudicato inappropriato utilizzare l'espressione *objet sociale du groupe*⁶⁷; G. Sousi l'ha criticata perché contraria al principio penalistico d'interpretazione restrittiva, nel momento in cui sostituisce l'elemento costitutivo del delitto (interesse sociale viene sostituito dall'interesse di gruppo, e perché la giurisprudenza avrebbe fornito una nozione di interesse di gruppo

interesse di gruppo come elemento giustificativo di certe “attentati” all’interesse sociale.

Sarà poi la sentenza Rozenblum a dare forma a tale principio, riconoscendolo definitivamente. Il 4 febbraio 1985, la camera penale della Corte di Cassazione, ha affermato che *“per evitare le previsioni degli artt. 425 (4°) e 437 (3°) l. 24 luglio 1966, il concorso finanziario apportato dai dirigenti di fatto o di diritto di una società ad un’altra impresa dello stesso gruppo, nella quale essi hanno interesse direttamente o indirettamente, dev’essere dettato da un interesse economico, sociale o finanziario comune, apprezzabile dal punto di vista di una politica elaborata per l’insieme del gruppo e non può né essere sprovvisto di contropartita, o rompere l’equilibrio tra gli impegni (engagements) delle rispettive società, né eccedere le possibilità finanziarie di quella che ne sopporta il sacrificio”* (Cass. Crim. 4 fév. 1985, Rozenblum, in *Rev. Soc.*, 1985, p. 655).

L’interesse di gruppo si distingue quindi da quello delle singole società ad esso appartenenti (siano esse le società figlie o la società madre). Esso ricomprende l’interesse di tutte le società e lo supera; è un interesse *“specifico, in virtù del quale una società membro può essere portata a compiere atti contrari al suo interesse immediato. Tuttavia il conflitto tra i differenti interessi in questione è temporaneo [...] non può giustificare un attentato al principio fondamentale in virtù del quale ogni società ha come primario obiettivo la sua sopravvivenza e non può essere sacrificata per un obiettivo qualunque⁶⁸”*. I sacrifici imposti ad una società figlia devono poi essere bilanciati da una “contropartita” e non devono mai essere eccessivi.

L’aiuto domandato alla società figlia non può eccedere le possibilità finanziarie della stessa. Così come in una famiglia, la fraternità *“non deve condurre al sacrificio supremo. Tutti i fratelli hanno uguale diritto alla vita⁶⁹”*.

Oggi per l’individuazione del gruppo, la giurisprudenza penalistica esige la presenza di una realtà fortemente strutturata, caratterizzata da *“coordinazione, unità*

flue, non definita giuridicamente. In A. ATIBACK, *L’abus des biens sociaux dans le group de société*, Paris, 2007, p. 73

⁶⁸ A. ATIBACK, *L’abus des biens sociaux dans le group de société*, Paris, 2007, p.150

⁶⁹ Y. GUYON, *La fraternité dans le droit de société*, in *Rev. Soc.*, 1989, n. 10, p. 444

*di direzione, politica d'insieme e strategia comune*⁷⁰”. Ciò evidenzia la necessità di affidarsi a criteri qualitativi di controllo, piuttosto che quantitativi di partecipazione. Anche l'indagine della storia del gruppo può essere fondamentale; la sua formazione e il suo funzionamento possono fornire informazioni importanti sugli interessi raggiunti, così come sui rischi ripartiti.

La giurisprudenza è ormai costante nell'individuazione di tali criteri, tuttavia la mancanza di una disciplina specifica costituisce ancora oggi un “*limite al riconoscimento dell'impresa di gruppo*”⁷¹, a svantaggio del gruppo stesso e di tutti quei soggetti (azionisti di minoranza, creditori e lavoratori) che con essi intrattengono rapporti. Le difficoltà aumentano laddove ci si interroghi sull'applicabilità al gruppo della disciplina in materia di responsabilità penale degli enti.

4.2. La Germania e la previsione di uno specifico Konzernrecht

Si distingue dai precedenti l'ordinamento tedesco, il quale vanta già da anni una disciplina specifica del gruppo di imprese, contenuta nell'*Aktiengesetz* (AktG) del 6 settembre 1965. L'approccio alla materia è molto articolato e ci si limiterà in questa sede a coglierne i tratti salienti.

Anzitutto il § 15 AktG definisce il concetto di imprese collegate (*verbundene Unternehmen*), quali imprese giuridicamente indipendenti, ma controllate da o controllanti un'altra impresa (§§ 16 e 17), come parte del gruppo (*Konzernunternehmen*, § 18), come imprese a partecipazione incrociata (*wechselseitig beteiligte Unternehmen*, § 19), come imprese che hanno stretto un accordo contrattuale (*Vertragsteile eines Unternehmensvertrag*, §§ 291, 292)⁷².

In tutti questi casi, imprese giuridicamente autonome sono legate da particolari vincoli, *in primis* dal controllo.

⁷⁰ A. ATIBACK, *L'abus des biens sociaux dans le group de société*, Paris, 2007, p.240

⁷¹ espressione di G. LEMME, *Il diritto dei gruppi di società*, Bologna, 2013, p. 103

⁷² § 15 AktG “*Verbundene Unternehmen sind rechtlich selbständige Unternehmen, die im Verhältnis zueinander in Merheitsbesitz stehende Unternehmen und mit Merheit beteiligte Unternehmen (§ 16), abhängige und herrschende Unternehmen (§ 17), Konzernunternehmen (§ 18), wechselseitig beteiligte Unternehmen (§ 19) oder Vertragsteile eines Unternehmensvertrag (§ 291-292) sind.*”

Occorre specificare che secondo il diritto tedesco la partecipazione di maggioranza fa presumere il controllo, il quale è caratterizzato *in primis* dall'influenza determinante (intesa come possibilità di esercitare concretamente un'influenza dominante su aspetti fondamentali della gestione dell'impresa).

D'altra parte lo stesso controllo, così caratterizzato, non è elemento dirimente per l'individuazione di un *Konzern*, il quale, *ex* § 18, si distingue per la sua "direzione unitaria" (*einheitliche Leitung*)⁷³, che si può avere sia in presenza che in assenza di controllo.

Il diritto tedesco prevede e disciplina sia i gruppi di carattere verticale che quelli di carattere orizzontale. I primi evidentemente sono caratterizzati da un rapporto di controllo tra la controllante e la controllata, i secondi sono costituiti da imprese autonome, poste sotto la direzione unitaria, pur senza un rapporto di controllo (§ 18 co. 2).

Oltre a ciò distingue il gruppo di fatto, conseguente al controllo ed alla direzione unitaria, dal gruppo di diritto, alla cui base sta un contratto.

La disciplina tedesca dedica ampio spazio agli accordi tra le imprese, caratterizzanti un modello di gruppo "a struttura rafforzata"⁷⁴ e molto diffusi nella pratica, a differenza di ciò che accade nella realtà italiana.

Secondo il § 18, si ha la costituzione di un gruppo di diritto quando più imprese concludono un contratto di dominio (*Beherrschungsvertrag*), secondo il quale un'impresa decide di affidare ad un'altra impresa la direzione della propria società. Il § 308, titolato "potere di direzione" (*Leitungsmacht*), attribuisce all'impresa dominante, ove vi sia un contratto di dominio, il potere di dettare direttive vincolanti nei confronti della società dominata, che il consiglio di amministrazione è obbligato a seguire (*der Vorstand ist verpflichtet, die Weisungen des Herrschenden Unternehmen zu befolgen*).

⁷³ § 18 AktG "(1) Sind ein herrschende und ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter den einheitliche Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefasst, so bilden sie einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen. Unternehmen zwischen denen ein Beherrschungsvertrag (§ 291) besteht oder von denen das eine in das andere eingegliedert ist (§ 319) sind als unter einheitlicher Leitung zusammengefasst anzusehen. Von einem abhängigen Unternehmen wird vermutet, dass es mit dem herrschenden Unternehmen einen Konzern bildet. (2) Sind rechtlich selbständige Unternehmen, ohne dass das eine Unternehmen von dem anderen abhängig ist, unter einheitlicher Leitung zusammengefasst, so bilden sie auch einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen."

⁷⁴ G. LEMME, *Il diritto dei gruppi di società*, Bologna, 2013, p. 94

E' altresì ammesso che tali direttive possano essere dannose per la società, qualora esse servano agli interessi dell'impresa dominante o alle altre imprese del gruppo; in tal modo il diritto tedesco ammette pacificamente il sacrificio delle imprese controllate nell'interesse del gruppo, tuttavia con i seguenti limiti: i rappresentanti dell'impresa dominante devono dimostrare, nell'impartire direttive vincolanti all'impresa dominata, di aver agito con la diligenza dell'amministratore ordinato e scrupoloso (*die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters*, § 109). Sul significato da dare a tale espressione, dottrina e giurisprudenza sembrano concordare nell'affermare che gli amministratori non possano emanare direttive vincolanti in grado di causare l'insolvenza della società sulla quale si esercita il dominio⁷⁵, unico limite al *Leitungsmacht*.

A sottolineare l'importanza del *Weisungsrecht*, derivante da un accordo di dominio, vi è poi la previsione secondo cui gli amministratori della controllata sarebbero immuni da responsabilità nel caso in cui essi abbiano semplicemente eseguito un'istruzione emanata in applicazione di tale diritto.

Relativamente al gruppo di fatto, si può osservare invece come il Legislatore abbia ritenuto lecito, benché meno tutelato, il controllo di fatto esercitato da un'impresa su di un'altra. Contrariamente al gruppo di diritto, il legislatore esclude la possibilità che un'impresa dominante eserciti un'attività di direzione capace di compromettere gli interessi della controllata, *“a meno che per il pregiudizio che ne deriva non sia previsto un indennizzo”* (§ 311). In caso contrario saranno ritenuti responsabili solidalmente la controllante e i suoi rappresentanti legali (§ 317). Il Legislatore prevede altresì un insieme di obblighi di trasparenza finalizzati ad individuare gli eventuali atti pregiudizievoli.

Quanto all'indennizzo di cui al § 311, ci si può chiedere se esso possa essere paragonato al vantaggio compensativo previsto nel nostro ordinamento. Se in esso potrebbe forse ravvisarsi qualche similitudine con la nozione di vantaggio elaborata in ambito civilistico, ove si richiede un più stretto rapporto, anche di carattere proporzionale, tra il danno cagionato alla controllata e il vantaggio compensativo che essa trae dall'appartenenza al gruppo, non così invece relativamente alla nozione

⁷⁵ M. KUEPPER-DIRKS, *Managerhaftung und D&O Versicherung*, 2002; A. BERTSCH, *Rechnungslegung Von Konzernunternehmen: Probleme und Alternative Konzeptionen*, Berlin, 1995; J. KUHLMANN, E. AHNIS, *Konzern- und Uhmwandlungsrecht. 3 Aulf.*, Heidelberg, 2010

elaborata in sede penale, ove il vantaggio in grado di escludere la responsabilità penale può non essere ancora stato conseguito, ma risultare solo fondatamente prevedibile.

Orbene, il §311 pare individuare l'indennizzo in un compenso diretto del danno causato, escludendo la possibilità di ricorrere ad interpretazioni più elastiche.

Rimane ora da chiedersi se ed in che modo il *Konzern* possa assurgere ad unità giuridica, oltre che economica. Il tema è stato ampiamente dibattuto in Germania.⁷⁶ Risale al 1910 la prima monografia di R. Isay su tale tema; già allora l'Autore avanzava l'ipotesi di considerare il gruppo quale unità non solo economica, ma anche giuridica (c.d. *Einheitstheorie*). Anche in Germania, tuttavia, a questa teoria si è contrapposta la posizione di chi individua nel gruppo una mera costruzione economica, stante la diversa personalità giuridica delle società che compongono il gruppo.

La disciplina codicistica degli accordi farebbe pensare ad uno spostamento di baricentro verso un sempre maggior riconoscimento del gruppo quale entità giuridica, tuttavia il dibattito è tutt'oggi aperto e la frattura tra le due opposte posizioni sta alla base del conseguente contrasto, tra chi ammette la possibilità di riconoscere una responsabilità in capo al gruppo, e chi invece richiede un accertamento della responsabilità in capo a ogni singola società.

⁷⁶ Il tema inizia ad essere presente nel dibattito dottrinale tedesco già a partire dagli anni '20 del secolo scorso. R. ISAY, *Das Recht am Unternehmen*, Verlag von F. Vahlen, 1910; F. HAUSSMANN, *Die Tochtergesellschaft: eine rechtliche Studie zur modernen Konzernbildung und zum Effektenkapitalismus*, Liebmann, 1923; K. GEILERNIS, *Gesellschaftliche Organisationsformen des neueren Wirtschaftsrecht: Einzelbeitr. zum Recht der Wirtschaftsgemeinschaften*, Bensheimer, 1922; R. ROSENDORFF, *Die rechtliche organisation der Konzerne*, Spaeth & Linde, 1927

CAPITOLO SECONDO

DIFFERENTI APPROCCI AL TEMA DELLA RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI

1. Spinte a livello europeo

Ad oggi quasi tutti gli ordinamenti europei offrono una disciplina volta a sanzionare l'ente che veda commettere un reato nel proprio contesto organizzativo, benché vi siano notevoli differenze tra le scelte fatte: sia per le modalità di attribuzione della responsabilità all'ente, che per l'individuazione della natura stessa di tale responsabilità e dell'ampiezza del suo campo di applicazione (non solo in relazione ai soggetti da essa interessati, ma anche relativamente ai c.d. reati-presupposto).

La responsabilità degli enti è un tema che preoccupa da molto tempo le organizzazioni internazionali e le istituzioni europee, si tratti del Consiglio d'Europa, dell'UE o dell' OCSE/OECD (Organization for the Economic Co-operation and Development), soprattutto per quello che riguarda la criminalità economica e la delinquenza dell'ambiente⁷⁷.

Nei primi strumenti non vincolanti (raccomandazioni – c.d. *soft law*) il Consiglio d'Europa, consapevole di quanto il principio *societas delinquere non potest* fosse radicato nella tradizione giuridica di *civil law*, raccomandava molto prudentemente agli stati membri il riesame dei principi penalistici in vista di una possibile introduzione, in determinati casi, della responsabilità penale delle persone giuridiche, private o pubbliche.

Solo in un momento successivo, con la R. (88)18⁷⁸, sulla responsabilità delle imprese per infrazione, si è con forza affermata la necessità di considerare responsabili le imprese stesse.

A seguito di questa raccomandazione, il Consiglio d'Europa ha più volte adottato strumenti vincolanti, riconoscendo pienamente il principio per cui le persone giuridiche devono potersi ritenere responsabili, ma ammettendo che ciascuno Stato, a

⁷⁷ A. STANISLAS, N. COLETTE-BASESCQZ, M. NIHOUL, *Criminal liability in Europe*, Bruxelles, 2008

⁷⁸ Raccomandazione R (88)18 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, adottata nella sessione del 20 ottobre 1988.

seconda della propria tradizione giuridica, potesse adottare diverse forme di responsabilità: penale in senso stretto, o punitiva/amministrativa.

Una simile tendenza è stata seguita anche dall'UE e dall'OCSE e, dopo la Convenzione del 1998 sulla protezione dell'ambiente (STE 172), tutti i trattati o i progetti del Consiglio d'Europa, che affrontano tematiche criminali, contengono una clausola sulle persone giuridiche.

Le Convenzioni più recenti sono più esplicite anche nella previsione delle sanzioni. Ad esempio, la Convenzione sulla tratta di esseri umani, STE 197 (all'art. 23, par. 4), e la Convenzione sullo sfruttamento sessuale dei minori, STE 201 (art. 23 co. 3 lett. B), nello specifico prevedono, tra le altre misure: la chiusura temporanea o definitiva dello stabilimento usato per commettere l'illecito, l'esclusione da benefici o vantaggi o aiuti di carattere pubblico, l'interdizione temporanea o definitiva dall'esercizio di un'attività commerciale, la messa sotto sorveglianza giudiziaria, misure giudiziarie di scioglimento⁷⁹.

In definitiva tutti gli strumenti internazionali in vigore riconoscono le difficoltà concettuali e giuridiche, per certi paesi, ad ammettere la responsabilità strettamente penale degli enti, visto che la colpevolezza (elemento imprescindibile della struttura del reato in qualsiasi paese democratico moderno), presuppone una forma di *mens rea* che, tradizionalmente, solo le persone fisiche possiedono; ma ne chiedono il superamento.

Da una comparazione dei diversi strumenti, si può osservare quanto segue:

- ciò che concerne il concetto di persona giuridica è lasciato all'apprezzamento del legislatore nazionale;
- un atto può implicare la responsabilità di una persona giuridica solo quando è commesso da una persona fisica che agisce singolarmente o in qualità di organo dell'ente, e che occupi comunque una posizione di controllo all'interno di questa, possieda il potere di rappresentanza di questa o comunque abbia le competenze necessarie per prendere delle decisioni in nome della persona giuridica o la competenza per esercitare un controllo su di essa;

⁷⁹ STE 197, sottoscritta da: Germania e Svizzera; sottoscritta e ratificata (entrata in vigore) da Italia (1/03/2011), Francia (1.05.2008) e Spagna (1/08/2009). STE 201 – sottoscritta da: Italia, Germania e Svizzera; sottoscritta e ratificata (entrata in vigore) da Francia (1/01/2011) e Spagna (1/12/2010).

-questa responsabilità può essere penale, amministrativa o civile;
la previsione di questa responsabilità dev'essere accompagnata da sanzioni o misure effettive, proporzionali e dissuasive (penali e non).

2. Italia – Responsabilità amministrativa da reato. Il D.Lgs. 231/2001

Con la legge delega 300/2000 il Parlamento, per tener fede agli impegni presi a livello sovranazionale con l'Unione Europea, le Comunità Europee, gli Stati Membri dell'UE e l'OCSE⁸⁰, ha dato inizio ad una rivoluzione copernicana all'interno del nostro Ordinamento, incaricando il Governo di introdurre la *“responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica”*⁸¹. Il Governo, emanando il D.Lgs. 231/2001, in attuazione all'art. 11 della Legge delega, ha creato così un nuovo istituto giuridico in grado di spazzar via il principio *societas delinquere non potest*, caposaldo della scienza penalistica italiana: la responsabilità amministrativa da reato degli enti. In realtà già la *“dottrina penalistica d'avanguardia”*⁸² degli anni '60/'70 del secolo scorso, aveva intravisto la necessità dell'apertura del diritto penale a nuovi orizzonti, con il passaggio da una responsabilità penale delle persone fisiche ad una responsabilità penale degli enti (anche privi di personalità giuridica); si è tuttavia dovuto attendere sino al 2001 per veder dar vita ad un sistema (benché lacunoso e talvolta contraddittorio) che portasse a questo nuovo tipo di responsabilità.

⁸⁰ Legge 29.09.2000 n. 300 - Ratifica ed esecuzione dei seguenti Atti internazionali elaborati in base all'articolo K. 3 del Trattato sull'Unione europea: Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, fatta a Bruxelles il 26 luglio 1995, del suo primo Protocollo fatto a Dublino il 27 settembre 1996, del Protocollo concernente l'interpretazione in via pregiudiziale, da parte della Corte di Giustizia delle Comunità europee, di detta Convenzione, con annessa dichiarazione, fatto a Bruxelles il 29 novembre 1996, nonché della Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea, fatta a Bruxelles il 26 maggio 1997 e della Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, con annesso, fatta a Parigi il 17 dicembre 1997. Delega al Governo per la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica.

⁸¹ Così si legge nella rubrica dell'art. 11 della medesima Legge delega, composto di tre commi, di cui il primo conta tutte le 21 lettere dell'alfabeto italiano.

⁸² A. GIARDA, E. M. MANCUSO, G. SPANGHER, G. VARRASO, *Responsabilità “penale” delle persone giuridiche*, Milano, 2007

La nuova normativa, in realtà, non ha dato pieno adempimento a quanto previsto dalla legge delega (si pensi solo all'esclusione dei reati ambientali ed in materia di sicurezza del lavoro, previsti dalla L. 300/2000 e per la cui introduzione si dovrà attendere quasi una decina d'anni⁸³), tuttavia, nonostante i tanti dubbi e le incertezze, le si deve riconoscere il merito di aver creato un sistema in grado di superare la responsabilità della singola persona fisica e colpire (e da un punto di vista preventivo sensibilizzare) le imprese stesse.

Nei paragrafi che seguono verranno delineate in modo sintetico le principali caratteristiche di questo nuovo istituto, dovendo rinviare ad altra sede per gli approfondimenti che molti aspetti di tale normativa impongono.

2.1. Natura della responsabilità.

Non vi è ancora una posizione unanime circa la natura della responsabilità introdotta. Il problema maggiore, relativamente alla possibile ascrizione di tale responsabilità alla disciplina penalistica, era anzitutto legato all'evidente contrasto con il principio di colpevolezza sancito all'art. 27 Cost., da sempre inteso come responsabilità personale della persona fisica. E' però interessante constatare come la Relazione Ministeriale che accompagna il Decreto abbia escluso da subito la possibilità di un tale contrasto, sulla base di una nuova e necessaria concezione di colpevolezza, non più intesa in senso meramente psicologico come legame tra l'autore (persona fisica) ed il fatto, bensì in senso normativo come rimproverabilità di un determinato fatto⁸⁴.

La stessa Relazione ha comunque escluso che nel nostro caso si tratti di una nuova forma di responsabilità penale, evidenziando come il Legislatore, in modo comprensibilmente cauto, abbia preferito optare per un *tertium genus* "che coniuga i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo nel tentativo di

⁸³ I reati di omicidio colposo e lesioni colpose gravi e gravissime commesse in violazione delle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro, saranno introdotti all'art. 27 *septies* dall'art. 9 della L. 123/2007, poi sostituito dall'art. 300 del D.Lgs. 81/2008. Per i reati ambientali si dovrà invece attendere il 2011, quando l'art. 2 co.2 del D.Lgs. 121/2011 li introdurrà all'art. 27 *undecies*.

⁸⁴ La Relazione ministeriale chiarisce come il Legislatore abbia voluto aderire alla teoria della c.d. "colpa in organizzazione", una teoria di matrice tedesca secondo la quale l'ente sarebbe responsabile per le modalità con cui esso determina le proprie azioni/attività (Betriebsführungsschuld), cfr. G. HEINE, *Die Strafrechtliche Verantwortung von Unternehmen*, 1995, Baden-Baden, p. 248.

contemperare le ragioni dell'efficacia preventiva con quelle, ancor più ineludibili, della massima garanzia"⁸⁵.

Il dibattito immediatamente sorto dopo l'introduzione della nuova disciplina, ha visto contrapporsi, fondamentalmente, due schieramenti: parte della dottrina⁸⁶ propendeva per la natura penale di tale responsabilità (secondo alcuni ci si sarebbe trovati di fronte ad un'autentica "*frode delle etichette*", per poter introdurre con meno resistenze un tipo di responsabilità "di fatto" penale⁸⁷), altri tendevano invece ad inquadrare tale responsabilità come amministrativa (non potendo ignorare comunque il *nomen juris* dato dal Legislatore)⁸⁸.

Tra i principali elementi a supporto del primo orientamento si possono annoverare: il fatto che tale responsabilità scatti in occasione della commissione di un reato, sfociando poi "*in una sanzione punitiva omologa a quella di una sanzione penale*"⁸⁹; la natura dell'interesse violato; la competenza relativa all'accertamento, devoluta al giudice penale.

Al contrario, a favore dell'inquadramento amministrativo, si riportavano, tra le altre, le seguenti osservazioni: l'impossibilità di ignorare il *nomen juris* dato dal legislatore, che dà titolo all'intero provvedimento ed al Capo I; la disciplina della fusione e della scissione (artt. 29 e 30 D.Lgs. 231/2001) che parrebbe rispondere a logiche civilistiche, trascurando i principi garantistici propri del diritto penale⁹⁰.

Tali elementi, che impediscono di concludere con certezza in un senso o nell'altro, hanno portato parte della dottrina a prendere in maggior considerazione

⁸⁵ Relazione ministeriale al D.Lgs. 231/2001, I, 1.1.

⁸⁶ Tra i primi commentatori favorevoli all'inquadramento penalistico di tale responsabilità E. MUSCO, C. E. PALIERO, A. MANNA, T. PADOVANI, tutti citati in G. LATTANZI, *Reati e responsabilità degli enti. Guida al D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, II ed., Milano, 2010, p. 10 (nota 17). Per un approfondimento sulla natura penale della responsabilità penale degli enti si veda G. AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2006, p. 151 ss.

⁸⁷ Tra gli altri V. MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d.lgs. n. 231/2001: una "truffa delle etichette" davvero innocua?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 879 ss.; G. DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti nel sistema sanzionatorio italiano: alcuni aspetti problematici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 95

⁸⁸ Si vedano, tra gli altri: M ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 398 ss.; G. COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato ed i ruoli dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 116 ss.

⁸⁹ T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2002, p. 86

⁹⁰ Per un approfondimento si veda G. MARINUCCI, "*Societas puniri potest*": uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 1193 ss.

l'ipotesi *tertium genus*, come delineato dalla Relazione al Decreto ⁹¹. E' stato così osservato come sembrerebbe d'essere in presenza di un "*sistema geneticamente modificato con sembianze ibride, in cui la divergenza rispetto a quella che sarebbe stata la naturale nomopoiesi (che avrebbe partorito un meccanismo tutto penale o tutto penale-amministrativo) sembra tuttavia giustificabile alla luce delle peculiarità della materia*"⁹².

Senza voler prendere posizione nel dibattito, si osserva come la classificazione della responsabilità degli enti quale responsabilità di terzo tipo, "quasi-penale", offrirebbe la possibilità all'interprete di elaborare delle soluzioni interpretative nuove, capaci di cogliere le peculiarità di questa nuova (?) forma di criminalità. L'interprete non deve naturalmente essere lasciato da solo in questo compito e sarebbe auspicabile che vi fosse una profonda riflessione, *in primis* da parte del Legislatore, sui beni da tutelare, cui dovrebbe inevitabilmente seguire l'elaborazione di principi specifici per tale materia, sulla base dei quali creare dei nuovi istituti *ad hoc*⁹³.

2.2. *Enti destinatari*

Il comma 2 dell'art. 1 del Decreto individua i soggetti destinatari della normativa: enti forniti di personalità giuridica, società e associazioni anche prive di personalità giuridica. Sono invece esclusi: lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli altri enti pubblici non economici, gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale (co. 3).

Possono dunque esser chiamati a rispondere dell'illecito tutte le persone giuridiche private in senso stretto (associazioni, fondazioni e altre istituzioni private senza scopo di lucro ma con personalità giuridica, società di capitali e cooperative), oltre a

⁹¹ G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Trattato di Diritto Penale*, Milano, 2008; F. C. BEVILACQUA, *Responsabilità da reato ex D.Lgs. 231/2001 e gruppi di società*, Minano, 2010; G. LATTANZI, *Reati e responsabilità degli enti. Guida al D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, II ed. Milano, 2010; L. STORTONI, D. TASSINARI, *La responsabilità degli enti: quale natura? Quali soggetti?*, in *Ind. Pen.*, 2006, p. 7ss.

⁹² G. LATTANZI, *Reati e responsabilità degli enti. Guida al D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, II ed. Milano, 2010, p. 17.

⁹³ Si pensi ad esempio all'inadeguatezza degli istituti del dolo e della colpa in materia di responsabilità degli enti.

tutti gli enti privati sprovvisti di personalità giuridica, quali le società a base personale (ivi comprese le società “di fatto” e quelle “irregolari”) e le associazioni non riconosciute⁹⁴. E’ evidente sin da subito, e giova sin d’ora anticiparlo, che tra i soggetti individuati dall’articolo non compare il gruppo di imprese; la normativa pare anzi essere stata costruita appositamente per l’ente concepito come monade isolata.

2.3. Criteri di ascrizione della responsabilità all’ente

Perché l’ente possa esser ritenuto responsabile *ex* D.Lgs. 231/2001, è necessario che sia commesso **un reato** (tra quelli elencati dal Decreto), **nell’interesse o a vantaggio dell’ente** (se il reato è commesso nell’interesse esclusivo dell’agente o di un terzo, l’ente non è ritenuto responsabile), da parte di una **persona fisica incardinata nell’ente** (apicale o sottoposto, ma potrebbe anche non essere individuato), e tale reato si sia potuto realizzare per quella che potremmo definire la “**colpa d’organizzazione**” dell’ente (mancata adozione o inefficace attuazione di un Modello di Organizzazione e Gestione [astrattamente] idoneo a prevenire i reati di cui al Decreto e/o assente/insufficiente controllo da parte dell’Organismo di Vigilanza)⁹⁵. Come diremo a breve, sotto tale profilo vi sono due modalità di ascrizione della responsabilità, a seconda che il reato sia stato commesso da un soggetto apicale o sottoposto.

Occorre sottolineare invece sin da subito come l’ente non risponderà del reato posto in essere dalla persona fisica ma dell’illecito “amministrativo” che da esso scaturisce. Si possono quindi individuare i seguenti elementi oggettivi e soggettivi dell’illecito.

⁹⁴ Si veda A. GIARDA, E. M. MANCUSO, G. SPANGHER, G. VARRASO, *Responsabilità “penale” delle persone giuridiche*, Milano, 2007, p. 21 ss. Quanto all’imprenditore individuale, la dottrina da sempre escluso la possibilità di ritenerlo destinatario della normativa per non incorrere in una violazione del *ne bis in idem* sostanziale (tra gli altri, G. LATTANZI, *Reati e responsabilità degli enti. Guida al D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, II ed., Milano, 2010, p. 39; Di Giovine e Cerqua, cit. in AA.VV. (a cura di A. GIARDA, S. SEMINARA), *I nuovi reati societari, diritto e processo*, Padova, 2002, p. 22.), ma non sono mancate posizioni contrarie in giurisprudenza (Si veda Cass.Pen. sez. III, ud. 15 dicembre 2010 n. 15657. Per un commento critico a questo inatteso *revirement* giurisprudenziale si legga G. AMARELLI, *L’indebita inclusione delle imprese individuali nel novero dei soggetti attivi del D.Lgs. 231/2001*, nota a sentenza del 5.07.2011 consultabile sul portale *online* della rivista *Diritto Penale Contemporaneo*).

⁹⁵ A disciplinare i criteri di ascrizione della responsabilità all’ente sono gli artt. 5, 6 e 7, D.Lgs. 231/2001.

2.3.1. Elementi oggettivi dell'illecito. A) Reato presupposto.

Si deve trattare di un titolo di reato idoneo, cioè di uno dei reati elencati nel Capo I, Sez. III del Decreto, agli artt. 24-25 *duodecies*. Inizialmente il Decreto prevedeva un numero limitato di reati, limitando la responsabilità, prevalentemente, ad alcuni illeciti contro la pubblica amministrazione. Il Legislatore del 2001 non aveva inteso accogliere completamente le sollecitazioni che emergevano dalla Legge delega, in cui erano state prese in considerazione anche la tutela dell'ambiente e della sicurezza sul lavoro. Nell'arco di 11 anni l'elenco si è di molto ampliato, con l'introduzione dei reati di falso nel 2001, dei reati societari (un vero e proprio microsistema a parte) nel 2002, dei reati di terrorismo ed eversione dell'ordine democratico, unitamente ai delitti contro la personalità individuale nel 2003 e così via dicendo. Ad oggi i reati presi in considerazione dalla normativa sono estremamente eterogenei⁹⁶, ma quelli la cui introduzione ha dato maggiori problemi interpretativi sono i reati di omicidio colposo e lesioni colpose gravi e gravissime commesse in violazione delle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro (art. 25 *septies*, introdotto nel 2007) e dei reati in materia ambientale (art. 25 *undecies*, introdotto nel 2011). Con essi l'illecito colposo ha fatto il proprio ingresso in un sistema progettato e pensato (almeno a prima vista) per i soli reati dolosi, creando molti problemi applicativi sui quali si è acceso (ed è tutt'oggi presente) un forte dibattito.

2.3.2. (segue) B) Interesse o vantaggio

In dottrina c'è stato un ampio dibattito sul significato da dare a tale locuzione, sia per quanto riguarda l'utilizzo della congiunzione "o", che porterebbe a ritenere l'interesse ed il vantaggio come due requisiti distinti, sufficienti da soli a fondare la responsabilità dell'ente (verificata la sussistenza degli altri elementi costitutivi dell'illecito); sia relativamente al significato stesso da attribuire ad essi.

⁹⁶ basti pensare all'introduzione, nel 2006, del reato di mutilazione degli organi genitali femminili

Autorevole dottrina ha visto nel requisito dell'interesse o vantaggio un'endiadi, per mezzo della quale il Legislatore avrebbe voluto esprimere un concetto unitario utilizzando due sostantivi differenti⁹⁷. Una lettura contraria è invece stata data dalla Relazione di accompagnamento al D.Lgs. 231/2001, ove si legge che i due criteri, richiamati all'art. 5 co. 1 in via alternativa, avrebbero autonomo significato, e sarebbero caratterizzati, il primo da una connotazione soggettiva, da valutare *ex ante*, ed il secondo da una connotazione oggettiva da valutare *ex post* (tesi fatta propria dalla giurisprudenza).

Quest'ultima soluzione interpretativa pare più convincente, anche se non si condivide l'interpretazione soggettivistica che viene data all'interesse, come diremo a breve.

La stessa congiunzione "o" farebbe pensare a due elementi differenti ed alternativi; oltre a ciò si aggiunga che in altri punti del decreto il Legislatore richiama separatamente i due criteri⁹⁸. Allo stesso secondo comma dell'art. 5, infatti, è esclusa la responsabilità dell'ente nel caso in cui il reato risulti esser stato commesso nell'interesse esclusivo proprio o di terzi, a nulla rilevando che esso abbia giovato all'ente. Il fatto che non compaia il criterio del vantaggio al secondo comma è d'aiuto nell'interpretazione dei due concetti come autonomi, tuttavia pone un apparente problema di contrasto con il primo comma, ove esso è previsto addirittura in forma alternativa all'interesse.

In realtà il contrasto non si pone se dell'articolo viene data la seguente lettura: perché l'ente sia responsabile, il reato presupposto, commesso da un proprio apicale/sottoposto, dev'essere oggettivamente finalizzato al conseguimento di un vantaggio per l'ente (a prescindere dalla sua successiva concreta realizzazione);

⁹⁷ D. PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, n. 2, p. 425, in cui l'Autore afferma come sarebbe "preferibile interpretare i due termini come un'endiadi che addita un criterio unitario, riconducibile ad un interesse dell'ente inteso in senso obiettivo". Secondo De Maglie essi sarebbero equivalenti, C. DE MAGLIE, *La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche. Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in *Dir. proc. pen.*, 2001, p. 1348

⁹⁸ N. SELVAGGI, *L'interesse dell'ente collettivo quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato*, Napoli, 2006; in A. CADOPPI, G. GARUTI, P. VENEZIANI, *Enti e responsabilità da reato*, Torino, 2010, p. 354, si legge "i due criteri non operano cumulativamente [...] l'interpretazione trova conferma nel successivo art. 12, 1° co., lett. a), che tra i casi di riduzione della sanzione pecuniaria e di esclusione delle sanzioni interdittive (art. 13, 3° co.), per l'illecito dell'ente dipendente da reato, giusta la possibilità della disgiunta presenza di ciascuno dei due requisiti, l'autore del reato abbia commesso il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi e l'ente non ne abbia ricavato vantaggio o un vantaggio minimo. Pertanto è espressamente previsto che il reato possa essere commesso nell'interesse dell'ente e che l'ente non ne ricavi alcun vantaggio".

l'eventuale vantaggio concretamente raggiunto, in assenza assoluta dell'interesse dell'ente, non è tuttavia da solo sufficiente a rendere l'ente responsabile dell'illecito amministrativo.

In altre parole, il primo comma richiederebbe la presenza di un interesse o di un vantaggio, tuttavia, preciserebbe il secondo comma, mentre la prova dell'interesse è da sola sufficiente a fondare la responsabilità dell'ente, così non lo è la mera concretizzazione di un vantaggio. Il vantaggio rilevante ai fini del riconoscimento di responsabilità dell'ente, sarà quindi la concreta realizzazione di quel risultato cui era (almeno parzialmente) oggettivamente finalizzato il reato.

Quanto al significato proprio del concetto di interesse, non si concorda con quanto affermato nella Relazione di accompagnamento, che gli attribuisce una connotazione di carattere soggettivo. Tale espressione infatti, propria della categoria della colpevolezza, rischia di essere ingannevole e di portare erroneamente l'interprete a dover indagare l'elemento soggettivo del soggetto attivo del reato presupposto (il quale avrebbe dovuto agire nell'interesse dell'ente). Ciò non è possibile perché il Legislatore stesso, all'art. 8, sancisce l'autonomia della responsabilità dell'ente per l'illecito amministrativo dalla responsabilità dell'autore del reato presupposto: così la responsabilità sussiste anche quando l'autore del reato non sia stato identificato o non sia imputabile (lettera a), ed il reato si estingua per una causa diversa dall'amnistia (lettera b).

Si ritiene più corretto interpretare l'interesse come criterio oggettivo caratterizzante il reato stesso così come si è concretamente realizzato. E' il reato presupposto, così come storicamente posto in essere, a dover portare su di sé i connotati di un'oggettiva finalizzazione ad un risultato positivo per l'ente.

Un'ultima breve battuta sulla patrimonialità dell'interesse e del vantaggio: essa non è richiesta dal legislatore. Questi potranno ben concretizzarsi in utilità di carattere non direttamente patrimoniali, come l'acquisizione di posizioni di superiorità o l'accrescimento di potere dell'ente⁹⁹.

Tale discorso verrà ripreso nel momento in cui ci si interrogherà sui rapporti tra un eventuale "interesse di gruppo" e l'interesse di cui all'art. 5, e sull'individuazione dell'interesse e del vantaggio di una società operante in un contesto di gruppo.

⁹⁹ A. GIARDA, E. M. MANCUSO, G. SPANGHER, G. VARRASO, *Responsabilità "penale" delle persone giuridiche*, Milano, 2007, p. 44

2.3.3. (segue) C) Rapporto qualificato tra l'autore del reato e l'ente.

L'art. 5 individua due categorie di soggetti in grado di impegnare la responsabilità dell'ente: i c.d. soggetti apicali (*a*) persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale, nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione ed il controllo dello stesso; ed i c.d. soggetti sottoposti (*b*) persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera *a*). Con l'individuazione di tale criterio oggettivo, unitamente a quello dell'interesse o vantaggio, il Legislatore ha voluto individuare un legame tra l'ente stesso e il reato presupposto dell'illecito amministrativo, in modo tale da scongiurare le possibili critiche riguardo alla violazione del principio di personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27 Cost., nel suo primo significato oggettivo di divieto di responsabilità per un fatto altrui¹⁰⁰.

E' opportuno fare sin da subito una breve precisazione: dal fatto che l'autore del reato sia apicale/sottoposto la normativa fa discendere un diverso criterio di ascrizione della responsabilità all'ente¹⁰¹.

Il soggetto "apicale" (art. 5 lett. *a*), secondo la teoria dell'immedesimazione organica, agisce come organo dell'ente e rappresenta la volontà dell'ente stesso¹⁰². D'altra parte, la "volontà" dell'ente si manifesta anche nella predisposizione ed efficace attuazione di modelli di organizzazione e gestione idonei a scongiurare il verificarsi dei reati di cui al decreto legislativo, e nell'istituzione di un apposito Organismo di Vigilanza. Nel caso in cui l'ente abbia predisposto tutte le misure volte a scongiurare la commissione del reato, realizzato tuttavia proprio dal soggetto apicale, si assiste ad un apparente "contrasto interno di volontà", che il legislatore

¹⁰⁰ Così la Relazione al D.Lgs. 8 giugno 2001 n. 231, 3.2; si veda anche M. GUERNELLI, *La responsabilità delle persone giuridiche nel diritto penale-amministrativo interno dopo il D. Lgs. 231/2001 (prima parte)*, in *St. jur.*, 2002, p. 242

¹⁰¹ Tra gli altri, G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Trattato di Diritto Penale*, Milano, 2008; F. C. BEVILACQUA, *Responsabilità da reato ex D.Lgs. 231/2001 e gruppi di società*, Minano, 2010; G. LATTANZI, *Reati e responsabilità degli enti. Guida al D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, II ed. Milano, 2010; L. STORTONI, D. TASSINARI, *La responsabilità degli enti: quale natura? Quali soggetti?*, in *Ind. Pen.*, 2006

¹⁰² C. E. PALIERO, *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione*, in A. ALESSANDRI, *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, p. 50;

risolve escludendo la responsabilità dell'ente tutte le volte in cui si dimostri che l'autore (apicale) ha agito eludendo fraudolentemente i Modelli di Organizzazione e Gestione predisposti dall'ente al fine di prevenire i reati e che non vi sia stata un'assenza/carenza di vigilanza da parte dell'Organismo ad essa preposto. In tal caso viene a spezzarsi il rapporto di immedesimazione organica e si verifica una rottura tra la volontà dell'ente e l'azione del soggetto apicale.

Nel caso in cui a commettere il reato sia invece un soggetto "sottoposto" (art. 5 lett. b), in virtù del sotteso rapporto di dipendenza con l'ente, egli è tenuto ad agire nel segno della politica aziendale e sotto il controllo dei soggetti apicali, ma le sue azioni non sono direttamente riconducibili alla volontà dell'ente. Da ciò consegue che se egli commette un reato nell'interesse o a vantaggio dell'ente, quest'ultimo risponderà dell'illecito amministrativo da esso dipendente solo qualora si verifichi che l'ente non aveva predisposto ed efficacemente attuato i Modelli di organizzazione gestione e controllo volti a prevenire reati della specie di quello verificatosi di cui si è brevemente accennato prima. Al contrario sarà sufficiente verificare la predisposizione ed efficace attuazione di tali Modelli, per escludere la responsabilità dell'ente.

Fatta tale premessa, si può ora analizzare quali soggetti possano rientrare in queste due categorie.

Il legislatore individua i soggetti apicali nel modo seguente: da una parte, in coloro che rivestono una funzione di rappresentanza, amministrazione o direzione dell'ente (o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale); dall'altra, in coloro che, anche di fatto, esercitano la gestione ed il controllo dell'ente¹⁰³. Il fatto di ancorare l'individuazione del soggetto alla funzione da esso svolta e, nel caso degli "apicali di fatto", alla concreta attività di gestione e controllo, riflette la volontà del Legislatore di adottare un criterio funzionale/materiale, che consenta l'individuazione della qualifica soggettiva sulla base delle attività effettivamente svolte, a prescindere dal nome dato alla carica ricoperta¹⁰⁴.

¹⁰³ G. LUNGHINI, *Responsabilità amministrativa degli enti: soggetti, interessi infragruppo e requisiti di idoneità e di attuazione dei modelli*, in *Corr. Mer.*, 2005, n. 3, p. 89

¹⁰⁴ A. GIARDA, E. M. MANCUSO, G. SPANGHER, G. VARRASO, *Responsabilità "penale" delle persone giuridiche*, Milano, 2007, p. 57

Quanto alle funzioni di rappresentanza, amministrazione e direzione, il legislatore non fornisce una definizione; tuttavia il significato di esse si può ricavare dall'interpretazione di norme provenienti da altre branche dell'ordinamento: così il concetto di rappresentanza è legato alla formazione e manifestazione all'esterno della volontà dell'ente; la nozione di amministrazione fa riferimento ai poteri di gestione e controllo delle risorse materiali dell'ente; la direzione si concretizza nel potere di gestione e controllo del personale dell'ente¹⁰⁵.

Relativamente a coloro che di fatto esercitano la gestione ed il controllo dell'ente vi è da sottolineare come gestione e controllo debbano essere accertate unitamente ed in concreto (così non saranno ritenuti apicali soggetti che detengono poteri di controllo sull'ente, senza tuttavia avere alcun potere di gestione). Il rilievo dato all'elemento fattuale dell'attività concretamente svolta è in linea con la successiva riforma di diritto societario, la quale ha introdotto all'art. 2639 c.c. l'estensione delle qualifiche soggettive a chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione¹⁰⁶.

L'introduzione dell'amministratore di fatto tra i soggetti apicali dell'ente sarà di estrema importanza quando andremo a valutare la possibilità di considerare un'apicale della controllante quale amministratore di fatto della controllata.

Soggetti sottoposti sono tutti coloro che soggiacciono alla direzione o vigilanza dei soggetti apicali; tra essi andranno annoverati non solo coloro che risultano dipendenti in forza delle norme interne dell'ente, espresse abitualmente nell'organigramma, ma si ritiene facciano parte di tale categoria anche eventuali consulenti esterni e incaricati che non siano dipendenti dell'ente, in forza del vincolo contrattuale posto in essere dall'ente nell'affidamento dell'incarico all'esterno¹⁰⁷.

¹⁰⁵ A. GIARDA, E. M. MANCUSO, G. SPANGHER, G. VARRASO, *Responsabilità "penale" delle persone giuridiche*, Milano, 2007, p. 57

¹⁰⁶ O. DI GIOVINE, *L'estensione delle qualifiche soggettive*, in AA.VV. (a cura di A. GIARDA, S. SEMINARA), *I nuovi reati societari, diritto e processo*, Padova, 2002, p. 20; L. FOFFANI, *Estensione delle qualifiche soggettive*, in F. C. PALAZZO, C. E. PALIERO, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova 2003, p. 1917

¹⁰⁷ D. PULITANÒ, *La responsabilità da reato degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 425

2.3.4. Elemento soggettivo dell'illecito.

Gli articoli 6 e 7 del Decreto stabiliscono i due differenti criteri di ascrizione di responsabilità all'ente, nel caso in cui il reato presupposto dia stato commesso da un apicale (art. 6) oppure da un sottoposto (art. 7).

2.3.5. (segue) I modelli di organizzazione, gestione e controllo

Entrambi richiedono, come elemento minimo a fondamento della colpevolezza dell'ente, la mancata predisposizione di **Modelli organizzativi**, volti alla prevenzione dei reati.

Benché il Legislatore utilizzi il nome “*modelli di organizzazione e gestione*” all'art. 6 e “*modelli di organizzazione, gestione e controllo*” all'art. successivo, si deve ritenere che si tratti dello stesso strumento, la cui assenza fonda la c.d. “colpa d'organizzazione”¹⁰⁸, quale inadeguata e insufficiente “*legalità aziendale*”¹⁰⁹.

Il Modello rappresenta la volontà imprenditoriale di agire correttamente; d'altra parte l'organizzazione, in una struttura complessa come quella societaria, è l'unico strumento in grado di consentire il controllo effettivo delle varie attività e di prevenire quindi la commissione di determinati reati. Tale controllo è da intendersi sia nel senso di concreta incidenza sulle modalità di svolgimento dell'attività stessa,

¹⁰⁸ In tal senso si esprime la dottrina maggioritaria (tra gli altri, G. DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la parte generale e la parte speciale del D. Lgs. 8 giugno 2001/231*, in G. GARUTI, *Responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, p. 81; A. MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 509; C. E. PALIERO, *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri d'imputazione*, in A. ALESSANDRI, *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, p. 50), ma non sono mancate posizioni alternative, che individuano nei Modelli delle cause di esclusione della punibilità ad effetti limitati (G. COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato ed i ruoli dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p.108), degli elementi impeditivi dell'illecito dipendente da reato, propri delle categorie della dottrina processualistica (A. BASSI, T. E. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato: accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano, 2006, p. 242). La teoria della colpa d'organizzazione affonda le proprie radici nelle elaborazioni dottrinali tedesche, ove si parla di *Betriebsführungsschuld*, cioè colpa per le modalità con cui la persona giuridica determina il proprio modo d'agire, a tal proposito si vedano G. HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Baden-Baden, 1995, p. 248; K. TIEDMAN, *La responsabilità delle persone giuridiche nel diritto comparato*, in *Div. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 625

¹⁰⁹ A. ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in A. ALESSANDRI, *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002, p. 44

che di una sua successiva vigilanza. Si tratta di modelli “operativi”¹¹⁰, che non si limitano a registrare la condizione aziendale, ma, sulla base di un’attenta valutazione dei rischi presenti, individuano una serie di regole comportamentali¹¹¹ e procedure idonee al raggiungimento di un determinato risultato (prevenzione dei reati) in accordo con il sistema organizzativo aziendale¹¹². Ogni ente deve dunque individuare i possibili rischi derivanti dalla propria attività e deve farsi carico della gestione effettiva di essi.

Qualora l’azienda trascuri l’aspetto organizzativo mostra il proprio disinteresse alla gestione del rischio di commissione di reati; da qui l’ascrizione di responsabilità, a titolo di colpa d’organizzazione, nel caso in cui il reato sia poi effettivamente commesso da un proprio apicale o sottoposto, nel proprio interesse.

Come già detto in precedenza, i criteri di ascrizione della responsabilità sono differenti nel caso in cui l’autore del reato sia un soggetto apicale o un soggetto sottoposto. Ciò è del tutto normale proprio alla luce dell’elemento soggettivo della colpa d’organizzazione. L’ente funziona e raggiunge il proprio fine aziendale (in altre parole, vive) tramite l’attività quotidiana di una molteplicità di persone fisiche; talune rappresentano l’ente stesso, altre fungono da mero braccio operativo.

L’apicale rappresenta, secondo la teoria dell’immedesimazione organica, la volontà dell’ente; nel commettere un reato egli esprime la volontà criminosa dell’ente che rappresenta. Tuttavia nel momento in cui l’ente si sia dotato di un Modello, si assiste a quel “contrasto interno della volontà” cui abbiamo già fatto cenno precedentemente¹¹³.

In altre parole, la volontà dell’ente, manifestata attraverso la predisposizione del modello, ma poi concretizzatasi nella realizzazione del reato, risulta contraddittoria. Per risolvere tale contraddizione, occorre giungere a tale soluzione: qualora sia dimostrata la fraudolenta elusione dello stesso da parte dell’apicale e l’ente si sia dotato di un Modello astrattamente idoneo (lo stesso sia stato efficacemente attuato e

¹¹⁰ A. BASSI, T. E. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato: accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano, 2006

¹¹¹ Parla di “regole di condotta” e “modello comportamentale” la Relazione al D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, 3.3

¹¹² E’ la stessa Relazione a riconoscere come i Modelli siano ispirati ai *compliance programs* del sistema statunitense, Relazione al D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, 3.3

¹¹³ Per la distinzione tra la colpevolezza derivante da scelte di politica d’impresa e la colpa d’organizzazione in senso stretto si veda C. DE MAGLIE, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in *Dir. proc. pen.*, 2001, p. 1348

non vi sia stata carente vigilanza da parte del preposto Organismo di vigilanza), è parimenti dimostrata la cessazione del rapporto di immedesimazione organica del soggetto con l'ente che mostra la propria estraneità al comportamento illegale del proprio apicale; qualora invece non sia dimostrata la fraudolenta elusione da parte dell'apicale, si deve ritenere che il Modello non fosse astrattamente idoneo a prevenire il reato, in seguito effettivamente concretizzato.

Nel caso in cui il reato sia stato realizzato da un subordinato il problema del contrasto di volontà non si pone perché il subordinato mai rappresenterà la volontà dell'ente stesso. Il subordinato deve operare nei limiti di quanto stabilito dall'ente; se l'ente ben definisce le mansioni dei propri subordinati, i limiti entro i quali essi si trovano ad operare e definisce dei sistemi di controllo affinché tutto ciò venga rispettato (in altre parole, se l'ente si organizza, in un'ottica di accrescimento della legalità aziendale, quindi predisporre il Modello e vi da efficace attuazione) tanto basterà ad escludere la propria responsabilità.

La commissione di un reato da parte del soggetto apicale o sottoposto non è chiaramente automatica dimostrazione dell'inidoneità del Modello, il quale deve essere "astrattamente" idoneo alla prevenzione di quanto poi verificatosi.

Alla luce delle enormi differenze che intercorrono tra le varie realtà aziendali (si pensi anche solo all'attività svolta, all'organizzazione, e alla dimensione) e della necessità che il Modello sia uno strumento "ritagliato sartorialmente" sulla realtà aziendale che disciplina, il Legislatore ha optato per l'individuazione dei contenuti minimi di un Modello idoneo. Tali elementi essenziali ruotano essenzialmente attorno all'analisi del rischio e alla conseguente predisposizione di procedure idonee a governarlo/ridurlo (tra cui una regolamentazione della formazione/attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire), una regolamentazione della gestione delle risorse finanziarie, la predisposizione di un sistema sanzionatorio per la violazione delle procedure previste. L'aggiornamento, il funzionamento e l'osservanza del Modello dev'essere inoltre garantito dall'istituzione di un organismo di vigilanza, dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo.

Senza entrare nel merito di come debba essere strutturato concretamente il Modello¹¹⁴, ciò che rileva è come esso sia uno strumento che viene creato per una determinata realtà imprenditoriale, e con essa vive; esso andrà modificato, integrato, corretto non solo qualora vi siano modifiche legislative che lo impongano, ma anche qualora muti il rischio interno o varino determinate attività. Tutt'altro che un ostacolo burocratico all'impresa, esso può e dev'essere un utile strumento a disposizione di un ente che voglia raggiungere i propri obiettivi in modo responsabile e consapevole. Tale discorso verrà ripreso nel terzo capitolo, ove ci si chiederà come debba essere interpretato il ruolo del Modello in un contesto di gruppo.

2.3.6. (segue) L'Organismo di vigilanza

Due parole infine in relazione all'**Organismo di Vigilanza**. Deputato alla vigilanza sul funzionamento e l'osservanza del Modello e al suo aggiornamento, il Decreto si limita a richiedere che esso sia un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri d'iniziativa e controllo. L'individuazione della composizione di tale organismo e delle sue funzioni ha comportato un ampio dibattito in dottrina¹¹⁵. Si è tuttavia d'accordo sul ritenere che si tratti di un organismo deputato al mero controllo del Modello e della sua efficace attuazione, privo di poteri d'intervento diretto su di esso, e tantomeno privo di poteri impeditivi in ordine ai reati previsti dal Decreto.

Dovendo valutare l'idoneità del Modello va da sé l'importanza che i suoi membri siano dotati delle adeguate competenze. Non potendo pensare tuttavia di nominare all'interno dell'Organismo uno specialista per ogni ambito di rischio, è necessario che ad esso venga messo a disposizione un capitale prestabilito, che gli consenta di condurre le indagini necessarie, anche mediante l'utilizzo di consulenti esterni. Il fatto di essere dotato di una propria riserva economica garantisce d'altra parte la stessa autonomia nei poteri di iniziativa e controllo, esplicitamente previsti dal Legislatore. L'autonomia richiesta consente di individuare anche altri 3 requisiti dell'Organismo: esso non dev'essere subordinato all'ente, quindi i suoi membri non

¹¹⁴ Diverse associazioni di categoria hanno elaborato delle linee guida per la creazione di tale Modello; tra le altre si ricordano quelle elaborate da Confindustria e quelle pubblicate da ABI.

¹¹⁵ Anche in questo caso le linee guida di settore hanno individuato altre caratteristiche specifiche.

dovranno (almeno per la maggioranza) essere dipendenti; in favore di ciascun membro, all'inizio dell'incarico, dovrà essere individuata la retribuzione per l'attività di vigilanza; infine la durata della carica dev'essere svincolata dalla durata in carica dell'organo dirigente.

3. Spunti comparatistici

3.1. Francia – La responsabilità penale degli enti

La Francia è il primo paese dell'Europa continentale ad aver introdotto la responsabilità penale degli enti, superando così il dogma *societas delinquere non potest*. Il 1° marzo 1994, con l'entrata in vigore del nuovo codice penale, la responsabilità penale degli enti è entrata a pieno titolo nell'ordinamento giuridico francese, dapprima per un limitato numero di reati, in un secondo momento, con la *loi Perben II* n. 204/2004 (che ha posto fine al principio di specialità¹¹⁶), senza limitazione alcuna per tutte le infrazioni penali.

La scelta del Legislatore ha messo fine ad un ampio dibattito che aveva animato dottrina e giurisprudenza per decenni. Il tema della responsabilità degli enti è stato affrontato in Francia sin dagli inizi del secolo scorso e la volontà di colpire le imprese in determinate aree di interesse emerge dalla legislazione specialistica e da alcune, benché sporadiche, pronunce.

Gli antecedenti storici sono individuabili in tre ordinanze del 1945, di cui la prima è stata considerata “*una prima messa in opera della responsabilità penale della persona giuridica sotto forma di sintesi, ricca di insegnamenti per il legislatore di domani*”¹¹⁷. La prima ordinanza, del 5 maggio 1945, era volta a reprimere le forme

¹¹⁶ La legge n. 2004-104 ha espunto dall'art. 121-2 del codice penale i termini “*dans les cas prévus par la loi ou le règlement*”

¹¹⁷ così P. FAIVRE, *La responsabilité pénale des personnes morales*, in *Rev. Sc. Crim.*, 1958, p. 547; parimenti J. MAGNOL, *Une expérience de mise en oeuvre de la responsabilité pénale des personnes morales*, in *Rev. Int. Dr. Pén.*, 1946, p. 65.

di collaborazionismo con l'invasore tedesco¹¹⁸, l'ordinanza del successivo 30 maggio era indirizzata a reprimere gli illeciti in materia di regolamentazione dei cambi¹¹⁹, l'ultima, del 30 giugno, riguardava gli illeciti in materia economica¹²⁰.

Il dibattito dottrinale, già al tempo, si era incentrato sulla possibilità di ritenere responsabile una persona giuridica, tradizionalmente priva di una volontà propria perché mera "macchina giuridica". L'ente era visto come una valida "macchina" per il capitalismo, ma l'unica pretesa che si potesse avere nei suoi confronti era quella di funzionare bene, senza "*cercare di donar[gli] un'anima*"¹²¹. D'altra parte, come sottolineato da altra autorevole dottrina dell'epoca, la particolarità del diritto penale risiede nella preponderanza attribuita all'elemento intellettuale e "*l'intenzione colpevole, la volontà, non può aver sede che in una persona fisica*"; veniva quindi negata una volontà propria in capo alla persona giuridica che possiede solo "*un'insieme di volontà individuali distinte*"¹²². Da ciò la conseguente possibilità di ritenere responsabile l'ente solo nel momento in cui sia possibile attribuire la responsabilità in capo ad uno dei suoi dirigenti.

La dottrina più tradizionalista è sempre stata abbastanza restia quindi a considerare l'ente penalmente responsabile; alla base di tale reticenza c'era la condivisione della teoria della finzione elaborata dalla dottrina tedesca, secondo la quale la persona giuridica è una creazione fittizia che "agisce" mediante i suoi organi rappresentati da persone fisiche, le uniche in grado di intendere e volere¹²³.

Un'altra problematica sollevata dalla dottrina risiedeva nella difficoltà di individuare delle sanzioni idonee a punire le persone giuridiche, soprattutto alla luce delle finalità tradizionali della pena, che si indirizzano ad un soggetto dotato di

¹¹⁸ Ord. n. 45-200 del 5 maggio 1945. Per la lettura completa del documento si veda G. LEVASSEUR, *Les personnes morales victimes, auteurs ou complice d'infractions en droit français*, in *Rèv. dr. pén. crim.*, 1945, p. 845.

¹¹⁹ Si tratta di un'ordinanza che ha destato minor scalpore rispetto alla precedente, ma non per questo meno importante quale antecedente storico di previsione di sanzioni in capo all'ente. Il suo contenuto è leggibile in B. BOULOC, G. STEFANI, G. LEVASSEUR, *Droit pénal général*, 19° ed., Paris, 2005.

¹²⁰ Ord. n. 45-1484 del 30 giugno 1945, pubblicata in *Journal Officiel de la République Française*, 1 juillet 1945, p. 4156.

¹²¹ G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, in *Rev. Econ.*, 1952, vol. 3, p. 888

¹²² H. DONNEDIEU DE VABRES, *Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales*, *rev. int. dr. pen.*, 1950, p. 342.

¹²³ La persona giuridica è vista come un essere fittizio che "*non sente, non capisce, non vuole*", J.-A. ROUX, *Cours de droit criminel français*, 2° ed., 2, Paris, 1927. L'autore escludeva quindi che potesse indirizzare all'ente una sanzione penale propriamente detta, ritenendo preferibile fare uso delle misure di sicurezza, in grado di garantire efficacia e tutela dell'ordine pubblico, pur non sottostando ai principi fondamentali della responsabilità penale.

intelligenza propria¹²⁴. Non solo, lo stesso principio di personalità della pena avrebbe impedito di colpire indiscriminatamente tutti i membri dell'ente, di fatto estranei al reato¹²⁵.

Per queste ragioni la prima ordinanza del 1945 ha suscitato un vivo dibattito; in essa si richiedeva la commissione del fatto criminoso da parte degli “*organi della direzione o dell'amministrazione della persona giuridica, agenti in suo nome e per suo conto*” e, sul piano psicologico, l'accertamento che “*i fatti contestati rivelassero l'intenzione di favorire le imprese di qualunque natura, purché appartenenti al nemico*”¹²⁶.

Successivamente sono state emanate diverse norme, in più parti dell'ordinamento, a testimonianza dell'intenzione del Legislatore di colpire l'ente (in materia di diritto del lavoro, di tutela dell'ordine economico, in materia fiscale)¹²⁷; non solo, nonostante lo scetticismo dottrinale la responsabilità delle persone giuridiche compare nei diversi progetti di riforma del codice penale, già a partire dall'*Avant-projet Matter* del 1934¹²⁸.

3.1.1. *L'art. 121-2 Cod. pén*

E' con l'entrata in vigore del nuovo codice che il Legislatore prende infine posizione a favore della responsabilizzazione dell'ente, introducendo il nuovo art. 121-2 Cod. pén. Esso recita: “*(1) le persone giuridiche, ad esclusione dello Stato, sono penalmente responsabili, in base alle distinzioni previste agli articoli da 121-4 a 121-7, dei reati commessi, per loro conto, da propri organi o rappresentanti. (2) In ogni caso le collettività territoriali e i loro consorzi non sono penalmente responsabili che dei reati commessi nell'esercizio di attività suscettibili di formare oggetto di convenzioni di delega di servizio pubblico. (3) La responsabilità penale*

¹²⁴ Per un approfondimento del tema si veda G. VIDAL, *Cour de droit criminel et de science pénitentiaire*, 2° ed., Paris, 1902

¹²⁵ si tratta del c.d. effetto di *overspilling*.

¹²⁶ Vedi *supra* nota 92.

¹²⁷ M. DELLMAS-MARTY, *Droit pénal des affaires*, 3° ed., Paris, 1990

¹²⁸ In esso si prevedeva la possibilità di comminare all'ente sanzioni pecuniarie e misure di sicurezza patrimoniali, J. MAGNOL, *L'avantprojet de révision du Code pénal français (partie général)*, F. Boisseau, 1934

delle persone morali non esclude quella delle persone fisiche autori o complici degli stessi fatti, salvo quanto previsto dalle disposizioni del 4° comma dell'art. 121-3".

La disciplina francese, come si può notare, differisce da quella italiana sia sotto il profilo dell'elemento oggettivo che sotto quello dell'elemento soggettivo, senza trascurare la, non meno importante, natura penale della responsabilità.

I destinatari della normativa sono le persone morali, fatta eccezione dello Stato, delle collettività territoriali e dei consorzi. La scelta fatta dal Legislatore francese è dunque formale¹²⁹: tutti gli enti dotati di personalità giuridica (da cui restano esclusi, secondo le norme civilistiche, le società di fatto e quelle in partecipazioni, non soggette ad immatricolazione, quindi sprovviste di personalità giuridica). Senza soffermarsi ad elencare tutte le forme societarie (di diritto privato e pubblico) cui la norma si indirizza, è importante osservare come essa, nel richiedere la personalità giuridica, paia escludere *a priori* dal novero dei destinatari il gruppo di società. Come osservato nel paragrafo precedente, infatti, in Francia, come in Italia, il gruppo è una realtà economica, priva di autonoma personalità giuridica. Da questo punto di vista quindi la situazione francese è analoga a quella italiana e si renderà necessario verificare in che modo la disciplina della responsabilità degli enti troverà applicazione in presenza della realtà di gruppo.

3.1.2. La nozione di organe ou représentant

Andando con ordine, il comma 1 dell'art. 121-2, richiede che il reato sia stato commesso da un proprio organo o rappresentante (i nostri c.d. "apicali"), per conto dell'ente. Gli unici a poter far sorgere la responsabilità dell'ente sono dunque i soli soggetti in grado di impegnare la persona giuridica stessa. Tale scelta è in linea con quanto affermato in sede dottrinale: l'ente non può agire da solo, necessita di un "*substrato umano*"¹³⁰ che funga da intermediario. Se queste sono le premesse, è

¹²⁹ Non viene accolto così il suggerimento contenuto nell'*avant-projet* del 1978, in cui era stata avanzata la proposta di ritenere responsabili, genericamente, tutti i *groupements*. COMMISSION DE RÉVISION DU CODE PÉNAL, *Avant-projet définitif de Code pénal. Livre I. Dispositions générales*, Paris, 1978

¹³⁰ H. DONNEDIEU DE VABRES, *Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales*, rev. int. dr. pen, 1950, p. 342

inevitabile la scelta di limitare ad organi e rappresentanti la cerchia dei soggetti dalle cui condotte può scattare la responsabilità in capo all'ente; soggetti dipendenti o comunque sottoposti ad altrui direzione non possono infatti manifestare all'esterno la volontà dell'ente, impegnandolo.

L'organo indica tradizionalmente l'assemblea generale, il consiglio di amministrazione, il direttorio, il consiglio di sorveglianza, in consiglio municipale. Questi sono gli organi "di diritto" individuato dal diritto commerciale.

Il rappresentante è invece il singolo individuo, capace di rappresentare l'ente, quale il gestore, il presidente-direttore generale, il sindaco.

E' di grande interesse, soprattutto ai fini della nostra ricerca, il dibattito sorto attorno alla figura dell'amministratore di fatto. Questa figura, prevista dal legislatore in specifiche ipotesi di reato¹³¹ è stata utilizzata dalla giurisprudenza in molte occasioni, anche al di fuori da quelle previste normativamente. La Corte di Cassazione ne ha dato questa definizione: *"Le persone sia fisiche che giuridiche che, sprovviste di mandato da parte della società, si sono ingerite nella gestione, amministrazione o direzione di una società; coloro che in maniera del tutto indipendente e libera hanno esercitato un'attività positiva di gestione e di direzione impegnando la società sotto la copertura o al posto del rappresentante legale"*¹³².

Sulla possibilità di ritenere l'ente responsabile per un reato commesso per suo conto da un amministratore di fatto è sorto un forte dibattito in dottrina.

Da una parte c'è chi esclude questa possibilità ritenendo che in casi simili la società non sia colpevole bensì vittima, *"ostaggio del dirigente di fatto"*¹³³; e poiché il dirigente di fatto non può essere considerato una persona che rappresenta ed esterna la volontà dell'ente, è impossibile imputare il reato alla persona giuridica¹³⁴.

Di segno opposto la posizione di altra autorevole dottrina, che mette in guardia dinanzi a tale soluzione, che rischierebbe di incentivare l'utilizzo di "teste di paglia"

¹³¹ L'art. 241-9 Code comm. prevede che tutte le infrazioni penali riguardanti le società a responsabilità limitata *"sono applicabili a tutte le persone che, direttamente o per interposta persona, avranno, di fatto, esercitato la gestione di una s.r.l. sotto copertura o al posto del legale dirigente"*; non dissimili le disposizioni di cui agli artt. 245-16, 246-2, 654-1 Cod. comm.

¹³² Cass. Com. 25 janvier 1994 n. 91-20.007

¹³³ R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel*, 7^e éd, Paris, 1998

¹³⁴ M. E. CARTIER, *La responsabilité pénale des personnes morales: évolution ou révolution*, JPC 1994, suppl. n° 5

per eludere la responsabilità penale¹³⁵. Disconoscere la responsabilità dell'ente nel caso in cui autore del reato sia il dirigente di fatto risulterebbe inoltre anacronistico, oltre a “*constituirne una minaccia per la legislazione relativa alle persone giuridiche*”¹³⁶.

La giurisprudenza, d'altro canto, non sembra contraria a riconoscere la qualità di rappresentante, ex art. 121-2, al dirigente di fatto¹³⁷.

Certamente la figura dell'amministratore di fatto dovrà esser tenuta in grande considerazione quando si affronterà il tema della responsabilità all'interno del gruppo di società.

3.1.3. *La nozione di commissione pour compte*

Tornando ai criteri di ascrizione della responsabilità, il reato dev'essere commesso “*pour compte*” della persona giuridica. Il Legislatore non è interessato a ricercare la colpevolezza dell'ente, d'altra parte la dottrina da tempo aveva affermato come fosse inutile ricorrere ad inutili “antropomorfismi”¹³⁸ con un'entità capace di relazionarsi solo per mezzo delle persone fisiche che la compongono. La scelta è stata così quella di prevedere una responsabilità *par ricochet*, di rimbalzo.

Accertata la responsabilità della persona fisica, apicale dell'ente, essa verrà automaticamente a fondare la responsabilità della persona giuridica, quale responsabilità “*sussequente, che necessita del supporto dell'intervento umano*”¹³⁹. Ciò che pare interessare al legislatore francese è dunque la ricerca del nesso di causalità che sussiste tra la realizzazione del reato e l'attività svolta per l'organizzazione, più che la colpevolezza della persona giuridica.

L'espressione *pour compte* è vasta ed indefinita al punto da consentire un'ampia gamma di interpretazioni. L'unica certezza è l'esclusione della responsabilità in capo

¹³⁵ M. DELMAS-MARTY, G. GIUDICELLI-DÉLAGE, *Droit pénal des affaires*, Paris, 2000

¹³⁶ J.-C. PLANQUE, *La détermination de la personne morale pénalmente responsable*, Paris, 2003, p. 242

¹³⁷ C. A. Colmar, 24 janvier 1997 n. 110/97, cit. in J.-C. PLANQUE, *La détermination de la personne morale pénalmente responsable*, Paris, 2003, p. 244

¹³⁸ F. LE GUNEHÉC, B. DESPORTES, *Le nouveau droit pénal*, I, 1996, p. 452

¹³⁹ F. LE GUNEHÉC, B. DESPORTES, *Le nouveau droit pénal*, I, 1996, p. 452

alla *personne morale* qualora il soggetto agente abbia agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi estranei all'organizzazione.

Quanto alle condotte che possono considerarsi essere state poste in essere “per conto dell'ente”, in dottrina si registrano tre orientamenti.

Una prima interpretazione c.d. restrittiva le individua nelle condotte poste in essere al fine di avvantaggiare la persona giuridica (vantaggio che può essere materiale, morale, attuale e persino eventuale)¹⁴⁰.

Un secondo orientamento più estensivo individua l'atto commesso *pour compte* dell'ente in quello commesso “*nell'esercizio di attività che hanno lo scopo di assicurare all'organizzazione il funzionamento o il perseguimento degli obiettivi di un ente dotato di personalità giuridica*”¹⁴¹.

Infine vi è un orientamento che propone di adottare un approccio oggettivo o soggettivo a seconda del singolo caso; esso sarà “soggettivo” nelle fattispecie dolose a tutela degli individui (in tali casi sarà essenziale l'indagine dell'elemento soggettivo dell'agente), mentre sarà di impronta “oggettiva” nelle fattispecie colpose¹⁴².

Anche la giurisprudenza ha fornito soluzioni molto differenti, a seconda dei casi che gli si presentavano, tanto da oscillare da soluzioni in cui si ravvisava un mero “rimbalzo” della responsabilità dalla persona fisica all'ente, a soluzioni in cui sembrava profilarsi una responsabilità dell'ente autonoma e parallela rispetto a quella della persona fisica. In ogni caso l'accertamento del giudice è parso maggiormente volto all'analisi delle conseguenze materiali derivanti da una determinata condotta tenuta nell'esercizio di attività inerenti all'ente, piuttosto che all'indagine dell'elemento soggettivo della persona fisica. Non sono mancati casi in cui è stata adottata l'interpretazione più estensiva dell'espressione “*pour compte*”, per cui si è ravvista la sussistenza di tale requisito in base alla sola circostanza che il reato sia stato posto in essere nel contesto di un'attività tipica della società¹⁴³; così come

¹⁴⁰ J. PRADEL, *Droit pénal general*, Paris, 2008

¹⁴¹ F. LE GUNEHÉC, B. DESPORTES, *Responsabilité pénale des personnes morales: art. 121-2, champ d'application et conditions de la rresponsabilité*, in *Juris-classeur*, 1994, 2, p. 16.

¹⁴² M. DELMAS-MARTY, *Les conditions de fond de mise en jeu de la responsabilité pénale*, in *Rev. Soc.*, 1993, p. 303

¹⁴³ si è espressa in tal senso la Cassazione in una sentenza inedita del 2004; cit. in S. GIAVAZZI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche: dieci anni di esperienza francese*, in *Riv. Trim. Dir.*

situazioni in cui il giudice francese non ha inteso valutare se la condotta avesse o meno avvantaggiato l'ente, essendogli sufficiente constatare che l'organizzazione aveva consentito o agevolato la commissione dell'illecito¹⁴⁴.

In tale ipotesi, similmente a quanto avviene nella disciplina della responsabilità da reato degli enti italiana, l'organizzazione stessa dell'ente può divenire fonte di rischio penale; nell'ordinamento francese non si rende tuttavia necessaria l'individuazione delle carenze che avrebbero favorito la commissione del reato e non pare potersi fondare su di essa la nozione di colpa d'organizzazione, come nel nostro ordinamento.

Un'ultima osservazione circa l'individuazione dell'autore del reato. Nei reati colposi pare sufficiente, nel sistema francese, l'accertamento della "*materialità del fatto*", a prescindere dall'analisi dell'elemento psicologico dell'agente (che può anche non essere individuato) e, ancor meno, di una qualche colpevolezza dell'ente, purché "*il reato sia conseguenza della violazione di obblighi di legge che gravano sul datore di lavoro o sull'imprenditore o sull'amministratore e a condizione che sia lecito presumere la consapevole violazione della regola giuridica*"¹⁴⁵. La stessa Corte di Cassazione, in alcuni casi in materia di infortuni sul lavoro, ha condannato l'ente, pur in assenza dell'identificazione dell'autore del reato colposo, poiché appariva certo che un soggetto apicale appartenente all'ente (il presidente della società o un suo delegato) non avesse fatto ciò che la legge imponeva di fare, in materia di sicurezza sul lavoro, per tutelare i lavoratori.

Nei reati a dolo specifico o a dolo intenzionale chiaramente la situazione è differente e l'identificazione dell'autore del reato si rende necessaria; tuttavia autorevole dottrina, qualora il reato a dolo specifico sia commesso in modo sistematico dall'ente, sino al punto da poter essere considerato facente parte di una politica

Pen. Eco., 2005, p. 626. Interessante la ricostruzione che l'autrice fa del concetto in esame, sulla base della giurisprudenza francese.

¹⁴⁴ In tal senso si veda una pronuncia del Tribunale GI di Versailles, del 18 décembre 1995, citata, unitamente ad altre, in S. GIAVAZZI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche: dieci anni di esperienza francese*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Eco.*, 2005, p. 627, nota n. 143.

¹⁴⁵ S. GIAVAZZI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche: dieci anni di esperienza francese*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Eco.*, 2005, p. 630.

d'impresa, ha ritenuto che il coinvolgimento degli organi o dei rappresentanti debba essere presunto¹⁴⁶.

Rimane comunque consolidato l'orientamento predominante che interpreta la responsabilità dell'ente non per fatto proprio ma "di rimbalzo" per un fatto commesso da propri soggetti qualificati, siano essi identificati oppure no.

3.2. Germania – La responsabilità amministrativa degli enti

L'attuale sistema giuridico tedesco non riconosce, in capo alle persone giuridiche, una responsabilità penale in senso stretto. D'ostacolo a tale riconoscimento vi sarebbero: la mancanza della capacità d'agire, della colpa e della punibilità degli enti; elementi giudicati assenti nella persona giuridica dalla dottrina storica.

Relativamente alla capacità d'agire, secondo la dottrina maggioritaria solo le persone fisiche possono commettere reati e solo esse possono essere per questo essere punite¹⁴⁷. Le persone giuridiche, secondo l'opinione principale, sono sprovviste della "capacità di agire" (*Handlungsfähigkeit*); la capacità d'agire riconosciuta alla persona giuridica poggia sulle azioni fisiche/naturali delle persone che la compongono. Lo stesso Schmitt, nel 1958, aveva negato la possibilità di ascrivere un reato ad una persona giuridica, poiché esso presuppone l'azione di una persona fisica punibile; la punizione di un ente sarebbe conseguentemente *de lege lata* impossibile¹⁴⁸.

Quanto alla colpevolezza, nell'ente sarebbe impossibile ricercare l'elemento soggettivo della colpa. La colpevolezza è infatti la capacità di autodeterminarsi dell'autore del reato, che ha agito illegalmente, quando poteva agire nel rispetto della legalità. In questo senso, l'uomo capace di intendere e volere che sceglie di tenere un determinato comportamento, commettendo un determinato reato, deve ritenersi colpevole ed essere soggetto ad una sanzione, conseguenza della sua azione.

¹⁴⁶ Così F. DESPORTES, *Les conditions d'imputation d'une infraction à une personne morale*, in *Cah. Jurelectr.*, 2000, n. 67, p. 426 ss.

¹⁴⁷ Si veda la ricostruzione fatta da H. J. HIRSCH, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, in *ZStW*, 107, II, 1995, p. 285.

¹⁴⁸ G. STRATENWERTH, *Zu einem Unternehmenstrafrecht?*, in *Festschrift fuer Rudolf Schmitt*, Tuebingen, 1992

Una precondizione di ciò è una certa maturità morale, che non può sussistere in capo agli enti (così negli anni '50 il Bundesgerichtshof)¹⁴⁹.

La colpevolezza – è stato detto – è, d'altra parte, anche presupposto fondante la punibilità. Quest'ultima, per il diritto tedesco, è strettamente connessa all'idea di una giusta retribuzione, legata ad una condanna sociale dell'azione compiuta. Ciò va ben oltre la semplice perdita di proprietà e diritti, cui può essere costretto un ente per ragioni di politica criminale. Tale argomento è stato sostenuto dalla maggior parte della dottrina presente al 40° congresso di diritto tedesco del 1953, nel quale si è evidenziato come la punibilità di una persona giuridica, secondo il diritto penale, sia un concetto appartenente al mondo di *common law*, che nulla ha a che vedere con la tradizione giuridica tedesca¹⁵⁰.

Secondo l'opinione di chi, invece, incalza per l'introduzione della responsabilità penale degli enti, i principi fondamentali di diritto tedeschi non

¹⁵⁰ Nel 1998 l'SPD del parlamento tedesco ha posto una serie di domande al governo, indicate come "particolare responsabilità degli enti – problemi della responsabilità giuridico-criminale delle persone giuridiche e delle associazioni di persone". Il governo ha riconosciuto l'importanza del tema ampiamente dibattuto, tema che lascia aperte molte domande, soprattutto alla luce dei problemi che esso solleva dal punto di vista dei diritti fondamentali e delle ricadute in ambito civilistico.

Negli Anni '90 il dibattito fu molto ampio e ruotava attorno a molteplici questioni, tra cui: se le sanzioni dovessero essere di carattere strettamente penale, se poteva essere sufficiente l'ordinamento amministrativo, o se era preferibile creare un sistema *ad hoc*. Il parlamento invitò alla collaborazione anche i Laender.

La giurisprudenza tedesca d'altra parte ha più volte evidenziato la necessità di sottoporre gli enti ad una responsabilità di carattere puramente penalistico (in sostituzione o a fianco di quella di carattere amministrativo). Molteplici sono le ragioni che sottostanno a tale orientamento.

Anzitutto costituisce una forte spinta in tal senso lo sviluppo internazionale del diritto penale. Negli ultimi anni molti stati di *civil law* hanno introdotto nei loro sistemi la responsabilità penale degli enti, superando il tradizionale principio *societas delinquere non potest*. A seguito della globalizzazione economica cui si assiste anche in Germania, sarebbe quindi doveroso adattare il sistema interno allo standard internazionale. Oltre a ciò, come abbiamo visto nelle prime pagine di questa ricerca, la stessa Comunità Europea ha chiesto l'adozione di un sistema che garantisca la punibilità degli enti attraverso sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive (sebbene non si parli esplicitamente di pene in senso stretto del termine, parrebbe che ad esse si intenda fare riferimento).

In secondo luogo il forte incremento della criminalità d'impresa negli ultimi decenni ha sicuramente fatto crescere la necessità di trovare delle risposte forti a tale tipo di criminalità.

Infine è stato osservato come la presente situazione legislativa favorisca le società e le associazioni, a danno degli imprenditori individuali. Infatti nel caso in cui a commettere un illecito siano questi ultimi, è la generale situazione economica dell'impresa individuale a formare la base per la determinazione della multa; mentre nel caso in cui a commettere l'illecito sia un soggetto appartenente ad una società o ad una associazione, sarà solo la sua situazione economica della persona fisica a venire in considerazione. Una grande impresa organizzata gode quindi evidentemente di un notevole vantaggio competitivo.

sarebbero un ostacolo insormontabile all'introduzione di una responsabilità penale vera e propria¹⁵¹.

Relativamente alla colpevolezza, si è detto che essa potrebbe essere “sostituita”, nel caso dell'ente, da una c.d. colpa di organizzazione (*Betriebsführungsschuld*), cioè dall'aver trascurato quelle regole di organizzazione finalizzate alla diminuzione del rischio di commissione del reato, similamente a quanto accade nel sistema italiano¹⁵².

Altri autori, seguendo invece l'esempio francese, propongono di trasferire sulla società la colpa dell'individuo che ha agito; ma tale impostazione –si è detto- pare non trovare aggancio nella realtà, dove è possibile individuare una precisa etica dell'azienda, a prescindere dall'elemento soggettivo del singolo.

E' anche dibattuto con quale sanzione debba essere sanzionato l'ente; se non ci sono dubbi relativamente alla multa, si discute se possa essere opportuno introdurre anche sanzioni come l'estinzione dell'ente e la temporanea limitazione dell'attività. L'ordinamento tedesco conosce diverse sanzioni per punire gli organi o i membri dell'ente; bisogna solo distinguere tra sanzioni in senso stretto (quelle previste dal diritto penale) e sanzioni in senso lato, tra le quali rientrano le sanzioni di carattere amministrativo¹⁵³.

Tra i sostenitori della responsabilità degli enti non c'è unanimità sulle modalità in cui questa forma di responsabilità potrebbe essere attribuita¹⁵⁴; d'altra

¹⁵¹ Secondo Hirsch poiché l'ente è destinatario di obbligazioni, esso deve conseguentemente esser tenuto a rispondere penalmente nel momento in cui, non rispettando le leggi, commette un'infrazione. H. J. HIRSCH, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, in *ZStW*, 107, II, 1995, p. 291

¹⁵² G. HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Baden-Baden, 1995, p. 248; K. TIEDMAN, *La responsabilità delle persone giuridiche nel diritto comparato*, in *Div. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 625

¹⁵³ Il codice penale non contiene nessun tipo di pena (restrittiva della libertà o pecuniaria) nei confronti dell'ente: quanto alla pena restrittiva della libertà è evidente che lo scopo di questa non potrebbe mai essere realizzato nei confronti di un ente; ma si ritiene di dover escludere anche l'applicabilità delle sanzioni penali pecuniarie, infatti, come detto poc'anzi, per il diritto penale tedesco è solo il comportamento/l'azione della persona fisica che può essere punito. W. KREKELER, E. WERNER, *Brauchen wir eine Unternehmensstrafrecht?*, in *Jahrbuch accounting, taxation and law (ATL): aktuelle Fragestellungen aus Bilanz-, Steuer- und Wirtschaftsrecht fuer mittelstaendische Unternehmen*, Muenster, 2012, p. 153 ss.

¹⁵⁴ A livello di proposta, sono emersi quattro modelli di ampliamento della responsabilità penale agli enti in discussione:

1. “regulation model” (modello del regolamento) – prevede un complesso di pene per le associazioni, con elementi preventivi e repressivi, come reazione ai problemi in un'ottica di prevenzione della criminalità di impresa;
2. “modello di semplice ascrizione”, secondo cui le azioni e le omissioni delle persone fisiche che commettono l'illecito sarebbero ascritte direttamente all'ente. Tale modello è criticato per il fatto che

parte il legislatore non sembra ancora deciso a fare particolari sforzi per modificare la situazione attuale.

Ad oggi il dibattito è ancora aperto e la responsabilità delle persone in Germania, come anticipato, rimane di carattere amministrativo. Da ultimo si ricorda che la commissione per la riforma del diritto penale sanzionatorio (2000), dopo aver discusso della possibilità di punire penalmente un ente, ha per l'ennesima volta escluso tale evenienza. Solo gli atti di persone fisiche sono punibili in tal senso, non le organizzazioni giuridiche attraverso le quali queste persone agiscono e alle quali appartengono¹⁵⁵.

Il diritto tedesco prevede quindi oggi tre diversi livelli di responsabilità: 1. la responsabilità penale del soggetto persona fisica che ha agito direttamente; 2. la responsabilità penale della persona fisica che non ha agito direttamente ma che ha una responsabilità di carattere manageriale (in base al rapporto tra superiore e sottoposto); 3. la responsabilità amministrativa della persona giuridica di appartenenza. Mentre il diritto penale persegue gli atti che godono di un particolare demerito etico e sociale, il diritto relativo agli illeciti amministrativi persegue quegli atti che vanno contro le regole che lo Stato pone per mantenere un certo ordine, ma che sono considerati un'offesa minore. Mentre il diritto penale, accanto alla multa, prevede la restrizione della libertà personale; gli illeciti amministrativi sono puniti con la sola ammenda.

tale azione non è propria della società e l'ascrizione ad altri di una colpa personale per un fatto non può essere giustificata dalla mancanza della condizione di legge penale della colpa.

3. "modello della colpa per analogia", per cui la colpa propria dell'ente risiederebbe nelle carenze organizzative, e ciò rappresenterebbe la base per la punizione;

4. "modello teoretico-sistematico" per cui si stabilisce un'equivalenza tra la colpa dell'ente e quella dell'individuo (la quale sorgerebbe proprio in relazione ad una cultura criminogena dell'ente). Cfr. D. DOELLING, C. LAUE, *Corporate Criminal Liability in Germany: a never Ending Story?*, in S. ADAM, *La responsabilité pénale des personnes morales en Europe*, Bruxelles, 2008, p. 25 ss.

¹⁵⁵ D. DOELLING, C. LAUE, *Corporate Criminal Liability in Germany: a never Ending Story?*, in S. ADAM, *La responsabilité pénale des personnes morales en Europe*, Bruxelles, 2008, p. 25 ss.

3.2.1. la disciplina contenuta nell'Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG)

La possibilità di punire gli enti, attraverso il sistema di diritto amministrativo, risiede oggi nei §§ 30 e 130 OWiG, che introducono in capo all'ente sanzioni di carattere amministrativo e non penale¹⁵⁶.

Il § 30 OWiG ha introdotto per la prima volta nell'ordinamento tedesco una sanzione punitiva indirizzata alle persone giuridiche e ad altri soggetti elencati. La disposizione, inserita nella parte generale della legge sull'ordinamento amministrativo, funge da “trasformatore” ed ha il compito decisivo di tradurre il rimprovero contro gli organi dell'ente in una responsabilità in capo a quest'ultimo¹⁵⁷. Essa assume valore se letta in combinazione con altre norme di parte speciale, tra cui assume rilevanza il § 130 OWiG, che introduce un nuovo illecito amministrativo da cui può scaturire la responsabilità dell'ente.

3.2.3. (segue) § 30 OWiG – la sanzionabilità dell'ente

Secondo la prima norma¹⁵⁸, è possibile comminare una *Geldbusse* (sanzione pecuniaria amministrativa, corrispondente alla *Geldstrafe* di stampo penalistico) direttamente alle persone giuridiche, società commerciali di persone e associazioni non riconosciute, qualora un soggetto apicale commetta un reato o un illecito amministrativo, in violazione di obblighi riguardanti l'ente ovvero per il cui tramite l'ente si arricchisca o avrebbe potuto arricchirsi.

¹⁵⁶ Tale forma di responsabilità è stata introdotta nel 1968 e riformata nel 1986.

¹⁵⁷ Karlsruhe Kommentar, *OWiG, III Aufl.*, Muenchen, 2006, § 30 OWiG

¹⁵⁸ § 30 OWiG “(1) Hat jemand: 1. als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person oder als Mitglied eines solchen Organs; 2. als Vorstand eines nicht rechtsfähigen Vereins oder als Mitglied eines solchen Vorstandes; 3. als vertretungsberechtigtes Gesellschafter einer rechtsfähigen Personengesellschaft; 4. als generalbevollmächtigter oder in leitender Stellung als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter einer juristischen Person oder einer in Nummer 2 oder 3 genannten Personenvereinigung verantwortlich handelt, wozu auch die Überwachung der Geschäftsführung oder die sonstige Ausübung von Kontrollbefugnissen in leitender Stellung gehört, eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begangen, durch die Pflichten, welche die juristische Person oder die Personenvereinigung treffen, verletzt worden sind oder die juristische Person oder die Personenvereinigung bereichert worden ist oder werden sollte, so kann gegen diese eine Geldbusse festgesetzt werden. [...]”

Il comma 2 dello stesso articolo quantifica la sanzione pecuniaria, mentre il comma 3 statuisce l'indipendenza del procedimento per la comminazione della sanzione in oggetto da quelli per la punizione della persona fisica che ha commesso l'illecito amministrativo o il reato, tanto da prevedere, al comma 4, la possibilità di sanzionare l'ente anche se il procedimento nei confronti della persona fisica non viene intrapreso, è archiviato o si conclude con l'esenzione dalla pena.

Per applicare una sanzione amministrativa ad un ente, devono esistere quindi due presupposti.

1. l'autore dell'illecito presupposto dev'essere un apicale dell'organizzazione, quale:

- a. organo con poteri di rappresentanza di una persona giuridica o membro di esso;
 - b. presidente di un'associazione senza personalità giuridica o membro dell'organo di presidenza;
 - c. socio con poteri di rappresentanza di una società commerciale di persone;
 - d. procuratore generale, procuratore o rappresentante di una persona giuridica, di un'associazione priva di personalità giuridica o di una società commerciale di persone;
 - e. altra persona che opera in una posizione di responsabilità nella persona giuridica, un'associazione priva di personalità giuridica o di una società commerciale di persone, esercitando poteri di sorveglianza e controllo sulla gestione degli affari¹⁵⁹.
- Con l'introduzione del n. 5 (a seguito di spinte comunitarie¹⁶⁰) il Legislatore ha introdotto una clausola generale volta a individuare, secondo un criterio materiale, le "condotte responsabili" nella conduzione dell'impresa, ampliando così notevolmente la cerchia dei soggetti che possono far sorgere la responsabilità in capo all'ente¹⁶¹.

Si noti che per effetto del § 9 OWiG, la cerchia dei soggetti può essere ampliata anche a coloro che operano quali incaricati o delegati, anche privi di un formale potere di rappresentanza (§ 9.2).

¹⁵⁹ Da questo elenco emerge quindi il gruppo di associazioni soggette a tale disciplina: tutte le persone giuridiche alle quali il sistema legale riconosce personalità giuridica (AG, KGaA), le fondazioni, le cooperative, le associazioni registrate e le fondazioni, così come le società per azioni. In accordo con l'opinione prevalente anche gli enti di diritto pubblici, come le autorità locali, possono essere soggette a tali sanzioni, ex § 30 OWiG.

¹⁶⁰ EU-Rechtsinstrumente-AG von 2002 (o. Rn. 2)

¹⁶¹ H. ACHENBACH, A. RANSIEK, *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, Heidelberg, 2004, p. 8

2. La commissione di un illecito penale o amministrativo

a. reso possibile dalla violazione di un obbligo cui era tenuta la società o l'associazione di persone (tra cui l'illecito di cui al §130 OWiG, violazione di doveri di controllo, *die Verletzung der Aufsichtspflicht*);

oppure

b. attraverso cui la società o l'associazione si è arricchita o avrebbe potuto arricchirsi.

L'illecito connesso (penale o amministrativo) deve esser stato commesso da un soggetto in posizione di direzione o con doveri di controllo in maniera colposa o rimproverabile.

Quanto alla violazione di obbligazioni, di cui alla lettera a., una mera violazione dell'obbligo di vigilanza è sufficiente come atto di connessione, qualora esso abbia consentito la commissione dell'illecito.

Nei casi di cui alla lettera b. (arricchimento o tentativo di esso), invece, non necessariamente devono essere violati obblighi aziendali. In questo caso, comunque, deve esistere una connessione interna tra l'atto e il campo di attività dell'ente; infatti l'agente deve aver operato in qualità di manager o supervisore.

3.2.3. (segue) § 130 OWiG – La violazione di doveri di controllo

La norma correlata di cui al § 130 OWiG introduce la responsabilità dei soggetti apicali di un'azienda quando, dolosamente o colposamente, trascurando i doveri di controllo (che competono ad un'azienda), "consentano" la commissione di un reato o di un illecito amministrativo che poteva essere evitato se i doveri di controllo fossero stati correttamente adempiuti¹⁶².

¹⁶² § 130 OWiG "(1) Wer als Inhaber eines Betriebes oder Unternehmens vorsätzlich oder fahrlässig die Aufsichtsmassnahmen unterlässt, die erforderlich sind, um in dem Betrieb oder Unternehmen Zuwiderhandlungen gegen Pflichten zu verhindern, die den Inhaber treffen und deren Verletzung mit Strafe oder Geldbusse bedroht ist, handelt ordnungswidrig, wenn eine solche Zuwiderhandlung begangen wird, die durch gehörige Aufsicht verhindert oder wesentlich erschwert worden wäre. Zu den erforderlichen Aufsichtsmassnahmen gehören auch die Bestellung, sorgfältige Auswahl und Überwachung von Aufsichtspersonen. [...]"

La responsabilità del soggetto apicale per mancato controllo è quindi ravvisabile quando il soggetto, dolosamente o colposamente, “*trascura le misure di controllo che sono necessarie al fine di evitare nell’azienda o impresa trasgressioni di obblighi*” e “*quando è commessa una qualche violazione, che con la dovuta attenzione sarebbe stata impedita o fundamentalmente resa più difficile*”.

Tale illecito amministrativo (che possiamo indicare come violazione dei doveri di sorveglianza), per il verificarsi del quale è comunque necessaria la realizzazione di un reato o di un illecito amministrativo, funge, a sua volta, da illecito presupposto per la sanzionabilità dell’azienda *ex* § 30.

Se il § 30 presuppone la responsabilità di un soggetto c.d. apicale, il § 130 consente di colpire la società anche quando il reato o l’illecito amministrativo sia stato commesso da un c.d. sottoposto, se ciò è stato reso possibile dalla violazione, da parte dell’apicale degli obblighi di controllo gravanti sulla società¹⁶³.

Relativamente ai doveri di controllo su cui si fonda la responsabilità dell’*Inhaber ex* § 130, vi è stato in dottrina chi ha visto in essi il fondamento del dovere di organizzazione e controllo da cui scaturisce, in caso di violazione, la colpa di organizzazione; in essi si ravviserebbe il nucleo fondante i *compliance programs*¹⁶⁴.

Se la responsabilità della società sorge nel momento in cui un soggetto ad essa appartenente (con funzioni di rappresentanza o che, comunque, può impegnare la responsabilità dell’ente) commette un illecito presupposto, ci si è chiesto comunque se l’ente sia chiamato a rispondere di un illecito proprio¹⁶⁵. In caso di

¹⁶³ Dopo un breve *excursus* storico della norma, vengono analizzati i presupposti e le conseguenze del § 30 OWiG, norma dalla duplice finalità, repressiva e preventiva. S. KINDLER, *Das Unternehmen als haftender Taeter*, Nomos, 2008

¹⁶⁴ D. BOCK, *Strafrechtliche gebotene Unternehmensaufsicht (Criminal Compliance) als Problem der Rechtssicherheit*, in *Wistra*, 2011, Heft 6, p. 201 ss.; D. BOCK, *Strafrechtliche Aspekte der Compliance-Diskussion- §130 OWiG als zentrale Norm der Criminal Compliance*, in *ZIS*, 2009, n. 2, p. 68 ss.; relativamente alla stessa questione, Gandini esclude che il §130 ponga a carico degli enti “*un vero e proprio dovere di auto-organizzazione, consistente nell’obbligo di dotarsi di modelli di organizzazione e gestione*”, la norma introdurrebbe un “*meno penetrante dovere di supervisione e controllo*”, tuttavia l’autore rileva una sostanziale analogia tra tali misure e i *compliance programs*, infatti “*l’adozione di idonee misure preventive determinerà [...] l’esclusione della responsabilità dell’ente*”. Nella prassi applicativa, si ritiene che vengano in considerazione “*le disposizioni in merito all’organizzazione interna dell’ente, alla selezione dei dipendenti, alla loro formazione, nonché al monitoraggio ed alla sanzione delle loro condotte*” F. GANDINI, *Brevi cenni sulla responsabilità delle persone giuridiche in Germania*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2008, n. 4, p. 27

¹⁶⁵ Si veda K. ROGALL, in *Karlsruhe Kommentar, OWiG*, 3 Aufl., 2006, § 30, 3-6

risposta affermativa si sarebbe in presenza di una responsabilità simile a quella italiana, in caso contrario ci si avvicinerebbe maggiormente alla soluzione di responsabilità *par ricochet* francese. Nonostante generalmente si tenda ad escludere la capacità d'agire in capo alla società, non sono mancate voci in dottrina che hanno ravvisato nella società il primo portatore di diritti e doveri; sarebbe conseguentemente essa a rispondere dell'illecito penale o amministrativo commesso dai propri organi¹⁶⁶.

Se secondo il modello "classico" la responsabilità dell'ente può nascere solo in conseguenza di un'azione/omissione di un organo o un rappresentante giuridicamente qualificato in nome dell'impresa (modello francese fondato sulla teoria organicistica dell'ente), in Germania si deve riconoscere la possibilità di estendere la responsabilità anche ai casi in cui a commettere l'illecito presupposto sia un soggetto subordinato, se l'organo avrebbe potuto impedirlo od ostacolarne la commissione (secondo al c.d. teoria dell'accrescimento del rischio)¹⁶⁷.

Secondo l'opinione di autorevole dottrina la responsabilità "quasi penale" adottata in Germania individua un ente quale "realtà giuridica", e la stessa giurisprudenza tedesca avrebbe ammesso che *"l'azione o l'omissione, nel mondo degli affari, è sovente quella dell'impresa, perché è quest'ultima che vende il prodotto pericoloso o che omette di adottare delle misure di sicurezza - e questa azione od omissione sarà imputata alla persona fisica responsabile, contrariamente all'opinione tradizionale di imputare alla persona giuridica gli atti degli autori materiali"*¹⁶⁸.

¹⁶⁶ H. ACHENBACH, A. RANSIEK, *Handbuch Wirtschaftsrecht (HWSt)*, Heidelberg, 2004

¹⁶⁷ K. TIEDEMANN, *Rapport introductif*, in M. DELMAS-MARTY, *La responsabilité pénale dans l'entreprise, vers un espace judiciaire européen unifié?*, Paris, 1997, p. 270

¹⁶⁸ Così Tiedemann, facendo riferimento ad un pronuncia della Corte federale di Giustizia, in K. TIEDEMANN, *Rapport introductif*, in M. DELMAS-MARTY, *La responsabilité pénale dans l'entreprise, vers un espace judiciaire européen unifié?*, Paris, 1997

CAPITOLO TERZO

LA RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI NEI GRUPPI DI SOCIETÀ

1. La soluzione italiana

Come visto precedentemente il legislatore italiano non ha voluto(/potuto¹⁶⁹) disciplinare espressamente il fenomeno oggetto di questo capitolo; nel testo del D.Lgs. 231/2001 manca un qualsiasi riferimento al gruppo di società e la normativa è rivolta alla società singolarmente considerata.

L'aver del tutto ignorato la realtà del gruppo, fenomeno d'altra parte rilevante anche nel nostro paese, ha fatto sorgere in poco tempo un vasto dibattito in dottrina¹⁷⁰. Se da una parte era sentita l'esigenza di dare rilevanza ad una realtà economica complessa e largamente diffusa nel tessuto economico italiano ed individuare quindi le responsabilità di più società appartenenti ad un medesimo gruppo, dall'altra era evidente la necessità di individuare degli argini ad un indiscriminato ampliarsi della responsabilità all'interno del gruppo, reso possibile da meccanismi semplicistici.

¹⁶⁹ Non si dimentichi infatti che il D.Lgs. 2001 è antecedente alla riforma del diritto societario che ha introdotto le norme sulla "direzione ed il coordinamento", fornendo una disciplina embrionale al fenomeno di gruppo, pur senza formularne una espressa definizione. Una maggior presa di posizione da parte del legislatore del 2001 su un fenomeno riconosciuto allora solo "di fatto", tra l'altro solo come fenomeno economico, difficilmente sarebbe stato accettato.

² Tra gli altri, F. SGUBBI, *Gruppo societario e responsabilità delle persone giuridiche ai sensi del D.Lgs. 231/2001*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, n.1, 2006, pp. 7 ss.; G. LATTANZI (A CURA DI), *Reati e responsabilità degli enti*, Milano, 2010; E. SCAROINA, *Il problema dei gruppi di imprese*, Milano, 2006; E. AMODIO, *Rischio penale d'impresa e responsabilità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, n. 4, 2007, pp. 1287 ss.; C. SANTORIELLO, *Gruppi di società e sistema sanzionatorio del D.Lgs. 231/2001*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, n. 4, 2007, pp. 41 ss.; M. BOIDI, A. ROSSI, P. VERNERO, *La disciplina dei gruppi d'impresa e il rapporto con il D.Lgs. 231/2001, anche alla luce della recente sentenza della Corte di Cassazione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, n. 2, 2012, pp. 183 ss.; E. SCAROINA, *La responsabilità del gruppo di imprese ai sensi del D.Lgs. 231 del 2001: problemi risolti e questioni aperte*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2013 n. 1; F. C. BEVILACQUA, *Responsabilità da reato ex D.Lgs. 231/2001 e gruppi di società*, Milano, 2010

1.1. Il gruppo quale soggetto destinatario del D.Lgs. 231/2001 ?

Poiché il gruppo non compare esplicitamente tra i soggetti destinatari (art. 1)¹⁷¹, ci si potrebbe chiedere se esso possa esser ricompreso all'interno delle nozioni di *“enti forniti di personalità giuridica, società ed associazioni anche sprovviste di personalità giuridica”*. Si anticipa sin d'ora che la risposta è negativa, e le ragioni sono d'altra parte evidenti.

Il gruppo non è altro che una manifestazione della libertà d'impresa, un'entità economica che utilizza più enti giuridici per raggiungere i propri obiettivi imprenditoriali. Quanto agli enti forniti di personalità giuridica la risposta negativa è dunque immediata. E' un dato assodato che le società appartenenti ad un gruppo mantengano distinte personalità giuridiche. Diverso sarebbe stato qualora il Legislatore si fosse limitato a citare gli enti, senza richiedere il requisito della personalità giuridica; in tal caso vi sarebbero state più possibilità di argomentare in favore dell'inclusione del gruppo in tale più vasta categoria¹⁷².

Non pare vi sia ampio spazio interpretativo nemmeno relativamente alle società sprovviste di personalità giuridica e alle associazioni. In questo caso infatti il Legislatore richiama soggetti specifici del nostro ordinamento, disciplinati dettagliatamente dal codice civile; è quindi impossibile interpretare il termine società ed associazione in modo a-tecnico ed estremamente generico. Tra le società prive di personalità giuridica si individuano: le società semplici, le società in nome collettivo, le società in accomandita semplice, le società di fatto e quelle irregolari; il gruppo certo non può essere ricompreso in nessuna di queste tipologie. Le associazioni non riconosciute, d'altro canto, sono caratterizzate dal perseguimento di uno scopo non lucrativo.

L'art. 1 non lascia dunque spazio ad altre interpretazioni, il punto sta nel comprendere se ed in che modo la realtà fattuale del gruppo incida sui criteri di attribuzione della responsabilità amministrativa da reato dell'ente.

¹⁷¹ Ciò non stupisce, vista una lunga tradizione che concepisce il gruppo come una realtà economico-fattuale, non come un fenomeno giuridico (in più la Riforma del Diritto Societario, benché fosse già nell'aria, è posteriore di ben 2 anni).

¹⁷² Differentemente il Progetto Grosso, all'art. 121 co.2, individuava tra i soggetti responsabili, gli enti *“che svolgono attività economica”*. In questo caso, si è anche affermato che, interpretando la parola *“ente”* in senso lato, *“come semplice richiamo ad “entità” differenti dagli uomini, “raggruppamenti” di tipo diverso ed eterogeneo, forse non sarebbe stato impossibile iscrivere in essa il gruppo, “entità” priva di personalità giuridica”* (F. C. BEVILACQUA, *op. cit.*, p. 40)

1.2. *Le prime pronunce giurisprudenziali*

La giurisprudenza si è dovuta confrontare con tale fenomeno poco dopo l'emanazione del D.Lgs. 231 e saggiare sin da subito le difficoltà che si incontrano nell'affrontare tale tema. I problemi interpretativi legati al concetto di interesse di gruppo e al suo rapporto con il criterio di interesse richiesto dall'art. 5, così come quelli legati al concetto di apicale e sottoposto in presenza di forti legami tra più società, sono dunque emersi sin da subito e con questi si sono confrontati i Tribunali di primo grado nelle prime pronunce.

Si può registrare un'iniziale tendenza a dare rilevanza al gruppo per ampliare la sfera di responsabilità delle società ad esso appartenenti, prevalentemente adottando un'interpretazione di interesse piuttosto ampia e generica¹⁷³, tale da ricomprendervi anche l'interesse di gruppo.

Così il Tribunale di Milano, in un procedimento che ha interessato alcuni istituti di vigilanza ambrosiani, ha escluso che un apicale di una società controllante agisca nell'interesse esclusivo di terzi qualora l'interesse sia immediatamente ravvisabile in capo ad una società controllata, ciò perché la *holding* svolgerebbe in modo mediato la medesima impresa che le *subsidiary* svolgono in modo immediato e diretto¹⁷⁴. L'interesse delle due società si verrebbe quindi a confondere e non sarebbe possibile invocare il co. 2 dell'art. 5.

¹⁷³ Atteggiamento criticato da F. Sgubbi che ha rilevato come il criterio dell'interesse di gruppo sia stato usato come comodo strumento per ampliare la sfera di responsabilità, dimenticando ad un tratto l'autonomia giuridica delle singole società, che per anni in ambito civile era stata di ostacolo alla possibilità di invocarlo come fattore di esclusione della responsabilità nelle fattispecie penali. Cfr. F. SGUBBI, *op. cit.*

¹⁷⁴ Trib. Milano, Ord. d.d. 20 settembre 2004, caso Ivri-Cogefi. La vicenda è la seguente: i vari autori dei reati, (tra i quali anche il presidente del Consiglio di amministrazione e socio di Ivri Holding, nonché contemporaneamente amministratore unico e socio di Cogefi), avevano commesso reati di corruzione e truffa ai danni del Comune di Milano. Nello specifico avevano pagato dei pubblici ufficiali affinché le associazioni temporanee di imprese costituite dalle loro società si aggiudicassero diversi appalti (per servizi di vigilanza), dispiegando poi un numero di forze inferiore a quelle fatte figurare inizialmente, secondo quanto stipulato con il Comune. Nella citata ordinanza il giudice distingue tra *holding* pura ed *holding* operativa, ritenendo che nel caso di specie ci si trovava di fronte al secondo fenomeno. Non ha tuttavia chiarito, come ci si sarebbe aspettato, se da tale distinzione derivino conseguenze differenti in tema di responsabilità. Il giudice conclude asserendo che l'interesse di una controllata e della sua holding si confondono, escludendo in tal modo il ricorrere del co. 2 dell'art. 5. Giova infine ricordare che, contrariamente a quanto chiesto dall'accusa, l'ordinanza ha disposto la nomina di un commissario giudiziale, per non rischiare la paralisi delle controllate. Questo è interessante perché ipotizzare una completa paralisi delle controllanti, qualora venga comminata una

Nel successivo giudizio di riesame, il Giudice si è spinto ad affermare che l'attivazione dell'apicale della *holding* troverebbe giustificazione nella finalizzazione dell'atto all'interesse dell'intero gruppo di società; non solo quindi di quelle che direttamente hanno ottenuto il vantaggio, ma anche della *holding* nella prospettiva della partecipazione agli utili. L'interesse di gruppo, ravvisato anche solo nel mero interesse alla divisione degli utili, sarebbe quindi un interesse comune a tutti i soggetti che fanno parte del gruppo¹⁷⁵, e l'argine ad un espandersi indiscriminato della responsabilità sarebbe ravvisabile nel legame tra l'autore del reato e l'ente¹⁷⁶. Tale requisito, così individuato, sarebbe ricompreso nei possibili significati dell'interesse *ex art. 5*, ed anche in tal caso sarebbe impossibile applicare il co. 2 dello stesso articolo¹⁷⁷.

Sempre sulla stessa linea interpretativa si è espresso lo stesso Tribunale in una pronuncia successiva, avente ad oggetto condotte manipolative del mercato realizzate da due grossi gruppi finanziari; anche in tale occasione l'interesse di gruppo è stato interpretato quale *species* del *genus* interesse di cui all'art. 5. Nella pronuncia si ritiene inattuale l'eventuale interpretazione restrittiva del concetto di interesse dell'ente, che non rispecchierebbe la realtà qualora non tenesse conto del complesso sistema economico attuale, con "*conseguenti evidenti lacune di tutela*"¹⁷⁸ *tutte le volte in cui l'interesse perseguito sia ricollegabile non all'ente di cui fa parte l'autore del reato, ma ad una società controllata o controllante, oppure al gruppo nel suo insieme*"¹⁷⁹. D'altra parte, prosegue il giudice, il concetto di interesse di

sanzione interdittiva alla *holding*, significa che vi è piena consapevolezza di come il gruppo possa agire come unico soggetto economico.

¹⁷⁵ Assunto, questo, pericoloso perché consentirebbe di ritenere automaticamente dimostrato il criterio di imputazione oggettivo dell'interesse o vantaggio in capo a tutte le società appartenenti al gruppo.

¹⁷⁶ Trib. Milano, Ord. d.d. 20 dicembre 2004, caso Ivri-Cogefi

¹⁷⁷ Sempre nell'Ordinanza si legge "*la nozione di interesse del gruppo è una nozione non di mero fatto ma accolta dal codice civile in alcune norme tra le quali quelle di cui all'art. 2497 ter e 2497 c.c., a conferma del rilievo giuridico di tale tipo di interesse e della necessità e possibilità di prenderlo in considerazione allorché le norme facciano riferimento alla nozione di interesse come nel caso dell'art. 5 D.Lgs. 231/2001*".

¹⁷⁸ rileva C. Belvilacqua: così come in America, ove spesso le ragioni di giustizia richiamate dalla giurisprudenza sono invocate al fine di giustificare l'interpretazione più estensiva, anche in Italia "*sono subentrate le preoccupazioni repressive, l'allarme per i vuoti di tutela che si scoprono nell'ordinamento. Di fronte alle lacune, si prende la strada dell'interpretazione "estensiva", che si giustifica nella sua versione più estrema a fini superiori di giustizia.*" Atteggiamento che l'autrice non condivide, quando si travalicano i confini segnati dalle norme. Cfr. F. C. BEVILACQUA, *Op. cit.*, pp. 81 ss.

¹⁷⁹ Trib. Milano, Sent. d.d. 26 febbraio 2007, Caso Unipol-Fondazione MPS. Questo, sinteticamente, il caso secondo la ricostruzione elaborata dal Tribunale: Unipol, avendo bisogno di liquidità in vista di

gruppo è stato riconosciuto indirettamente sia dalle norme di cui agli artt. 2497 e 2497 *ter* c.c., introdotti con la riforma del diritto societario del 2003, sia dal reato di cui all'art. 2734 c.c., in materia di infedeltà patrimoniale.

Relativamente al criterio del legame funzionale autore del reato-ente, il GUP, nello stesso procedimento, ha poi avanzato l'ipotesi di considerare i vertici della società controllante quali soggetti posti al vertice di un'unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale, quando non addirittura soggetti che esercitano di fatto la gestione ed il controllo dell'ente, tuttavia non ha poi approfondito il tema.

Da tali prime pronunce emerge un utilizzo piuttosto disinvolto della nozione di interesse di gruppo, concetto di per sé non generalizzabile e di difficile identificazione.

La dottrina ha guardato con diffidenza tale atteggiarsi della giurisprudenza, manifestando perplessità sia per questa ricostruzione superficiale del concetto di interesse di gruppo, sia nel lasciare al solo legame tra l'autore del reato e l'ente, di cui manca comunque un'attenta analisi, una funzione di selezione degli enti responsabili¹⁸⁰ „

Da segnalare infine una pronuncia di segno contrario, emessa in fase cautelare dal Tribunale di Milano, che vedeva coinvolta una società di un importante gruppo italiano in un complesso caso di corruzioni internazionali¹⁸¹. Nel caso di specie il Gip

un aumento di capitale per supportare propri piani di investimento, decideva di vendere un pacchetto di azioni privilegiate a Fondazione MPS. Il direttore generale dell'area finanziaria, immobiliare, partecipazioni e controllo di Unipol, assieme al direttore finanziario della stessa, al direttore finanziario di Fondazione MPS, con l'aiuto di un *trader*, avrebbero architettato un'operazione di rialzo del prezzo di mercato delle azioni privilegiate Unipol, in modo tale che Unipol potesse godere di una vendita particolarmente vantaggiosa e Fondazione MPS acquisisse un pacchetto azionario di alto livello, da mantenere nelle proprie partecipazioni. Si tratterebbe di una manipolazione di mercato di tipo *trade based*. Il caso è estremamente complesso ed è pure dubbio che nel caso di specie si potesse parlare di gruppo; in effetti vi era un complesso di società legate da partecipazioni reciproche ma appartenenti a due gruppi che, nel momento in cui il reato fu commesso, apparivano distinti. In questa situazione c'è chi ha affermato che “*un macrogruppo Unipol-MPS, a giudicare dalla ricostruzione operata dalla sentenza, sembrava soltanto in nuce*” (F. C. BEVILACQUA, *op. cit.*, p. 98).

¹⁸⁰ F. C. BEVILACQUA, *op. cit.*; F. SGUBBI, *op. cit.*; E. SCAROINA, *La responsabilità del gruppo di imprese ai sensi del D.Lgs. 231 del 2001: problemi risolti e questioni aperte*, in *Riv. Dir. Comm.*, n.1, 2013, pp. 1 ss.

¹⁸¹ Ord. Trib. Milano, 17.11.2009 (in www.rivista231.it) Caso ENI. La vicenda può essere brevemente riassunta come segue: alcuni sottoposti della società Snam Progetti S.p.A., appartenente al gruppo ENI, avrebbero posto in essere atti corruttivi di pubblici ufficiali nigeriani al fine di ottenere la stipulazione di una serie di contratti per la realizzazione di impianti per la liquefazione del gas naturale in Nigeria (nel contesto di una *joint venture*). Il Tribunale afferma la sussistenza dell'interesse della capogruppo, nonostante non vi fosse alcun rapporto di dipendenza diretta tra essa e i dipendenti della società soggetta a direzione e coordinamento. Da rilevare come l'ordinanza,

ha escluso che la *holding* possa rispondere per i reati posti in essere da soggetti subordinati della società controllata. Egli rileva che *“se presupposto per la riferibilità all’ente della condotta illecita è quello della realizzazione della condotta medesima da parte di persona in grado di impegnare la rappresentanza sulla scorta di un atteggiamento colpevole determinato dalla mancata adozione dei modelli organizzativi, non si vede sulla scorta di quale parametro, peraltro in assenza di espresso dettato normativo al riguardo, si possa pervenire ad attribuire anche ad una società capogruppo fatti addebitabili tecnicamente alla controllata, in assenza di qualunque rapporto di rappresentanza, di immedesimazione organica o comunque di idonea espressione della volontà dell’ente con la persona fisica che ha concretamente realizzato il reato e nella impossibilità per la controllante di ingerirsi nella vita della autonoma controllata in relazione alla adozione di idonei modelli organizzativi[...].”* La responsabilità della controllante per reati commessi in un contesto di gruppo, prosegue il giudice, *“può affermarsi solo a seguito di una stringente evidenziazione [...] della sussistenza di tutti i presupposti di cui al D.Lvo n. 231/2001 anche a carico della società capogruppo o comunque della controllante”*. Nell’individuazione dell’autore del reato si dovranno evitare *“richiami a generiche massime di esperienza, quale, ad esempio, quella secondo cui la direzione unitaria del gruppo facilita inevitabilmente l’intrusione dei gestori della holding nelle altrui attività illecite”*, così come non si potrà ricorrere a superficiali automatismi nella valutazione del criterio di interesse o vantaggio, ravvisabile solo quando *“sia possibile - sulla base di un attento esame della vicenda concreta – sostenere che l’interesse perseguito dalla controllata o il vantaggio da questa ottenuto si riverbera in maniera significativa sul patrimonio e sulle disponibilità della holding”*.

In tale variegato panorama di interpretazioni, la prima pronuncia della Corte di Cassazione intervenuta sul tema, a lungo attesa, è stata accolta con grande favore.

confermata dal Tribunale del riesame in data 19.01.2010, sia stata poi annullata da parte della Corte di Cassazione con sentenza dell’1 dicembre 2010 n. 4270.

1.3. (segue) La Corte di Cassazione nel caso Tosinvest

La Corte di Cassazione ha avuto modo di esprimersi sul tema per la prima volta nel 2010¹⁸², prendendo le distanze dalle prime interpretazioni estensive emerse nelle giurisdizioni inferiori.

In un più ampio processo, avente ad oggetto operazioni corruttive poste in essere nell'esercizio di attività di impresa nel settore sanitario, il GUP aveva disposto il rinvio a giudizio per talune società appartenenti ad un gruppo, cui faceva capo un soggetto rinviato a giudizio per corruzione, mentre aveva deliberato il proscioglimento di altre società riconducibili allo stesso gruppo, tuttavia non operanti nel settore sanitario e non dirette destinatarie del vantaggio derivante dalle condotte corruttive. Il PM aveva così presentato ricorso in Cassazione, deducendo che il vantaggio sarebbe emerso proprio dalla fase dibattimentale e che il GUP aveva dimenticato che l'imputato per corruzione era amministratore di fatto di tutte le società.

1.3.1. Individuazione di ogni elemento costitutivo dell'illecito in capo ad ogni società appartenente al gruppo

La Suprema Corte ha respinto il ricorso, ritenendo necessario, per potersi affermare la responsabilità di un ente, la presenza congiunta delle seguenti condizioni: la commissione del reato presupposto, il legame organizzativo-funzionale tra l'autore del reato e l'ente, l'interesse o vantaggio in capo all'ente. Tali criteri di ascrizione della responsabilità devono essere provati congiuntamente in capo a ciascun ente.

Se in linea di principio tale affermazione può anche essere condivisibile, è insoddisfacente l'analisi che di tali tre elementi viene fatta.

¹⁸² Cass. Pen., sez. V, Sent. d.d. 17 novembre 2010 n. 24583, Caso Tosinvest. La vicenda è così, brevemente, riassumibile: L'Angelucci, a capo del gruppo Tosinvest, avrebbe commesso atti corruttivi a vantaggio di talune società appartenenti al gruppo ed operanti nel settore sanitario (Tosinvest Finanziaria, Consorzio San Raffaele, Tosinvest Sanità, Fondazione San Raffaele), per le quali il Gup disponeva il rinvio a giudizio, non ritenendo invece necessario l'approfondimento dibattimentale per altre società facenti parte del gruppo, non operanti nel medesimo settore (Tosinvest servizi S.r.l., Tosinvest Immobiliare S.r.l., Santa Lucia S.r.l. e TGS 2004 S.r.l.).

Relativamente alla posizione qualificata dell'autore del reato all'interno del singolo ente considerato, la Corte riconosce che la *holding* o altre società del gruppo possano essere ritenute responsabili qualora *“il soggetto che agisce per conto delle stesse concorra con il soggetto che commette il reato”*, non essendo sufficiente *“un generico riferimento al gruppo per affermare la responsabilità della società ai sensi della legge 231/2001”*.

La Corte riconosce pure che l'Accusa aveva avanzato la tesi per cui le società prosciolte sarebbero state guidate da un unico amministratore di fatto, imputato dei reati di corruzione, tuttavia non ne verifica la veridicità ed esclude l'importanza di tale elemento rilevando che, comunque sia, non si era dimostrato che il soggetto apicale dell'ente (fosse egli amministratore di fatto o di diritto) avesse agito anche nell'interesse dell'ente. Tale ragionamento pare assolutamente ellittico e non soddisfa l'interprete che attendeva un approfondimento sul criterio della posizione qualificata dell'autore all'interno dell'ente. La Corte ha tra l'altro perso l'opportunità di far luce su una questione particolarmente importante e dibattuta: l'utilizzo della nozione di amministratore di fatto (cui pare accordare rilevanza, pur senza precisare limiti e confini di applicazione) nel caso di responsabilità dell'ente appartenente ad un gruppo di società.

Infine, l'interesse o vantaggio dell'ente *“debbono essere verificati in concreto, nel senso che la società deve ricavare una potenziale o effettiva utilità, ancorché non necessariamente di carattere patrimoniale, derivante dalla commissione del reato presupposto”*.

Anche relativamente all'ultimo criterio individuato, dopo una condivisibile premessa, il ragionamento della Corte non pare soddisfacente. Esso è escluso perché *“nessuna delle società coinvolte operava nel settore della sanità, nessuna di loro aveva avuto rapporti economici con il consorzio che aveva ricevuto l'appalto e che i servizi resi dalle predette società non erano inerenti all'attività di gestione”* delle società del medesimo gruppo tratte a giudizio. La Corte esclude la sussistenza di tale requisito anche alla luce della considerazione per cui lo stesso pubblico ministero deve aver nutrito dei *“dubbi in ordine alla responsabilità delle quattro società in discussione, dal momento che non aveva richiesto l'applicazione della misura cautelare nei loro confronti”*.

Pur riconoscendo i limiti della pronuncia (che non coglie l'occasione di chiarire il ruolo dell'amministratore di fatto, né approfondisce il significato dell'interesse di una società che si trova ad operare in un contesto di gruppo) è condivisibile il principio di diritto che la Suprema Corte ha posto: la necessità di verificare la sussistenza dei criteri di ascrizione della responsabilità in capo a ciascun ente appartenente al gruppo; in tal modo ha preso le distanze dalle iniziali posizioni assunte dalle giurisdizioni minori, ove la mera appartenenza al gruppo era da sola presupposto per ritenere provata la sussistenza del criterio dell'interesse.

La Suprema Corte ha poi avuto modo di tornare su tale tema, con una recentissima pronuncia, in cui ha richiamato la precedente sentenza a conferma della possibilità di estendere la responsabilità alla *holding* per un reato commesso nell'ambito dell'attività della controllata, "*laddove il soggetto agente abbia perseguito anche un interesse riconducibile alla prima*"¹⁸³.

Il criterio dell'interesse o vantaggio, nel caso specifico, è stato ritenuto sussistente e individuabile con riferimento alla posizione della società all'interno del gruppo e all'incremento del valore del titolo¹⁸⁴. Anche in quest'occasione, tuttavia, non sono stati chiariti i criteri per l'individuazione dell'interesse.

1.3.2. Limiti della posizione della Corte di Cassazione e spunti di riflessione

A questo punto, dando per acquisita l'impossibilità di ritenere il gruppo soggetto direttamente destinatario della normativa, così come la necessità di ricercare in capo ad ogni società ad esso appartenente i criteri per l'attribuzione della responsabilità (come chiarito dalla Suprema Corte), alcune domande sorgono spontanee.

Preso atto dell'impossibilità di ritenere l'interesse della singola società automaticamente coincidente con un non meglio specificato interesse di gruppo¹⁸⁵, come individuare l'interesse/vantaggio della società che pur tuttavia opera in un

¹⁸³ Cass. Pen., Sez. V, 23 febbraio 2012, n. 4324

¹⁸⁴ Cass. Pen., Sez. V, Sent. d.d. 23 febbraio 2012 (dep. 29 gennaio 2013) n. 4324, Caso Unipol

¹⁸⁵ In tal senso è chiara la Corte di Cassazione e si condivide tale impostazione per evitare soluzioni interpretative poco garantistiche, che non si ritengono legittime a prescindere dalla natura che si vuole riconoscere in tale responsabilità.

contesto di gruppo? I criteri da adottare nell'individuazione di tale elemento non possono essere gli stessi che vengono presi in considerazione allorché si valuti l'interesse/vantaggio di una società che operi isolatamente, perché il gruppo pone le società che vi fanno parte in quella che potremmo definire una dimensione "spazio/temporale peculiare", realtà che non è possibile ignorare se si vuole adottare un'interpretazione attuale del fenomeno che ci troviamo ad analizzare¹⁸⁶.

Una volta individuato l'interesse/vantaggio della singola società del gruppo connesso al reato presupposto, che significato assumono le nozioni di apicale e sottoposto delle società operanti nella stessa realtà di gruppo? La giurisprudenza ha ritenuto possibile dare rilevanza alla figura dell'amministratore di fatto, valorizzando quindi il dato letterale di cui all'art.5, ma in che misura e con quali modalità esso può trovare applicazione nei casi oggetto della nostra ricerca?

Infine non bisogna dimenticare che la Legge 231, accanto ai criteri oggettivi sopra individuati, richiede anche la presenza di un criterio soggettivo per poter attribuire la responsabilità all'ente. Dopo aver verificato la sussistenza del reato presupposto, della sua commissione nell'interesse o a vantaggio dell'ente e del legame organico/funzionale tra autore del reato ed ente, è necessario infatti sondare la "colpevolezza dell'ente" attraverso la verifica della sussistenza di Modelli di Organizzazione e Gestione idonei ed efficacemente attuati, così come la presenza ed operatività dell'Organismo di Vigilanza. La Corte non ha ancora avuto modo di pronunciarsi su tali elementi (nel contesto del gruppo di società), il cui esame rimane tuttavia imprescindibile per l'applicazione della responsabilità.

I singoli criteri di ascrizione della responsabilità sopra enunciati (eccezion fatta per il reato presupposto), saranno oggetto di approfondimento nelle seguenti pagine, nelle quali si tenterà di ipotizzare alcune soluzioni alle domande sopra formulate.

¹⁸⁶ Si richiami alla mente quanto affermato nella Relazione alla legge delega n. 366/2001

1.4. Possibili soluzioni dottrinali

1.4.1.L'interesse o vantaggio di enti che operano in un contesto di gruppo

Riassumendo brevemente la posizione che ci si sente di condividere relativamente all'interpretazione da dare al criterio oggettivo di interesse o vantaggio¹⁸⁷ di cui all'art. 5: è commesso nell'interesse dell'ente quel reato in cui è possibile ravvisare, nel momento stesso in cui esso è posto in essere, un'oggettiva finalizzazione ad un (anche futuro) vantaggio in capo all'ente; è commesso a vantaggio dell'ente quel reato che conseguentemente procura ad esso, secondo una valutazione *ex post*, un oggettivo vantaggio (anche di carattere non patrimoniale). Il vantaggio può anche non realizzarsi *ex post*, pur sussistendo l'interesse *ex ante*, elemento comunque imprescindibile.

La Suprema Corte ha dunque richiesto l'accertamento dell'interesse o vantaggio a favore della singola società, ritenendo inidoneo l'automatico operare dell'assunto, secondo cui un'operazione compiuta nel contesto di gruppo sarebbe posta in essere nell'interesse di tutte le società. La Corte non ha tuttavia chiarito cosa sia l'interesse di gruppo, né in che rapporto egli stia con l'interesse delle singole società ad esso appartenenti e che rilevanza abbia per la disciplina di ascrizione di responsabilità in capo all'ente.

1.4.1.1. Il rapporto tra l'interesse di gruppo e l'interesse o vantaggio di cui al D.Lgs 231/2001

Dare una definizione a tale concetto altamente sfuggente, come abbiamo visto, è compito assai arduo; il legislatore stesso si astiene dal formularne una.

D'altra parte il Legislatore è consapevole dell'esistenza dell'interesse di gruppo e della sua rilevanza. Si richiama alla mente quanto affermato nella Relazione alla legge delega 366/2001 per la riforma del diritto delle società di capitali, in cui si prende atto che *“la collocazione all'interno di un gruppo muta le condizioni di*

¹⁸⁷ Dell'ampio dibattito sorto per l'interpretazione da dare a tale criterio ascrittivo della responsabilità si è già parlato in precedenza; si richiama qui quanto allora affermato.

*esercizio dell'impresa sociale nel senso che il quadro economico di riferimento, e talora la stessa possibilità di esistenza di un'impresa, varia notevolmente a seconda che essa sia organicamente inserita o meno in un gruppo", di conseguenza "il corretto calcolo costi/benefici in una decisione assunta da una società controllata ben può e a rigore deve, essere diverso da quello ipotizzabile se la società operasse isolatamente, posto che il calcolo non può non tener conto dei costi e benefici generali dell'appartenenza al gruppo"*¹⁸⁸.

Una definizione univoca pare d'altra parte impossibile da raggiungere e forse non è nemmeno auspicabile. Al di là di questo, pare impossibile prescindere dall'analisi del singolo caso concreto, dallo studio delle dinamiche del singolo gruppo considerato, dalla sua struttura, dai suoi obiettivi di breve e lungo termine¹⁸⁹. Il mero interesse alla ripartizione degli utili può essere certamente presente tra le società dirette e coordinate, tuttavia l'interesse di gruppo è un concetto molto più ampio, che acquisisce concretezza e specificità differenti nelle diverse realtà e che comprende al suo interno, in tutto o in parte, l'interesse delle società che al gruppo appartengono.

Se è vero dunque che esso non coincide (quantomeno non necessariamente) con l'interesse della singola società, è altresì vero che non è possibile considerare l'interesse di gruppo quale *species* del *genus* interesse *ex art. 5*.

La normativa richiede l'accertamento dell'interesse della società; d'altra parte l'interesse della società in esame, sia essa *holding* o *subsidiary*, deve essere letto alla luce dell'interesse di gruppo. L'accertamento della finalizzazione di un'azione allo specifico interesse della singola società appartenente al gruppo, va quindi verificato alla luce di una consapevolezza: il gruppo può agire in un'ottica di lungo periodo.

1.4.1.2. (segue) La teoria dei vantaggi compensativi

La teoria dei vantaggi compensativi, elaborata dalla dottrina e, successivamente, utilizzata dal legislatore (agli artt. 2634 co. 3 e 2497 c.c.) per ridurre la sfera di

¹⁸⁸ Relazione alla Legge delega 3 ottobre 2001, n. 366

¹⁸⁹ Si condivide in questo la posizione assunta da Pedrazzi, al Capitolo primo, par. 3; C. PEDRAZZI, *Diritto penale III, scritti di diritto penale dell'economia*, Milano, 2003

responsabilità in ambito penale e civile in contesto di gruppo, può tornare utile per chiarire tale ultimo concetto¹⁹⁰.

Essa sostanzialmente impone all'interprete di valutare un *delta-T* differente per individuare le possibili conseguenze positive di una determinata azione in capo ad una società del gruppo (a prima vista lesa dalla stessa operazione).

E' d'obbligo precisare come, sia nell'art. 2634 co. 3 c.c. che nell'art. 2497 co. 3 c.c., il legislatore abbia attribuito rilevanza al gruppo per limitare la diffusione di responsabilità tra le società appartenenti ad esso; molti hanno quindi escluso la possibilità di importare direttamente tale teoria al fine di ampliare la sfera di responsabilità. Tuttavia essa fornisce importanti spunti di riflessione.

La teoria in questione è stata tradotta dal legislatore in due norme con caratteristiche molto differenti: in ambito penalistico l'art. 2634 co. 3 c.c. esclude la responsabilità degli amministratori per infedeltà patrimoniale, qualora il danno in capo alla società collegata o del gruppo venga compensato da "vantaggi conseguiti o fondatamente prevedibili"¹⁹¹; in sede civile, l'art. 2497 co. 3 c.c. esclude la responsabilità da direzione e coordinamento qualora il danno risulti "mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette". Se nella fattispecie penale il vantaggio in compensazione può anche essere solo fondatamente prevedibile, più rigorosa è la disposizione civilistica, in cui il danno deve essere mancante o deve risultare integralmente eliminato. Ciò non dovrebbe stupire, perché la clausola di cui all'art. 2634 co.3 è stata introdotta per restringere la responsabilità penale (che dovrebbe intervenire in *extrema ratio*), non per ampliarla.

La minor tassatività nella formulazione della clausola penalistica dei vantaggi compensativi potrebbe indurci quindi ad escludere il suo utilizzo per la ricostruzione di interesse della società ai fini della verifica del criterio di cui all'art. 5, ciò perché la responsabilità degli enti, di carattere punitivo, dovrebbe sottostare ai principi garantistici di tassatività e determinatezza.

¹⁹⁰ Tra gli altri, P. MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, I, p. 710; P. MONTALENTI, *Operazioni infragruppo e vantaggi compensativi: l'evoluzione giurisprudenziale*, in *Giur. it.*, 1999 ;AA. VV., *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 613;

¹⁹¹ Art. 2634 c.c. "(co. 3) In ogni caso non è ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo, se compensato a vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo"

D'altra parte i vantaggi conseguiti o fondatamente prevedibili sembrerebbero potersi considerare il rovescio della medaglia di quell'interesse (quale oggettiva finalizzazione dell'azione ad un rendiconto in capo all'ente) o vantaggio (quale realizzazione dell'interesse di cui prima) di cui all'art. 5. Il vantaggio compensativo realizzato verrebbe ad identificarsi con il vantaggio dell'ente, mentre il vantaggio fondatamente prevedibile con il suo interesse. Ne consegue la scelta di approfondire la disciplina di cui all'art. 2634 co. 3, quantomeno al fine di trarne degli spunti di riflessione utili alla ricostruzione dell'interesse/vantaggio della società appartenente ad un gruppo¹⁹².

Vi è stato un ampio dibattito sulla natura dei vantaggi compensativi nella fattispecie penale; ci si è chiesto se essi fossero una causa speciale di non punibilità, una vera e propria scriminante, oppure un elemento di esclusione del dolo specifico¹⁹³. Appare interessante la tesi che individua in tale clausola un limite esegetico del fatto tipico¹⁹⁴: nel caso in cui il vantaggio sia conseguito verrebbe a mancare l'offesa al bene giuridico protetto; nel caso in cui il vantaggio sia solo fondatamente prevedibile, ciò che verrebbe a mancare sarebbe l'intenzionalità del danno. In entrambe i casi la responsabilità sarebbe esclusa.

Ciò che conta maggiormente, ai nostri fini, è capire come individuare tali vantaggi.

Il vantaggio – si è detto in dottrina - deve essere “specifico e concreto”¹⁹⁵ ed il collegamento tra le società e l'appartenenza ad un gruppo costituisce solo la premessa per il suo accertamento.

¹⁹² Un'importazione diretta di tale teoria è da escludersi perché costituirebbe un'applicazione analogica in *malam partem*.

¹⁹³ Parte della dottrina individua nel vantaggio compensativo una vera e propria scriminante (F. MUCCIARELLI, *Il ruolo dei “vantaggi compensativi” nell'economia del delitto di infedeltà patrimoniale degli amministratori*, in *Giur. comm.*, 2002, I), diversamente, secondo la dottrina maggioritaria, la formula i vantaggi compensativi determinerebbero l'esclusione del dolo specifico (tra gli altri F. GIUNTA, *La riforma dei reati societari ai blocchi di partenza. Prima lettura del d. legis. 11 aprile 2002*, in *St. jur.*, 2002, p. 833; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, III ed., Milano, 2007, p. 225; C. SANORIELLO, *Il nuovo diritto penale delle società*, Torino, 2003, p. 265)

¹⁹⁴ Secondo Alessandri la clausola dei vantaggi compensativi costituirebbe “un limite esegetico, ma non nel senso di elidere la sussistenza del dolo specifico, bensì in quello di escludere l'offesa al bene giuridico protetto (nel primo caso) o l'intenzionalità del danno (nella seconda ipotesi)”, (A. ALESSANDRI, *Reati in materia economica*, Torino, 2012, p. 152); similamente C. BENUSSI, *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale nei gruppi di società: limite scriminante o “esegetico”?*, in E. DOLCINI, C. E. PALIERO, *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, Vol. III, Milano, 2006, p. 2207

¹⁹⁵ A. ALESSANDRI, *Reati in materia economica*, Torino, 2012, p. 154

Come ha affermato anche la giurisprudenza, *“l’interesse che può escludere l’effettività della distrazione non può ridursi al fatto stesso della partecipazione al gruppo, né identificarsi nel vantaggio della società controllante, perché il collegamento tra le società e l’appartenenza ad un gruppo imprenditoriale unitario è solo la premessa dalla quale muovere per individuare uno specifico e concreto vantaggio per la società che compie l’atto [...]”*¹⁹⁶.

Quanto ai vantaggi compensativi essi devono essere *“prevedibilmente fondati, cioè basati su elementi sicuri e non aleatori o costituenti una semplice aspettativa”*¹⁹⁷.

La teoria dei vantaggi compensativi non può nemmeno essere letta come “teoria dell’indennizzo”, come una quantificazione in termini numerici, del pregiudizio e del suo “risarcimento in denaro”; al contrario essa mira a fornire dei criteri di valutazione della non-extrasocialità di una decisione, nel quadro della politica di gruppo. La razionalità e coerenza di una determinata scelta, anche se apparentemente pregiudizievole per la società che la pone in essere, va valutata *“rispetto ad una politica economica generale di gruppo di medio e lungo termine, da cui ragionevolmente può derivare un vantaggio alla singola società anche su piani economici diversi, anche in tempi diversi rispetto al momento dell’operazione ed anche secondo un parametro non rigidamente proporzionale, né necessariamente quantitativo. [...] Il giudizio della non extrasocialità dell’interesse di gruppo si estrinseca dunque in un giudizio di tipo economico-funzionale.”*¹⁹⁸

Se poi ci si interroga su quale base debba avere il giudizio di accertamento del vantaggio compensativo fondatamente prevedibile, si ritiene che esso debba essere un giudizio di prognosi postuma su base oggettiva¹⁹⁹. Il Giudice sarà quindi chiamato a verificare se, nel momento in cui è stata posta in essere l’azione, alla luce delle circostanze allora presenti e della politica di gruppo, era oggettivamente prevedibile la realizzazione di futuri vantaggi.

Volendo ritornare in tema di responsabilità dell’ente, si potrebbe affermare che è proprio da un giudizio di “razionalità e coerenza” di una scelta (ancorché

¹⁹⁶ Cass.Pen., Sez. V, Sent. 17 dicembre 2008 n. 1137

¹⁹⁷ Cass.Pen., Sez. V, Sent. 18 novembre 2004 n. 10688

¹⁹⁸ P. MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi in Giur. Comm.*, 1995, n. 1, p. 731

¹⁹⁹ M. MASUCCI, *Vantaggi del gruppo e dell’impresa collegata nel governo penale degli abusi di gestione* in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2004, II, pp. 885 ss

criminosa), valutata alla luce della politica del gruppo nel caso specifico, che occorre partire per individuare la sussistenza dell'interesse/vantaggio di cui all'art.5.

1.4.1.3. Elaborazione, in fase di interpretazione, di un nuovo concetto di interesse

In conclusione, anche nella teoria dei vantaggi compensativi emerge con evidenza la necessità che i benefici che può trarre, da una determinata azione, una società appartenente ad un gruppo, siano individuati concretamente o comunque siano prevedibilmente fondati; a maggior ragione tale esigenza dovrà sentirsi in ambito di responsabilità amministrativa da reato degli enti, ove il criterio dell'interesse è elemento costitutivo della fattispecie.

L'interesse di cui all'art. 5 dev'essere caratterizzato da *oggettività, concretezza ed attualità*²⁰⁰, secondo altri, in caso di gruppi di società, esso dev'essere altresì *“immediato e diretto, e non frutto di affrettate generalizzazioni”*.²⁰¹

Dovendo quindi individuare un interesse che presenti tali caratteristiche, senza dimenticare il contesto in cui l'ente si trova ad operare, si potrà/dovrà anzitutto ricostruire la realtà del gruppo in cui la società è inserita, al fine di individuarne gli obiettivi di medio e lungo termine e le modalità operative adottate per il raggiungimento degli stessi; questo dovrebbe consentire di definire, anzitutto, lo spazio temporale all'interno del quale il vantaggio conseguente al reato potrebbe verificarsi. Il fatto che il vantaggio poi non si verifichi non è ostativo al riconoscimento dell'interesse, inteso come potenzialità di vantaggio insito nel reato in sé, secondo una valutazione *ex ante* da effettuare nel momento di commissione del reato.

Individuato il lasso temporale entro cui condurre tale prognosi, occorre individuare l'oggetto della valutazione: l'interesse/potenziale vantaggio. In altre

²⁰⁰ T. E. EPIDENDIO, *La costituzione del “caso giurisprudenziale” in giurisprudenza: presupposti di estensione della responsabilità ex D.Lgs. 231/2001 nei gruppi di società*, in *Cass.Pen.* n. 12/2011 p. 4243.

²⁰¹ C. SANTORIELLO, *Gruppi di società e sistema sanzionatorio del D.Lgs. 231/2001*, nella rivista *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2007, n. 4, p. 44

parole, quale può essere l'interesse/vantaggio rilevante ai fini della responsabilità *ex* D.Lgs. 231/2001?

L'art. 5 richiede che il reato sia commesso nell'interesse dell'ente, quasi ad indicarne un collegamento diretto; la teoria dei vantaggi compensativi (in modo più o meno rigoroso in ambito civile e penale) richiede invece l'individuazione di benefici anche indiretti, connessi al vantaggio complessivo del gruppo, purché idonei a compensare l'eventuale sacrificio. Se ritenessimo valido il solo interesse direttamente legato alla commissione del reato, non daremmo la giusta importanza alla realtà di gruppo nella quale è inserito l'ente. D'altra parte il generico riferimento ad un non meglio identificato interesse di gruppo, per la sola appartenenza ad esso, è assolutamente insufficiente. La soluzione migliore pare essere quella che impone la ricerca di un potenziale vantaggio (anche non economico) che, anche se non discende direttamente dalla commissione del reato presupposto, è ad esso collegato e si pone senza soluzione di continuità in una stessa catena causale.

Tale indagine non è certo agevole ed è indispensabile una profonda analisi della realtà del gruppo nel singolo caso in esame e una ricerca approfondita dei potenziali vantaggi che potrebbero discendere da un determinato illecito nel caso specifico.

Tornando alle caratteristiche dell'interesse, non si dimentichi che esso deve essere oggettivo; è dunque nel reato stesso, per tipologia e modalità con cui è stato posto in essere, che si deve individuare un potenziale vantaggio, fondamento dell'interesse (si è parlato prima di oggettiva finalizzazione del reato al risultato positivo). Sorge spontanea la domanda: come può individuarsi nel reato presupposto un interesse di carattere indiretto? La risposta va cercata proprio nella realtà del gruppo in esame, nel senso che il reato sarà strumento attraverso cui la società realizzerà un interesse di carattere mediato, individuabile proprio a causa dell'appartenenza della stessa al gruppo e dovrà trattarsi di un risultato specifico fondatamente prevedibile.

Potrebbe obiettarsi che una valutazione di tal genere lascia al giudice un'eccessiva discrezionalità, ma è proprio l'aderenza al fatto storico calato nella concreta dimensione spazio-temporale del gruppo che consente di individuare un criterio attributivo della responsabilità evitando pericolose generalizzazioni e, al

tempo stesso, dà la giusta importanza ad una realtà che ormai costituisce la quotidianità dell'agire d'impresa.

D'altra parte non meraviglia il ricorso ad una simile soluzione: il gruppo è una realtà multiforme in costante mutamento, tanto da sfuggire a definizioni precise che risulterebbero superate nel momento stesso in cui vengono formulate; lo stesso vale per l'interesse di gruppo, che necessariamente muta da gruppo a gruppo e necessita di un'analisi dettagliata della singola realtà in esame; non può quindi essere diversamente per l'analisi dell'interesse di una determinata società che opera all'interno del conteso di gruppo.

La sfida moderna che pone il tema in oggetto è proprio quella di riuscire a pensare ad una responsabilità di "terzo tipo", che sappia tuttavia fare proprie le garanzie penalistiche (che si rendono necessarie alla luce dell'afflittività delle sanzioni) ed al tempo stesso possa essere elastica al punto da riuscire a scandagliare le sempre nuove manifestazioni della realtà economico-giuridica del gruppo.

1.4.2. Soggetto apicale o sottoposto

L'individuazione dei soggetti responsabili e, soprattutto, la loro "qualificazione" ai fini della 231 è attività oltremodo complessa perché ci si scontra nuovamente con l'insolubile contrasto tra l'autonomia giuridica delle singole società e l'effettiva dipendenza che in taluni casi si riscontra in caso di direzione e coordinamento.

Tornando alla pronuncia della Suprema Corte, di cui abbiamo parlato poc'anzi, in essa si ammette che la *holding* o altre società del gruppo possano rispondere ai sensi del D.Lgs. 231, ma "*è necessario che il soggetto che agisce per conto delle stesse concorra con il soggetto che commette il reato*", non essendo sufficiente un generico riferimento al gruppo. La Corte riconosce anche che il criterio della posizione qualificata dell'autore del reato all'interno dell'ente possa esser soddisfatto qualora sia dimostrato che l'autore è amministratore di fatto della società. Il legame autore-ente dev'essere quindi provato sia per la controllante che per la controllata, sia esso un legame fattuale o formale.

1.4.2.1. Il concorso di persone

Nella pronuncia si richiama anzitutto l'istituto del concorso di persone, così riprendendo una teoria già avanzata in dottrina²⁰². *“Qualora il reato sia il frutto dell'accordo criminoso di più soggetti, appartenenti a diverse società del gruppo, e qualora siano soddisfatti tutti i criteri di imputazione per ciascuna di esse, le diverse società cui i concorrenti nel reato appartengono saranno responsabili per l'illecito amministrativo dipendente dal medesimo reato”*²⁰³.

Tale soluzione appare assolutamente lineare, ogni società risponderà per un reato proprio, commesso da un proprio apicale o sottoposto in concorso con un soggetto di altra società²⁰⁴. Quindi, verificata la presenza di tutti gli altri presupposti, la responsabilità delle differenti società sarà graduata in modo diverso a seconda che l'autore appartenente all'ente sia un apicale (*ex art. 6*) o un sottoposto (*ex art. 7*); il medesimo fatto di reato darà così luogo a responsabilità amministrative da reato *“diversamente modulate”*²⁰⁵.

Occorre però fare una precisazione e prestare attenzione per scongiurare un artificioso utilizzo della *“valvola del concorso di persone”*²⁰⁶, secondo cui gli

²⁰² A. ALESSANDRI, *Manuale di diritto penale dell'impresa, parte generale*, Bologna, 2000; F. C. F. C. BEVILACQUA, *Responsabilità da reato ex D.Lgs. 231/2001 e gruppi di società*, Minano, 2010; E. SCAROINA, *La responsabilità del gruppo di imprese ai sensi del D.Lgs. 231 del 2001: problemi risolti e questioni aperte*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2013 n. 1; L. CONTI, *Responsabilità penali degli amministratori e politiche di gruppo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, p. 454

²⁰³ F. C. BEVILACQUA, *Responsabilità da reato ex D.Lgs. 231/2001 e gruppi di società*, Minano, 2010, p. 142

²⁰⁴ E. AMODIO, *Rischio penale di impresa e responsabilità degli enti nei gruppi multinazionali*, in *Riv. Dir. Proc. Pen.*, 2007, n. 4, p. 1291, l'autore precisa che *“il sistema del D.Lgs. 231/2001 intende colpire gli enti per l'inidoneità a prevenire i reati commessi al loro interno. Là dove si è manifestata una situazione di pericolo come quella integrata dal concorso vi è quanto basta per rendere giustificata la sanzione amministrativa. Del resto nella prassi giudiziaria l'ipotesi della condotta bilaterale collocata in diverse società è ricorrente e nessuno ha mai dubitato della duplice attribuibilità dell'illecito amministrativo”*. *Contra* V. MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio nella disciplina penale dei gruppi di società*, Napoli, 2006, p. 445, nega l'utilizzabilità del concorso di persone nei casi sopra configurati, poiché l'art. 5 richiederebbe, per l'attribuzione di responsabilità, la commissione di un reato, da parte dell'apicale o sottoposto, realizzato in tutti gli elementi costitutivi.

²⁰⁵ Espressione utilizzata da Bevilacqua, che vede nel concorso di persone lo strumento attualmente più idoneo, F. C. BEVILACQUA, *Responsabilità da reato ex D.Lgs. 231/2001 e gruppi di società*, Minano, 2010, p. 142. Dello stesso avviso Alessandri, che individua nelle norme in materia di concorso di persone un ottimo strumento dotato di ampiezza, flessibilità ed affidabilità repressiva, A. ALESSANDRI, *Manuale di diritto penale dell'impresa, parte generale*, Bologna, 2000.

²⁰⁶ L. PISTORELLI, *Brevi osservazioni sull'interesse di gruppo quale criterio oggettivo di imputazione della responsabilità da reato*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, n. 1, p. 16.

apicali della controllante, in caso di reato commesso da soggetti appartenenti alla controllata, potrebbero essere ritenuti automaticamente responsabili, per concorso omissivo, in quanto destinatari di una posizione di garanzia. Infatti, benché il dettato degli artt. 2497 ss. riconosca la possibilità per la controllante di svolgere funzioni di direzione e controllo sulle altre società appartenenti al gruppo, ciò non significa che l'amministratore della controllata possa automaticamente essere considerato "persona sottoposta alla direzione" della controllante²⁰⁷. Il sistema di prevenzione del rischio penale d'impresa non prevede un dovere della controllante di scongiurare la commissione di reati nell'intero gruppo, perché *"direzione unitaria non significa esistenza di poteri di vigilanza ai fini di prevenzione dei reati al di là dei confini dell'ente societario che detiene la partecipazione delle controllate"*²⁰⁸.

Occorre altresì valutare con attenzione la possibilità, sostenuta già in passato, di intravedere, in direttive aventi contenuto delittuoso emanate dalla controllante, una condotta istigatoria dell'amministratore di quest'ultima, quando in seno alla controllata venga commesso il reato.²⁰⁹ Laddove si voglia fondare la responsabilità concorsuale degli amministratori della controllante su un'istigazione di carattere morale, si dovrà dimostrare che la controllante ha suggerito veri e propri comportamenti penalmente illegittimi, e non sarà sufficiente una generica direttiva di risultato²¹⁰. In altre parole, occorrerà dimostrare che *"le direttrici generali del programma [contengono] già in nuce, sufficientemente predeterminati, almeno i tratti essenziali dei singoli comportamenti delittuosi"*²¹¹.

In definitiva, la disciplina del concorso può sicuramente essere uno strumento duttile e di facile utilizzo, tuttavia di limitata applicazione. A fondare la

²⁰⁷ A. ALESSANDRI, *Brevi osservazioni sull'interesse di gruppo quale criterio oggettivo di imputazione della responsabilità da reato*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, n. 1, p. 16.

²⁰⁸ E. AMODIO, *Rischio penale d'impresa e responsabilità degli enti nei gruppi multinazionali*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2007, n. 4, p. 1292. Come precisato dall'autore, solo il Progetto Grosso prevedeva una norma in base alla quale *"se il fatto è commesso nell'ambito di un'attività di sottoposta a direzione e controllo, la responsabilità si estende alla persona giuridica che esercita il controllo o la direzione"*.

²⁰⁹ Già in passato è stata avanzata l'ipotesi per cui nell'emanazione di direttive aventi contenuto delittuoso si può ravvisare il comportamento istigatorio dell'amministratore della *holding*. C. PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale di impresa*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 1988, p. 125;

²¹⁰ C. SANTORIELLO, *Gruppi di società e sistema sanzionatorio del d.lgs. 231/2001*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2007, n. 4, p. 49.

²¹¹ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VI ed., Bologna, 2006, p. 491.

responsabilità concorsuale dovrà essere infatti un contributo materiale al fatto illecito da parte dei soggetti di entrambe le società, e, solo nei termini e limiti appena visti, potrà assumere rilevanza il contributo morale.

1.4.2.2. L'amministratore di fatto

Vi sono molti casi in cui è un solo soggetto, appartenente alla sola controllante o alla sola controllata, a commettere il reato nell'interesse (anche) dell'altra società.

Potrebbe, in questi casi, essere più utile la ricerca di uno strumento in grado di valorizzare il dato fattuale della realtà di gruppo. D'altra parte lo stesso D.Lgs. 231 non fa alcun riferimento alla disciplina del concorso, mentre, tra i soggetti apicali, annovera una figura cara alla giurisprudenza sia penale che civile: l'amministratore di fatto.

Come già detto, anche la Corte di Cassazione dà rilevanza a quanto emerge dall'art. 5, ove si annoverano, tra i soggetti apicali, *“le persone che esercitano, anche di fatto, la gestione ed il controllo dello stesso [ente]”*.

Tale figura ha fatto il suo ingresso ufficiale con la Riforma del 2002, che l'ha introdotta nella norma sull'estensione delle qualifiche soggettive (art. 2639 c.c.).

La giurisprudenza penale aveva da decenni elaborato un modello di attribuzione della responsabilità in grado di valorizzare il dato sostanziale, parallelamente a quello formale²¹²; tuttavia non ne aveva mai precisato il fondamento, e i contorni della figura dell'amministratore di fatto sono sempre stati indeterminati. In sede penale non sono mai stati individuati dei veri e propri “indici” di riconoscimento dell'amministratore di fatto; al contrario in sede civile, pur adottando dei concetti abbastanza elastici, quale quello dell'*ingerenza*²¹³, si è tentato di individuare gli

²¹² Ciò non stupisce, il diritto penale ha un'intrinseca “tendenza realistica”, cerca di superare formalismi che risulterebbero pericolosi perché facili strumenti di elusione della legge, A. ALESSANDRI, *Manuale di diritto penale dell'impresa, parte generale*, Bologna, 2000

²¹³ Nella giurisprudenza civilistica si è assistito ad un mutamento di orientamento, che ha visto inizialmente l'elaborazione della tesi finzionistica della “*preposizione implicita*” (N. ABRIANI, *Riforma del diritto societario e responsabilità dell'amministratore di fatto: verso una soluzione unitaria dell'istituto?*, in *Le società*, 2000, n. 3, pp. 212 ss), per poi abbracciare la teoria dei rapporti contrattuali di fatto, che rilevano “*a prescindere dall'esistenza della corrispondente fattispecie*”

elementi che identificassero le situazioni di gestione di fatto da parte di soggetto sprovvisto di investitura formale della carica.

Oggi l'utilizzo della figura dell'amministratore di fatto è reso più agevole dalla formulazione dell'art. 2639, ove si afferma che è equiparato al soggetto formalmente investito, *“chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione”*.

Due sono i requisiti che la legge richiede: da un punto di vista quantitativo, l'esercizio continuativo del potere; da un punto di vista qualitativo, l'esercizio significativo del potere. Quanto al primo aspetto, sarà necessario il compimento di più atti spettanti al soggetto formalmente qualificato; non avranno quindi alcuna rilevanza ingerenze di carattere sporadico.

Quanto al secondo profilo, gli atti devono essere atti di gestione “tipici”, cioè rivelatori di una posizione di supremazia; per questa ragione saranno da escludere mere mansioni esecutive, settoriali o che comunque non impegnino la società.

A questo punto è chiaro come la posizione dell'amministratore di fatto vada individuata alla luce della disciplina societaria civile che regola l'attribuzione della qualifica di amministratore e di imprenditore di diritto; l'esercizio della funzione di gestione sarà quindi penalmente rilevante *“solo quando siano riscontrati elementi sintomatici dell'esercizio dei poteri attribuiti dalla legge a quella funzione”*²¹⁴.

Rimane ora da comprendere quali siano gli indici di significatività da verificare, sulla base della gestione della società. Essi possono essere individuati sotto il profilo: 1. amministrativo, per quanto riguarda l'organizzazione interna; 2. operativo, come la formulazione di programmi e strategie, l'emanazione di direttive e linee di indirizzo, il perseguimento dell'oggetto sociale (mediante operazioni anche rischiose); 3. contabile. Acquista rilievo anche la manifestazione della volontà sociale a dipendenti e terzi (ad esempio nei rapporti materiali e negoziali con finanziatori, fornitori e clienti)²¹⁵.

In tutti quei casi in cui, nell'attività di direzione unitaria del gruppo, gli organi preposti all'amministrazione della controllante facciano propri anche i poteri gestori

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

²¹⁴ L. D. CERQUA, *Diritto penale delle società*, Padova, 2009, p. 55

²¹⁵ Così O. DI GIOVINE, *L'estensione delle qualifiche soggettive (art. 2639)*, in AA.VV. (a cura di A. GIARDA, S. SEMINARA), *I nuovi reati societari, diritto e processo*, Padova, 2002, pp. 28 ss.

in seno alla controllata, “ *ben può ipotizzarsi una situazione di amministrazione di fatto della società controllata da parte degli amministratori della holding, i quali, pur rimanendo formalmente estranei all’organigramma della società strumentale, finiscono per assumere il ruolo di gestori di fatto della stessa*”. Così “*quando la giurisprudenza individua “nel rapporto naturalistico tra persona e cosa aziendale... tra persona e potere di gestione dell’azienda” il fondamento ultimo della responsabilità penale di chi amministra la società*” non si vede la ragione di limitare tali considerazioni alla società singolarmente intesa e non estenderle invece anche al gruppo²¹⁶.

Infatti “*anche in relazione alle attività del gruppo si verifica quella scissione tra titolarità formale della carica e concreto esercizio della stessa*” che è stata alla base della creazione giurisprudenziale, ancor prima che normativa, della figura dell’amministratore di fatto; “*coerenza vorrebbe che all’identità di rationes, corrispondesse una soluzione fondata su analogo percorso argomentativo*”²¹⁷.

Ciò che rileva per poter estendere l’area di responsabilità, è quindi l’esercizio di poteri tipici in modo significativo e continuativo da parte di soggetto formalmente esterno alla società, requisito che andrà verificato in concreto.

In definitiva, la direzione ed il coordinamento da parte di una società controllante su una società controllata, potrà fungere da indizio ma non sarà sufficiente per ritenere dimostrato che gli amministratori della prima siano allo stesso tempo amministratori di fatto della seconda. Né sarà sufficiente il dato quantitativo delle quote di partecipazione azionaria.

In altri termini, il gruppo potrà essere presupposto e indizio per l’individuazione di forme di gestione e controllo particolarmente penetranti sulla controllante da parte della controllata, ma sarà solo il punto di partenza da cui iniziare una verifica condotta concretamente sul singolo caso.

²¹⁶ in tal senso pare esprimersi anche E. AMODIO, *Rischio penale d’impresa e responsabilità degli enti nei gruppi multinazionali*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2007, n. 4, p. 1292, il quale richiede che la capogruppo eserciti di fatto poteri nel settore del rischio penale delle controllate. “*In questo caso si avrebbe l’assunzione di poteri di fatto da parte di soggetti estranei alla società i quali, proprio in ragione dell’interferenza nell’autonomia dell’altra società, farebbero scattare il criterio di imputazione dal quale deriva l’estensione di responsabilità amministrativa altrimenti vietata*”.

²¹⁷ G. MARRA, *Op. Cit.*, p. 270

Tale soluzione improntata al dato reale (in linea con quanto affermato al paragrafo precedente circa l'accertamento dell'interesse o vantaggio), per quanto possa lasciare un ampio margine d'apprezzamento al giudice, è di certo più garantista della teoria che riconosce automaticamente, nelle direttive aventi contenuto delittuoso, la condotta istigatoria dell'apicale della società controllante (teoria che rimane comunque valida, ma che potrà trovare applicazione solo a seguito di un'attenta indagine del caso concreto e non potrà essere frutto di semplici automatismi).

1.4.2.3.(segue) Possibili applicazione pratiche

Si provi ora a verificare quali risvolti possa avere l'utilizzo di tale figura nell'applicazione della disciplina 231 al fenomeno dei gruppi.

Chiarito che non si tratta di stabilire numericamente la percentuale di quote di controllo di una società, ma di analizzare concretamente i poteri che un determinato soggetto, non appartenente formalmente alla società, ha su di essa; di verificare come quest'ultima, ed i propri apicali, formalmente autonomi, siano sostanzialmente governati e controllati da tale soggetto, proviamo ad utilizzare tale figura nella ricostruzione dei seguenti casi²¹⁸.

Si immagini anzitutto l'ipotesi [Fig.1] in cui un apicale della società controllante, contemporaneamente amministratore di fatto della controllata, commetta un reato nell'interesse o vantaggio sia della società controllante che della società controllata.

²¹⁸ Nelle ipotesi che seguono si assume come già verificata la sussistenza dell'interesse/vantaggio (come individuati nel paragrafo precedente) e si prescinde dal valutare la presenza dell'elemento soggettivo, oggetto di un successivo approfondimento.

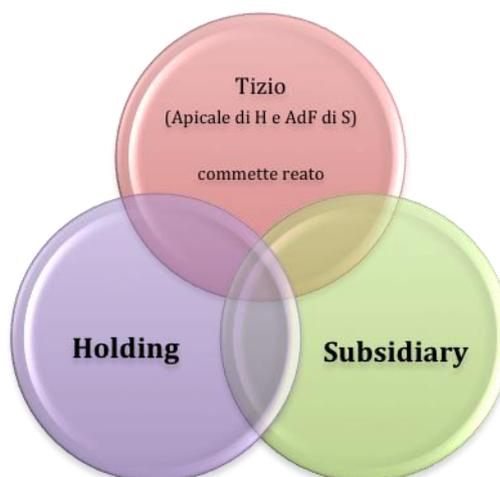


Fig. 1

Relativamente alla *holding* il requisito della posizione qualificata dell'autore al suo interno è indubbiamente presente. Essa potrà essere imputata per un reato commesso da un proprio apicale, *ex art. 6*, e, per andar esente da responsabilità, dovrà dimostrare che il proprio apicale ha eluso fraudolentemente i Modelli di organizzazione, gestione e controllo e che non vi è stato mancato controllo da parte dell'Organismo di Vigilanza.

Una volta accertato che l'apicale della controllante agisce anche quale amministratore di fatto nei confronti della controllata, ingerendosi cioè nell'attività di quest'ultima in modo significativo e continuativo, la stessa controllata potrà essere tratta a giudizio *ex art. 6*, per un reato commesso da un proprio apicale (ancorché di fatto).

In tale ipotesi la soluzione pare abbastanza lineare; i tre requisiti, la cui verifica è stata richiesta dalla Corte di Cassazione, sarebbero provati in capo ad entrambe le società (reato, interesse o vantaggio, posizione qualificata dell'autore del reato) e la responsabilità di tutte e due seguirà gli stessi criteri di ascrizione, dipendenti dalla commissione del reato da parte di soggetto apicale. Il maggior problema che si potrebbe porre, per quanto riguarda la società controllata, è relativo agli strumenti che essa ha per governare il rischio-reato commesso da un soggetto formalmente esterno ma che gestisce di fatto la società, ma tale argomento verrà approfondito nel prossimo capitolo, ove si indagherà la colpa di organizzazione della società appartenente al gruppo.

Prendiamo ora in considerazione il caso in cui un sottoposto della società controllante commetta un reato nell'interesse o vantaggio sia della società controllante che di quella controllata.

Anche in quest'ipotesi, verificati tutti gli altri requisiti, la *holding* risponderà per la commissione del reato da parte di un proprio sottoposto. Quanto alla responsabilità della controllata si dovranno formulare le seguenti ipotesi.

Se si accerta che amministratore di fatto della controllata è l'amministratore della controllante [Fig. 2], nulla potrà rimproverarsi alla controllata, perché ciò che si richiede è il legame diretto tra il soggetto autore del reato e l'ente, che in questo caso non sussiste.

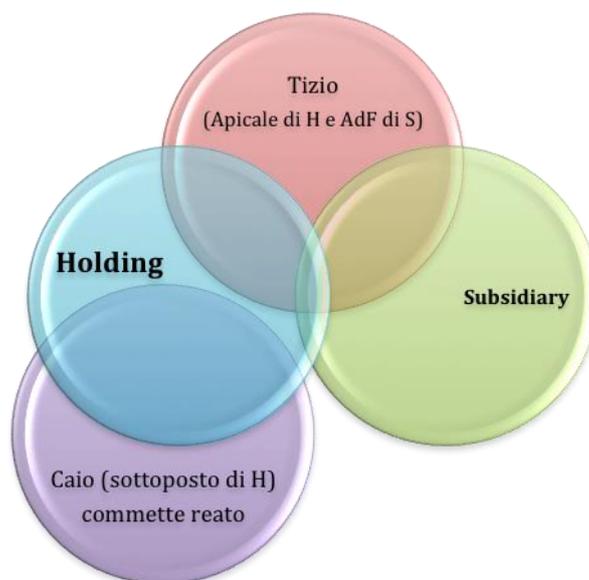


Fig. 2

Diverso il caso in cui si dimostri che lo stesso soggetto autore del reato, sottoposto della controllante, è contemporaneamente amministratore di fatto della società controllata [Fig. 3]; in quest'ipotesi quest'ultima potrebbe rispondere per un reato commesso da un proprio apicale.

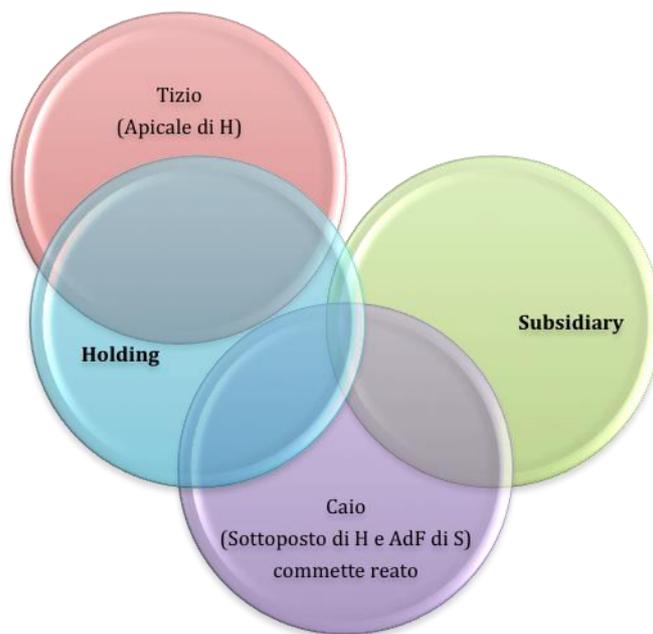


Fig. 3

In tal caso le responsabilità delle due società sarebbero quindi differentemente graduate, proprio per la differente qualifica soggettiva della stessa persona fisica all'interno della compagine sociale nei due enti.

L'esame sembra farsi più complesso quando l'autore del reato sia un apicale o un sottoposto della controllata, e si accerti la presenza di un soggetto che sia contemporaneamente amministratore di fatto della controllata ed apicale o sottoposto della controllante [Fig. 4].

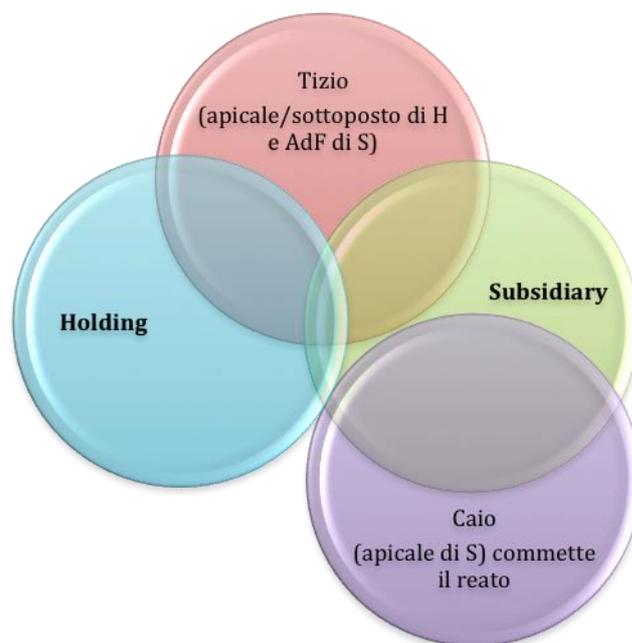


Fig. 4

Dal punto di vista della controllata, apparentemente tali ipotesi potrebbero far sorgere dubbi circa l'inquadramento dell'autore del reato in seno ad essa. Potrebbe infatti apparire una forzatura riconoscere i poteri propri dell'apicale ad un soggetto che in realtà è "governato", quindi sottoposto ad altro apicale di fatto (salvo l'ipotesi in cui l'amministratore di fatto si affianchi e non si sostituisca alla direzione da parte del soggetto formalmente investito delle funzioni di direzione). Se si accertasse la sussistenza di un rapporto di "sottoposizione di fatto" dell'apicale ad altro soggetto esterno, sembrerebbe contraddittorio attribuire la responsabilità alla controllata per un reato commesso da un proprio soggetto che, di fatto, apicale non è.

Tuttavia non pare corretto portare tale approccio "sostanzialista" a tali estreme conseguenze, tanto da "declassare" da apicale a sottoposto chi -anche se "solo"- formalmente ha poteri e responsabilità. E' invece preferibile sostenere che in entrambi i casi, sia qualora l'amministratore di fatto gestisca la controllata "parallelamente" all'amministratore di diritto di quest'ultima, che quando

l'amministratore di fatto si sostituisca all'amministratore di diritto, la controllata potrà essere chiamata a rispondere per un reato commesso da un proprio apicale.

Quanto alla controllante, in queste ipotesi ci si deve chiedere se quest'ultima possa essere chiamata a rispondere, per un reato (parafrasando l'art. 5) commesso da *persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui all'art. 5 lett. a)*, cioè di *colui che esercita, anche di fatto, la gestione ed il controllo dello stesso ente*.

In altre parole, l'apicale della controllata (autore del reato) potrebbe considerarsi, per il ruolo rivestito dall'amministratore di fatto di quest'ultima nella *holding*, sottoposto della stessa controllante?

Ciò che sembra mancare, per l'attribuzione di tale responsabilità, è un legame diretto tra l'autore del reato e la *holding*; se infatti il reo può considerarsi soggetto sottoposto all'amministratore di fatto della controllata, il quale, a sua volta, è un soggetto apicale o sottoposto della controllante, ciò non consente di sostenere automaticamente che l'autore del reato sia soggetto direttamente sottoposto alla controllante. Il rapporto di dipendenza può di fatto esserci, ma in forma "mediata", forma che non è presa in considerazione dall'art. 5, il quale richiede l'accertamento di un legame diretto tra l'autore del reato e la società.

Certo nella realtà dei gruppi è ben possibile che la *holding*, tramite un proprio apicale o sottoposto, che contemporaneamente svolga la funzione di amministratore di fatto della controllata, effettivamente diriga e gestisca quest'ultima società, che pur rimane giuridicamente autonoma. In questo caso, non riconoscere che i soggetti della controllata siano di fatto sottoposti alla società controllante crea, in molti casi, degli ingiustificati vuoti di tutela.

Tuttavia è innegabile che ammettere la responsabilità della *holding* per un reato commesso da un soggetto (apicale o sottoposto) della *subsidiary*, qualificabile come proprio sottoposto (accertata la figura dell'amministratore di fatto della controllata, contemporaneamente apicale o sottoposto della controllante) vorrebbe dire andare ben oltre il dato normativo e travalicare i limiti consentiti dell'interpretazione della norma. Certamente tale soluzione potrebbe essere presa in considerazione in un'ottica *de jure condendo* ma non è utilizzabile *de jure condito*.

Ricapitolando (dati per accertati gli altri criteri di attribuzione della responsabilità), queste le possibili soluzioni allo stato attuale, calando la figura dell'amministratore di fatto nella normativa 231 in caso di gruppo di società:

1. reato commesso da Tizio, apicale della holding -H- e amministratore di fatto della subsidiary -S-

➤ responsabilità di H *ex art. 6*

➤ responsabilità di S *ex art. 6*

2. reato commesso da Caio

a. Caio sottoposto di H e amministratore di fatto di S

➤ responsabilità di H *ex art. 7*

➤ responsabilità di S *ex art. 6*

b. Caio sottoposto di H e Tizio amministratore di H e amministratore di fatto di S

➤ responsabilità di H *ex art. 7*

➤ nessuna responsabilità di S

3. reato commesso da Sempronio (apicale di S, ma sottoposto di fatto all'amministratore di fatto Tizio/Caio, incardinato nella H)

➤ responsabilità di S *ex art. 6*

➤ nessuna responsabilità di H

4. reato commesso da Mevio (sottoposto di S, sottoposto di fatto all'amministratore di fatto di Tizio/Caio, incardinato nella H)

➤ responsabilità di S *ex art. 7*

➤ nessuna responsabilità di H

Come si può osservare, in tutti i casi in cui l'autore del reato sia un soggetto con una posizione qualificata all'interno della *holding*, e, contemporaneamente, rivesta il ruolo di amministratore di fatto della *subsidiary*, sarà possibile l'attribuzione di responsabilità in capo a ciascun ente (verificati, naturalmente, gli

altri presupposti). La controllante risponderà *ex art. 6 o 7* a seconda che l'autore del reato sia, rispettivamente, apicale o sottoposto; la controllata risponderà sempre per reato del proprio apicale (di fatto) *ex art. 6*.

Qualora il reato venga commesso da soggetto, apicale o sottoposto, della controllata, pur in presenza di un amministratore di fatto, contemporaneamente apicale o sottoposto della controllata, nessuna responsabilità potrà sorgere in capo alla controllante, fatta eccezione del caso in cui si dimostri un concorso di persone nel reato, che rileverà, tuttavia, a prescindere dalla figura dell'amministratore di fatto. Qualora si ravvisasse, infatti, la partecipazione attiva, in concorso, dell'amministratore di fatto, si ricadrebbe nelle ipotesi sopra delineate, senza dover far uso delle norme sul concorso, che, in definitiva, possono tornare utili in assenza di un amministratore di fatto o qualora l'amministratore di fatto non svolga nessun ruolo nella commissione del reato.

In conclusione, l'utilizzo della figura dell'amministratore di fatto pare estremamente utile e consente di risolvere tutti quei casi in cui entrambe le società si vedono direttamente coinvolte per il reato commesso da colui che riveste contemporaneamente il ruolo di apicale o sottoposto della controllante ed amministratore di fatto della controllata. L'istituto del concorso di persone, d'altra parte, potrà trovare applicazione in tutti quei casi in cui tale soggetto non possa essere individuato e il reato è commesso da un qualunque soggetto della controllante in concorso con un qualunque soggetto della controllata (eventualmente anche sotto forma di istigazione, nei limiti prima individuati).

Tuttavia emerge con evidenza la necessità di un intervento legislativo volto a disciplinare i casi in cui la presenza dell'amministratore di fatto della controllata, contemporaneamente apicale o sottoposto della controllante, possa rivelare la posizione di "apicali o sottoposti di fatto" di tutti i soggetti appartenenti alla controllata, ed il reato sia commesso da questi ultimi.

In quest'ipotesi la soluzione più naturale vorrebbe che anche la controllante fosse responsabile per la commissione di un reato da parte di un proprio apicale o sottoposto, che potremmo definire "mediato".

1.4.3. Elemento soggettivo dell'illecito

Una volta accertato l'elemento oggettivo dell'illecito amministrativo dipendente da reato, composto dalla presenza di un reato presupposto (1) commesso, nell'interesse o vantaggio di ciascuna società coinvolta (2), da un soggetto apicale o sottoposto ad esse appartenenti (3), è necessario individuarne l'elemento soggettivo.

La domanda spontanea che sorge, nel momento in cui ci si trova ad applicare tale disciplina al gruppo di società, è se ed in che modo la società madre possa/debba intervenire nel processo di organizzazione, finalizzato alla prevenzione del rischio-reato, nelle singole società. Ci si chiede in sostanza se la società che esercita attività di direzione e coordinamento nei confronti di altre società possa essere ritenuta responsabile per la "disorganizzazione" delle società controllate. Alla luce di quanto detto sino ad ora la risposta sembrerebbe dover essere negativa, tuttavia la lettura delle norme civilistiche potrebbe far sorgere qualche dubbio in proposito.

Infatti, in base all'art. 2497 c.c., la società controllante sarà ritenuta responsabile civilmente nei confronti dei soci delle società dirette e coordinate per il pregiudizio arrecato e nei confronti dei creditori delle stesse, qualora abbiano esercitato attività di direzione e coordinamento **in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale**.

La norma pone le regole per una corretta attività di direzione unitaria; è dunque necessario interrogarsi sulla portata di tale espressione e sulle modalità in cui la controllante possa rispettare tali principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale nella sua attività di direzione e coordinamento.

Secondo le nuove norme che hanno ridefinito compiti e parametri di diligenza degli amministratori²¹⁹, con la riforma del diritto societario del 2003, sono gli

²¹⁹ La letteratura sul tema è molto vasta, per un approfondimento del tema dei compiti degli amministratori a seguito della riforma del diritto societario si vedano, tra gli altri: S. AMBROSINI, *L'amministrazione e i controlli nella società per azioni*, in *Giur. Comm.*, 2003, I, p. 308 ss.; C. GRANELLI, *La responsabilità civile degli organi di gestione alla luce della riforma della società di capitali*, in *Le società*, 2003, n. 12, p. 1565 ss.; F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, p. 158. Quanto alla portata indefinita dell'espressione "principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale" all'art. 2497, si sono espressi in maniera critica R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. Comm.*, 2003, p. 663, e P. MONTALENTI, *L'amministrazione sociale dal teso unico alla riforma del diritto societario*, in *Giur. Comm.*, 2003, p. 422 ss. Anzitutto è criticata la scelta del legislatore di

amministratori delegati ad avere il compito di curare l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile, in modo tale che esso sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa (art. 2381 co.5); secondo il comma 3 dello stesso articolo, sarà poi il consiglio di amministrazione a valutarne l'adeguatezza sulla base delle informazioni ricevute.

L'art. 2497 sembrerebbe riferirsi proprio a tali compiti e poteri (propri degli amministratori della controllata), nel momento in cui stabilisce le regole per un corretta attività di direzione e coordinamento. Ammettere tuttavia che la controllante diventi destinataria di tutti i poteri/doveri propri degli amministratori della controllata comporterebbe un inammissibile svuotamento di poteri in capo a quest'ultima, in evidente contrasto con il principio di autonomia giuridica della singola società²²⁰.

Secondo una lettura alternativa della norma, il requisito del rispetto dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale sarebbe soddisfatto laddove vi sia un "interessamento", da parte della controllante, agli assetti organizzativi delle controllate, di cui tuttavia rimarranno direttamente responsabili gli amministratori delle singole società. In altre parole, secondo tale interpretazione dell'art. 2497, la *holding* non potrà esimersi dal considerare l'organizzazione delle società sulle quali esercita attività di direzione e coordinamento, potrà/dovrà agire in modo informato (volendo mutuare una terminologia propria del diritto civile)²²¹.

L'organizzazione fa parte delle competenze proprie degli amministratori e si ritiene che essa non possa prescindere da valutazioni relative alla prevenzione del

lasciare a dottrina e giurisprudenza il compito di individuare contenuti e limiti dei principi di corretta gestione, in secondo luogo si paventa il rischio di un ampliamento indiscriminato della responsabilità all'interno dei gruppi di società.

²²⁰ L'individuazione delle regole di *governance* in un gruppo rimangono ad oggi il dilemma del diritto dei gruppi di società; problema di grande rilevanza pratica, come sottolinea U. TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in *Giur. Comm.*, 2004, I, p. 61 ss. Sempre sull'importanza centrale dell'adeguatezza giuridica, che diviene "principio giuridico di carattere generale", cfr. V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità, chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. Comm.*, 2006, I, p. 5

²²¹ Di tale opinione è Bevilacqua, secondo cui "se per dare un significato alla clausola del rispetto dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale ci si appella alle norme in tema di amministratori e si ritiene che la gestione societaria passi necessariamente da una considerazione dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile, si deve con questo intendere che, a capogruppo ed i suoi amministratori devono interessarsi dell'organizzazione delle società sulle quali viene esercitata l'attività di direzione e coordinamento, senza che con questo si disconoscano la presenza degli amministratori propri di tali enti e le loro prerogative". F. C. BEVILACQUA, *Responsabilità da reato ex D.Lgs. 231/2001 e gruppi di società*, Milano, 2010, p. 181.

rischio-reato; attraverso il Modello, infatti, l'ente organizza sé stesso in modo tale da garantire che la propria attività venga condotta nel solco della legalità; organizzazione e Modello devono considerarsi elementi tra di loro inscindibili²²².

Secondo la teoria c.d. "dell'interessamento", oggetto dell'attività (solo) valutativa della controllante dovrà essere dunque anche l'organizzazione aziendale volta a gestire il rischio di commissione di illeciti.

Si ritiene quindi che la *holding* non sia tenuta a redigere il Modello ed istituire l'Organismo di Vigilanza nella controllata, tuttavia essa dovrà appurarne l'esistenza e, comunque sia, richiedere alle società di cui detiene il controllo di avvalersi di tali strumenti al fine di scongiurare la commissione di reati, anche mediante l'emanazione di direttive a ciò dirette²²³.

Tale conclusione pare in linea con lo stesso decreto che, da un punto di vista meramente letterale, richiede l'adozione di Modelli specifici per la singola società (non potrebbe essere altrimenti, essendo la normativa incentrata sulla singola società intesa come monade isolata).

Non solo, tale interpretazione è condivisibile anche considerando la natura e la finalità dei Modelli e dell'Organismo di Vigilanza.

I primi sono degli strumenti astrattamente idonei a prevenire la commissione di reati nell'ente considerato; contengono al proprio interno un insieme di procedure create per regolare le singole attività nelle aree a rischio della società ed hanno un grado di specificità tale da potersi considerare come "ritagliati in modo sartoriale" su di essa. E' quindi ragionevole pensare che il Modello debba essere elaborato e mantenuto dalla società in cui trova applicazione (la sola che ha la possibilità di esercitare un controllo stringente sulle attività in essa svolte) e non da una società "terza" (che rimane comunque "distante"), benché controllante.

²²² Dello stesso parere M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005, il quale sostiene come i due sistemi del modello organizzativo e dell'assetto organizzativo oggetto delle norme civilistiche si integrino a vicenda.

²²³ In senso contrario si è pronunciato il Tribunale di Milano in una sentenza di patteggiamento del 2007, ove in un inciso ha affermato che alla sola controllante "vanno riferiti sia la predisposizione dei modelli organizzativi di cui al d.lgs. citato, sia la configurabilità di un profitto realizzato nella vicenda criminosa [...]". Trib. Milano, sent. 28 giugno 2007, inedita, cit. in F. C. BEVILACQUA, *Responsabilità da reato ex D.Lgs. 231/2001 e gruppi di società*, Milano, 2010, p. 200, nota 420. Parrebbe quindi di capire da tale sentenza che l'onere dei modelli graverebbe sulla controllante per il solo fatto che essa esercita attività di direzione e controllo.

Quanto all'Organismo di Vigilanza esso è un “*organo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo*” (art. 6, co. 1 lett. b); non solo ogni società deve quindi dotarsi di un proprio Organismo di Vigilanza, ma trattandosi di un organo dotato di autonomi poteri, non sembra possibile che esso venga sottoposto ad un'eventuale controllo esterno (come potrebbe accadere nel caso in cui lo si sottoponesse al controllo dell'Organismo di Vigilanza della *holding*). Com'è stato evidenziato in dottrina “*sarebbe assurdo che un organismo indipendente rispetto alla governance dell'impresa potesse divenire destinatario di direttive provenienti dalla capogruppo o dal suo organismo di vigilanza, così da soffocare quell'indipendenza che è il tratto caratteristico dell'azione ante delictum*”²²⁴.

L'ente è dunque responsabile dell'illecito amministrativo dipendente da reato se non si è organizzato e non è riuscito a prevenire un reato che avrebbe potuto/dovuto prevenire. Da un altro angolo visuale si può dire altresì che è necessario che il reato sia stato commesso nell'esercizio delle funzioni (di diritto o di fatto) del soggetto appartenente all'ente, condizione indispensabile perché vi sia la possibilità di gestire il rischio reato da parte della società²²⁵.

Si ritiene quindi che, per quanto riguarda il “diritto punitivo”, anche relativamente all'elemento soggettivo l'accertamento debba essere condotto sulle singole società.

1.4.3.1. Modelli di organizzazione gestione e controllo e gruppo di società

Si provi ora a calare quanto sopra detto nei casi di controllo ipotizzati nel paragrafo precedente. Si pensi all'ipotesi in cui Tizio sia contemporaneamente amministratore della *holding* ed amministratore di fatto della *subsidiary*.

²²⁴ In tal senso anche E. AMODIO, *Rischio penale d'impresa e responsabilità degli enti nei gruppi multinazionali*, in *Riv. Dir. Proc. Pen.*, 2007, n. 4, p. 1288, il quale evidenzia come: l'organismo di vigilanza dev'essere dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo; la direzione unitaria della capogruppo, che rimane lontana dalla società operativa, non può garantire quegli obiettivi di specificità e adeguatezza richiesti alle misure preventive del modello; la controllante sarebbe anche impossibilitata a disporre i provvedimenti sanzionatori per le violazioni del modello avvenute nella controllata. Per tutte queste ragioni il rischio penale va fronteggiato in completa autonomia dalle singole società sul piano organizzativo.

²²⁵ Così L. FOFFANI, in un intervento tenuto in occasione del Corso di formazione per dottorandi in diritto e procedura penale, organizzato dall'ISIS sul tema “*La responsabilità da reato degli enti: profili nazionali, comparati ed europei*”, tenutosi a Noto, 18-22 settembre 2012.

Egli, in qualità di amministratore della controllante, dovrà anzitutto dotare la propria società di un modello idoneo ed efficacemente attuato per scongiurare il rischio reato in essa; sempre in qualità di amministratore della *holding* dovrà altresì controllare che la *subsidiary* si sia dotata di un proprio Modello idoneo, ritagliato su di essa (condizione essenziale per poter far parte del gruppo). Sarebbe addirittura ipotizzabile che fosse lo stesso modello della *holding* a contenere nel proprio interno una procedura specifica volta a valutare l'esistenza, nelle controllate, di un sistema idoneo volto a prevenire la commissione dei reati, a pena dell'esclusione dal gruppo²²⁶. Secondo quanto detto sopra, tale valutazione deve rimanere nei limiti dell'interessamento; il giudizio di idoneità dovrà quindi scaturire dall'accertamento che il modello contenga tutti quegli elementi richiesti dal Decreto, tra cui, in particolare, un sistema sanzionatorio e la nomina di organismo di vigilanza dotato dei requisiti richiesti dalla legge.

Infine, sarà lo stesso Tizio, in qualità ora di amministratore di fatto della *subsidiary*, a far adottare tale modello alla controllata.

I due modelli sono quindi distinti e solo in quello della *holding* potrà esserci un riferimento ai modelli delle controllate, che devono essere idonei ed efficacemente attuati in ciascuna di esse (per poter far parte del gruppo); la responsabilità per l'adozione ed l'efficace attuazione rimane distinta (ciò naturalmente non esclude che i modelli delle controllate possano ispirarsi a principi e valori condivisi dall'intero gruppo).

Escluso un diretto coinvolgimento della controllante nella gestione del rischio presso la controllata, rimane da valutare la possibilità per la controllata di gestire il rischio reato legato all'attività di un eventuale amministratore di fatto.

La risposta positiva a tale domanda pare doversi ricavare dalla lettura congiunta degli articoli 5 e 6 del Decreto. Secondo l'art. 5, l'ente è responsabile per il reato commesso da un proprio apicale, anche qualora questi eserciti "di fatto" le funzioni

²²⁶ Tale meccanismo ricorda ciò che sovente accade nel momento in cui un'azienda si affida ad altra per lo svolgimento di determinate fasi del proprio ciclo produttivo, i c.d. processi in *outsourcing*. Chiaramente non è pensabile che l'azienda che affida l'incarico conduca una valutazione approfondita sull'adozione ed efficace attuazione del modello della ditta esterna, tuttavia è doveroso che essa ne richieda l'adozione ed efficace attuazione, a pena della risoluzione del contratto. Nella prassi si riscontra la tendenza a garantire il controllo della controllante sui modelli delle controllate attraverso flussi informativi e coordinamento dei diversi organismi di vigilanza, così nei modelli di Eni S.p.a., Unipol ed Autogrill.

di gestione e controllo dell'ente. Secondo l'art. 6 l'ente va esente da responsabilità se dimostra d'aver adottato ed efficacemente attuato un modello astrattamente idoneo a prevenire il reato, della specie di quello commesso da uno dei soggetti di cui all'art. 5 co. 1 lett. a), tra cui anche l'amministratore di fatto.

Se è vero, come si è detto più volte, che tutto il decreto è permeato da una forte finalità preventiva, è quindi logico pensare che l'ente debba individuare delle procedure idonee a prevenire il reato commesso anche da chi eserciti di fatto delle funzioni che formalmente non gli spetterebbero. Se non si ammettesse ciò, si svilirebbe la portata innovativa del decreto e, in taluni casi, si perverrebbe ad un'attribuzione di responsabilità di carattere meramente oggettivo.

Detto altrimenti, qualora il reato venga commesso dall'amministratore di fatto, se non si riconoscesse la possibilità per l'azienda di prevenire tale rischio, la società non avrebbe nessun modo per potersi difendere ed andare esente da responsabilità.

L'adozione del modello è tratto essenziale della normativa, tanto da poter ravvisare in questo l'elemento soggettivo della colpa d'organizzazione sulla quale si fonda l'illecito amministrativo dipendente da reato; di conseguenza è indispensabile poter riconoscere all'ente la possibilità di prevenire i reati che potrebbero essere commessi da tali soggetti.

Il modello di ogni società, ed in particolar modo quello di una società appartenente ad un gruppo (in cui il controllo da parte della *holding* potrebbe manifestarsi nell'insediamento presso la *subsidiary* di un amministratore di fatto che riveste parallelamente una carica all'interno della controllante), dovrà quindi prevedere delle procedure volte a contenere il rischio di reati commessi da soggetti che svolgono di fatto determinate attività. Si dovrà così prevedere l'obbligo, per chiunque eserciti determinate funzioni (pur in assenza dell'investitura ufficiale), di attenersi ai principi ed alle regole previste per tale funzione. Così l'amministratore di fatto, nello svolgimento delle attività di gestione e controllo, dovrà rispettare i principi e le procedure individuate dalla società per esse previste.

Sottoporre a tali vincoli una figura che viene ad esistere solo sul piano fattuale, non è certo operazione scevra da difficoltà, tuttavia questo pare essere un passaggio essenziale per rispettare la finalità spiccatamente preventiva, fulcro del sistema 231.

Per completezza, per garantire l'efficacia del sistema preventivo la normativa richiede all'ente di dotarsi di un sistema sanzionatorio volto a sanzionare i c.d. destinatari del modello che non rispettino quanto in esso previsto. L'ente dovrà quindi dotarsi di sanzioni idonee, indirizzate anche ad un eventuale amministratore di fatto.

1.4.3.2. Organismo di Vigilanza e gruppo di società

Come accennato brevemente sopra, ogni ente, nel contesto di gruppo dovrà dotarsi di un proprio organismo di vigilanza, dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo; non solo, ogni Organismo dovrà avere quei requisiti di indipendenza e professionalità che sono richiesti dalla legge.

Si è già detto che non è pensabile sottoporre l'organismo di vigilanza ad un controllo esterno, tanto da renderlo destinatario di direttive dell'organismo di vigilanza della *holding*²²⁷, ciò frustrerebbe inevitabilmente il requisito fondamentale dell'indipendenza.

A tale forte posizione della dottrina si contrappone una prassi che mostra una tendenza quasi opposta. Se è generalmente riconosciuta l'importanza che ciascuna società del gruppo si doti del proprio organismo di vigilanza, non è raro osservare una sottoposizione degli Organismi delle controllate all'Organismo della controllante. E' infatti facile rinvenire, nei modelli delle controllanti, un'apposita sezione dedicata ai rapporti tra gli organismi di vigilanza delle società del gruppo, in cui si stabiliscono legami molto vincolanti tra di essi.

In taluni casi si prevede che gli organismi di vigilanza delle controllate debbano coordinarsi con l'Organismo della controllante per garantire l'adozione ed attuazione del modello, debbano informarlo tempestivamente delle violazioni commesse dagli amministratori della società, possano avvalersi, nell'espletamento

²²⁷ Vedi *supra* nota 55, E. AMODIO, *Rischio penale d'impresa e responsabilità degli enti nei gruppi multinazionali*, in *Riv. Dir. Proc. Pen.*, 2007, n. 4, p. 1288

delle loro funzioni, delle risorse allocate presso l'organismo di vigilanza della controllante, e infine debbano relazionare a quest'ultimo almeno annualmente²²⁸.

La finalità espressa, in questi casi, è quella di creare un *“coerente sistema di vigilanza e controllo a livello di gruppo”*, obiettivo che legittima l'adozione di un sistema in cui all'organismo di vigilanza della capogruppo è affidato il compito di coordinare le attività degli Organismi delle società controllate, istituendo appositi flussi e canali informativi, così come gli è data facoltà di *“acquisire documentazione e informazioni ed effettuare controlli periodici e verifiche mirate sulle attività a rischio delle società del gruppo, attraverso richieste ai rispettivi OdV”*²²⁹.

In altri casi il controllo, pur esistente, risulta essere meno invasivo, e si concretizza in previsioni di *“dialogo”* tra i vari organismi, ad esempio mediante l'organizzazione di incontri *“dedicati ad esaminare e condividere le esperienze significative maturate”* al fine di *“promuovere la diffusione e la conoscenza da parte delle società controllate della metodologia e degli strumenti di attuazione del Modello 231”*. L'organismo di vigilanza rimane indipendente e gli interventi correttivi sui modelli rimangono di *“ esclusiva competenza delle stesse controllate”*²³⁰.

Come è stato rilevato, *“un confronto periodico tra i diversi controllori”* può anche rivelarsi utile ed essere guardato con favore *“perché può contribuire a creare una consapevolezza comune delle aree di rischio, delle eventuali falle dei sistemi di controllo, delle aree da monitorare con particolare attenzione”*²³¹, tuttavia si ritiene che esso debba rimanere nei limiti del dialogo informativo/conoscitivo.

Come abbiamo detto prima, è doveroso che la controllante *“si interessi”* dell'organizzazione volta a gestire il rischio reato nelle proprie controllate; il dialogo tra i vari organismi di vigilanza è lo strumento più idoneo per raggiungere questo

²²⁸ Questo il caso del modello elaborato da Autogrill, in cui si prevede espressamente che ogni società del gruppo adotti un modello di organizzazione, gestione e controllo, così come che ciascuna di esse istituisca un organismo di vigilanza dotato delle relative attribuzioni di competenza e responsabilità, il quale risulta tuttavia essere in qualche modo *“soggetto”* all'organismo di vigilanza della controllante. E' chiaro come in questo caso l'organismo di vigilanza divenga un prezioso strumento di controllo per la controllante.

²²⁹ Recita così la previsione del modello di Unipol, nel capitolo relativo al coordinamento degli OdV del gruppo. Il Modello prevede

²³⁰ Così il modello di Eni S.p.A., nel capitolo dedicato ai rapporti tra Organismo di Vigilanza di Eni S.p.A. e delle società controllate.

²³¹ F. C. BEVILACQUA, *Responsabilità da reato ex D.Lgs. 231/2001 e gruppi di società*, Milano, 2010, p. 230

obiettivo, ma il legame che si instaura tra gli organismi non potrà andare a affievolire quel requisito di indipendenza che rimane tratto essenziale dell'organismo di vigilanza.

Tale considerazione sembrerebbe escludere anche la possibilità di nominare nell'organismo di vigilanza della controllata un soggetto che sia contemporaneamente membro dell'organismo di vigilanza della società controllante. Se i soggetti nominati devono essere indipendenti dalla società sul cui modello sono chiamati a vigilare, si ritiene opportuno che essi siano indipendenti anche da organismi di società collegate²³²

2.Spunti comparatistici – Dibattito aperto in Francia e Germania

Sia in Francia che in Germania, come abbiamo potuto vedere, si pone lo stesso problema che si è posto in Italia: il legislatore non ha compreso nel novero dei soggetti destinatari della disciplina (penale o amministrativa) della responsabilità dell'ente anche il gruppo di società. Se ciò può non stupire nell'ordinamento francese, in cui non vi è una disciplina espressa del gruppo, maggiori perplessità sorgono relativamente all'ordinamento tedesco, ove, come abbiamo visto, il gruppo è non solo pacificamente riconosciuto ma anche regolamentato nel dettaglio.

D'altra parte in entrambi gli ordinamenti la responsabilità dell'ente è indirizzata a soggetti dotati di personalità giuridica, caratteristica di cui è sprovvisto il gruppo di società.

Si tratta allora di capire in che modo, anche in questi due ordinamenti, è possibile declinare la disciplina in oggetto dinanzi ad un reato commesso da soggetti appartenenti ad enti che operano in un contesto di gruppo.

²³² Anche il tema della composizione dell'organismo di vigilanza è un visto in maniera piuttosto problematica; le indicazioni normative sono insufficienti e le soluzioni avanzate dalle associazioni di categoria e, successivamente, emerse dalla prassi, sono assolutamente disomogenee. Emerge con chiarezza la problematicità del tema, calato nei rapporti infragruppo, nei quaderni ASSB n. 244 e 245, "Esperienze di avvio degli organismi di vigilanza ex D.Lgs. 231/2001", curati dal Centro Studi "Federico Stella" sulla giustizia penale e la politica criminale.

2.1. Francia

In Francia la dottrina si è posta il problema sin dall'introduzione della nuova forma di responsabilità²³³, con la riforma del codice penale; d'altra parte si tratta di un tema che era stato espressamente preso in considerazione già precedentemente, con l'*avant-projet* del 1978, in cui il legislatore aveva previsto anche la responsabilità del gruppo di società, accanto alla responsabilità della persona giuridica²³⁴.

La propensione al riconoscimento della responsabilità penale del gruppo poggiava le basi, già allora, sulle seguenti considerazioni. Anzitutto, benché il gruppo fosse sprovvisto di personalità giuridica, si era osservato come egli potesse commettere infrazioni “*in nome dell'interesse collettivo che intende difendere*²³⁵”; detto altrimenti, l'autonomia giuridica delle società sarebbe sovente contraddetta da una dipendenza economica, finanziaria, bancaria o contabile che minerebbe la reale autonomia delle società ad esso appartenenti, cosicché spesso la società figlia si ridurrebbe a mero braccio colpevole di un reato commesso nell'interesse del gruppo, per il raggiungimento degli obiettivi che esso intende raggiungere e grazie ai mezzi di cui dispone.

Oltre a ciò si era anche fatto notare come l'attribuzione della responsabilità al gruppo avrebbe costituito una soluzione maggiormente aderente alla realtà dei fatti ed avrebbe consentito di risolvere i casi in cui la società, ritenuta direttamente responsabile, ma legata al gruppo, non potesse pagare la sanzione comminata perché insolvente (a fronte di un gruppo complessivamente prospero).

D'altra parte l'esigenza di trovare una soluzione che non ignorasse la realtà del gruppo e le sue potenzialità criminogene veniva frustrata dalle difficoltà legate all'individuazione di un concetto stabile di gruppo e delle modalità di applicazione di tale responsabilità.

²³³ M. PARIENTE, *Les groupes de sociétés et la responsabilité pénale des personnes morales*, in *Rev. Soc.*, *Extrait du n. 2-1993*, p. 247ss.

²³⁴ COMMISSION DE RÉVISION DU CODE PÉNAL, *Avant-projet définitif de code pénal. Livre 1. Dispositions générales*, Paris, 1978.

²³⁵ M. PARIENTE, *Les groupes de sociétés et la responsabilité pénale des personnes morales*, in *Rev. Soc.*, *Extrait du n. 2-1993*, p. 247

Della nozione di gruppo nell'ordinamento francese abbiamo già detto precedentemente²³⁶, rimane ora da affrontare il secondo quesito, sul quale in passato sono state avanzate le seguenti ipotesi.

2.1.1. Soluzioni interpretative avanzate dalla dottrina

La dottrina si è anzitutto interrogata sulla possibilità di ritenere responsabile, in caso di reato commesso in seno ad una delle proprie società, l'intero gruppo. Tale ipotesi è stata scartata per due ordini di motivi. Anzitutto tale soluzione si scontrerebbe – si è detto – con lo “*spirito del diritto penale*”, in cui la responsabilità si basa sull'individuazione di autori e complici; nel contesto di un gruppo di società sarebbe impossibile riconoscere la complicità di tutte le componenti, se non ricorrendo a finzioni o a stiramenti interpretativi.

In secondo luogo la chiusura di tutti gli stabilimenti del gruppo o la sua dissoluzione comporterebbe delle conseguenze a catena catastrofiche dal punto di vista economico, finanziario ma anche sociale.

E' parso invece più opportuno, anche in Francia, ricercare i soggetti coinvolti nel reato e, conseguentemente, le società che hanno preso parte al fatto delittuoso, evitando facili automatismi. Sono così state avanzate due ipotesi: la possibilità di ritenere responsabile la sola società madre, o di ravvisare una responsabilità solidale in capo alle due società, madre e figlia.

La prima ipotesi è stata criticata poiché troverebbe applicazione in un numero limitato di casi, e solo nelle ipotesi in cui la controllante eserciti un'influenza determinante in capo alla controllata, tanto da ridurre quest'ultima a mero esecutore materiale della condotta illecita. In molti gruppi (ed a maggior ragione in quelli che operano a livello multinazionale) le direttive impartite dalla *holding* possono essere discusse a livelli differenti dai vari dirigenti e molto spesso la società madre, distante dalle altre società del gruppo, non è posta nelle condizioni di esercitare un controllo effettivo sull'operato delle controllate.

²³⁶ Capitolo primo, par. 4.1.

La seconda proposta è parsa preferibile poiché individuerrebbe nella filiale l'autore materiale del reato e nella società madre l'istigatrice e la complice attiva, *“consequentemente responsabili entrambe per le decisioni prese e gli atti commessi”*²³⁷. La società madre non avrebbe posto in essere il reato, tuttavia potrebbe essere considerata ideatrice del piano delittuoso ed essere ritenuta responsabile in quanto “organo” (quale azionista di maggioranza) della società figlia, nel rispetto dell'art. 121-2 Cod. pén.

Queste erano le prime posizioni emerse nella dottrina che si è espressa nell'immediato, a seguito dell'entrata in vigore della nuova normativa; se le preoccupazioni emerse circa un'eventuale indifferenza dinanzi al fenomeno del gruppo sono condivisibili, così come si condivide la diffidenza dinanzi ad un modello di responsabilità ad ampio spettro che colpisce tutto il gruppo, le soluzioni proposte non hanno trovato seguito e la giurisprudenza più recente pare incerta circa l'ampliamento della sfera di responsabilità all'interno di un gruppo di società.

2.1.2. La recente posizione della Cour de Cassation

In una recente pronuncia la Corte di Cassazione si è espressa in un caso di infortunio sul lavoro occorso ad un dipendente di una società (che chiameremo per comodità A) appartenente ad un gruppo, per colpa di un impiegato appartenente ad un'altra società del gruppo (B), cui erano stati delegati i poteri (da parte di tutte le società appartenenti al gruppo) in materia di igiene e sicurezza sul lavoro. In tale occasione la Corte ha enunciato il principio secondo cui, in caso di incidente sul lavoro, le infrazioni in materia di igiene e sicurezza sul lavoro commesse dal soggetto cui sono stati delegati i poteri da ciascuna società appartenente ad un gruppo *“[...] impegnano la responsabilità penale della sola persona giuridica, membro del gruppo, che risulta essere il datore di lavoro della vittima”*²³⁸. Nel momento in cui

²³⁷ M. PARIENTE, *Les groupes de sociétés et la responsabilité pénale des personnes morales*, in *Rev. Soc., Extrait du n. 2-1993*, p. 254

²³⁸ Cass. crim., 13 oct. 2009, n. 09-80.857, in *Droit pénal*, 2009, n. 12, p. 38. *“les infraction en matière d'hygiène et de sécurité des travailleurs commises par le delegataire de pouvoirs désigné par chacune des société constituant un groupement d'entreprises à l'occasion de l'attribution d'un*

venne introdotta la responsabilità penale degli enti, il legislatore avrebbe scelto di escludere il gruppo dal novero dei destinatari in quanto sprovvisto di personalità giuridica e sprovvisto di un proprio patrimonio; in conformità a tale scelta la Corte ha ribadito la possibilità di attribuire la responsabilità in capo ad una sola delle società appartenenti al gruppo, nel caso di specie, la sola società datore di lavoro della vittima (a condizione, chiaramente, che siano rispettati i criteri di ascrizione di cui all'art. 121-2 Cod. pen., e che quindi un soggetto, in qualità di organo o rappresentante della persona giuridica, agendo *pour compte* dell'ente stesso, abbia commesso il reato, causando il danno subito dalla vittima).

La Corte sembra affermare un principio di portata generale, tuttavia è limitato dalla precisazione che si legge nell'*incipit* che ne circoscrive l'ambito di applicazione ai soli casi di reati in materia di igiene e sicurezza sul lavoro.

Ci si è chiesti quindi cosa possa accadere in occasione di reati commessi in un contesto di gruppo, ma pertinenti ad ambiti diversi dalla tutela della salute e sicurezza dei lavoratori.

2.1.3. Il caso del diritto dell'ambiente

Una delle materie in cui il gruppo è preso in maggior considerazione, è quello della tutela ambientale. Si porti ad esempio il famoso caso Erika, in cui la Corte d'Appello di Parigi ha adottato un approccio estensivo, riconoscendo la responsabilità della società madre²³⁹.

La vicenda vedeva esser posto in essere quello che potremmo definire un contratto di locazione tra una società figlia di Total e una società terza avente sede alle Bahamas. Il contratto poneva in capo al capitano della nave diversi obblighi nei confronti della società madre Total (terza rispetto al contratto), tra cui il dovere d'informare Total sulle operazioni di carico e scarico del materiale petrolifero e di consentire alla stessa un accesso all'imbarcazione e la visura di tutta la documentazione. Questo avrebbe tuttavia consentito alla "terza" Total, secondo la Corte di Cassazione, di godere di un

marché engageant la responsabilité pénale de la seule personne morale, membre du groupement, qui est l'employeur de la victime".

²³⁹ C. A. Paris, 11ème Ch. Corr., 30 mars 2010, n. 08-02278

potere/dovere di controllo sul viaggio di trasporto, pur sulla base di un contratto concluso da una filiale, non personalmente. L'imbarcazione (in pessime condizioni), in viaggio con mare mosso dalla Francia a Piombino, è naufragata provocando sulle coste bretoni uno dei più grandi disastri ambientali-petroliferi della storia.

La Suprema Corte, in accordo con quanto stabilito dalla Corte d'Appello, ha ritenuto la società madre Total responsabile del reato di inquinamento ambientale, escludendo la possibilità di andare incontro, nel caso in oggetto, al divieto di responsabilità per fatto altrui (nello specifico si è accertato che la società figlia, stipulante il contratto, non era altro che una scatola vuota, immatricolata a Panama, senza autonomia né giuridica né finanziaria).

La dottrina francese ha guardato con favore a tale pronuncia che avrebbe avuto il merito di correggere gli “*excessi di costruzioni giuridiche*” destinate a “*diluire*” la responsabilità²⁴⁰, e di trasferire in seno al gruppo la teoria dei poteri, elaborata in ambito di diritto societario²⁴¹. Ai poteri che la società madre vanta sulla società figlia, si aggiungerebbero quindi i relativi doveri di controllo ed impedimento del reato; di qui il sorgere della responsabilità della stessa per il reato, in termini di “*faute caractérisée*” cioè di una colpa che potremmo definire indiretta, e che sorge nel momento in cui un soggetto espone altri ad un rischio di particolare gravità, che egli non poteva ignorare²⁴².

Tale soluzione parrebbe iscriversi nella stessa logica che ha consacrato espressamente la responsabilità della società madre per un fatto commesso dalla società figlia, in materia di inquinamento ambientale, con la *loi Grenelle 2* del 2010. All'art. L.512-7 il legislatore prevede la possibilità, nel caso in cui si sia aperta una

²⁴⁰ L. NEYRET, *De l'approche extensive de la responsabilité pénale dans l'affaire Erika*, in *Rev. env.* 2010, n. 11, étude 29, p. 4.

²⁴¹ Secondo tale teoria l'imprenditore è penalmente responsabile di ciò che avviene nella propria impresa, anche quando a commettere il reato è un soggetto delegato, poiché egli è l'unico ad avere pieni poteri (e di conseguenza la facoltà ed il dovere) per impedire che il reato sia commesso. I poteri di cui gode l'imprenditore fanno conseguire in capo ad egli i doveri di organizzazione e controllo finalizzati ad evitare la commissione di illeciti, superando così il divieto di responsabilità per fatto altrui di cui all'art. 121-3 Cod. pén. Cfr. A. COEURET, *Pouvoirs et responsabilité en droit pénal social*, in *Dr. Soc.*, 1975, n. 7-8, p. 396; M. DELMAS-MARTY, *Droit pénal des affaires*, IV éd., 1996, Paris, p. 60 ss.

²⁴² L'individuazione della responsabilità penale in capo all'autore c.d. indiretto del danno per “*faute caractérisée*” è stata introdotta al comma 4 dell'art 121-3 Cod. pén. che introduce la responsabilità delle persone fisiche che non hanno causato direttamente il danno, ma che hanno creato o contribuito a creare la situazione che ha consentito il verificarsi dell'evento o che non hanno adottato le misure per evitarlo, se si accerta che esse “*ont commis une faute caractérisée et qui exposée autrui à un risque de particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer*”.

procedura di liquidazione giudiziaria nei confronti di una società figlia, di chiamare in causa la società madre, qualora si accerti che quest'ultima ha contribuito colposamente, per *faute caractérisée*, all'insolvenza della figlia.

Peculiare l'introduzione di tale norma nel codice dell'ambiente francese, in cui la società madre sembra tuttavia chiamata a rispondere non dell'illecito commesso dalla figlia, ma, nel caso di insolvenza della figlia, in quanto essa avrebbe contribuito colposamente a causare lo stato d'insolvenza²⁴³. In tal caso il gruppo non giustificerebbe un ampliamento di responsabilità relativo ad un illecito, bensì sembrerebbe fungere da “garante”, dinanzi all'insolvenza della figlia.

2.1.4. Alcune riflessioni

La situazione in Francia pare essere dunque ancora incerta, e il riconoscimento del gruppo ai fini dell'estensione della responsabilità rimane limitato a specifiche materie.

D'altra parte il dettato normativo, unitamente allo sviluppo giurisprudenziale dei concetti di amministratore di fatto e di interesse di gruppo, potrebbero portare ad un più ampio riconoscimento della responsabilità in capo alla società madre.

Ricapitolando, l'art. 121-2 Cod. pén. richiede infatti la commissione di un reato da parte di un suo organo o rappresentante, per suo conto. Non è richiesta la dimostrazione di alcun elemento soggettivo in capo all'ente poiché si tratta di una responsabilità “di rimbalzo”, non di una responsabilità propria della società (a differenza di quanto accade nel nostro ordinamento, in cui si è sviluppata – *rectius*, si sta sviluppando - il nuovo concetto di colpa d'organizzazione, propria dell'ente).

Come abbiamo visto in precedenza, la giurisprudenza ha già riconosciuto come il reato posto in essere da un amministratore di fatto (inteso quale soggetto che, sprovvisto di mandato da parte della società, si è ingerito nella gestione, amministrazione o direzione di una società; che in maniera del tutto indipendente e libera ha esercitato un'attività positiva di gestione e di direzione impegnando la

²⁴³ Società figlia, ai sensi dell'art. 233-1 Cod. comm. è quella il cui capitale è posseduto per più della metà da un'altra società.

società²⁴⁴) possa impegnare la responsabilità dell'ente²⁴⁵. Si tratterebbe ora di fare un passo ulteriore e riconoscere ad esempio che un reato commesso da Tizio, amministratore della *holding* A, amministratore di fatto della *subsidiary* B, *pour compte* di entrambe le società, possa impegnare la responsabilità di entrambe le società.

Dovendosi sempre ricercare il fatto commesso da un organo o rappresentante, non sarà invece ipotizzabile, nel sistema francese, una circolazione della responsabilità all'interno del gruppo per un reato commesso da un sottoposto (come può invece accadere nel nostro ordinamento, in cui sarebbe possibile individuare la responsabilità in capo alla società madre ed alla società figlia, nel caso in cui il reato sia commesso, nell'interesse di entrambe, da un soggetto che sia contemporaneamente, ad esempio, sottoposto della prima ed amministratore di fatto della seconda).

Relativamente all'individuazione della commissione *pour compte*, abbiamo già visto come tale requisito, non ben specificato dal legislatore, apra la strada ad una vasta gamma di interpretazioni, potendo ricomprendere un concetto molto ampio di vantaggio (che può essere materiale, morale, attuale e persino eventuale)²⁴⁶, ma potendo anche alludere a quelle attività commesse nell'esercizio di “attività che hanno lo scopo di assicurare all'organizzazione il funzionamento o il perseguimento degli obiettivi di un ente dotato di personalità giuridica”²⁴⁷, sino a giungere ritenere sufficiente l'accertamento di un'organizzazione carente che avrebbe consentito o agevolato la commissione dell'illecito²⁴⁸. Al di là di tale ultima interpretazione, che, al fine di estendere la responsabilità all'interno del gruppo, presupporrebbe un dovere di organizzazione di gruppo, maggior interesse rivestono le prime due.

Il vantaggio materiale, morale, attuale od eventuale di cui godrebbe la società, ben si presta ad esser individuato in quel vantaggio che può derivare alla società dall'appartenenza al gruppo (riguardo sia alla controllante che alla controllata), come

²⁴⁴ Secondo la definizione fornita da Cass. Com. 25 janvier 1994 n. 91-20.007

²⁴⁵ C. A. Colmar, 24 janvier 1997 n. 110/97, *cit.* in J.-C. PLANQUE, *La détermination de la personne morale pénalment responsable*, Paris, 2003, p. 244

²⁴⁶ J. PRADEL, *Droit pénal général*, Paris, 2008

²⁴⁷ F. LE GUNEHÉC, B. DESPORTES, *Responsabilité pénale des personnes morales: art. 121-2, champ d'application et conditions de la rresponsabilité*, in *Juris-classeur*, 1994, 2, p. 16.

²⁴⁸ In tal senso si veda una pronuncia del Tribunale GI di Versailles, del 18 décembre 1995, citata, unitamente ad altre, in S. GIAVAZZI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche: dieci anni di esperienza francese*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Eco.*, 2005, p. 627, nota n. 143.

individuato dalla giurisprudenza a partire dal caso Rozenblum del 1985. L'interesse della società che appartiene al gruppo va valutato in un'ottica temporale dilatata, ben potendo ad essa esser chiesto un sacrificio, cui dovrà corrispondere una "contropartita", e che non potrà mai comunque eccedere "le possibilità finanziarie di quella che ne sopporta il sacrificio"²⁴⁹.

In definitiva, nonostante l'assenza di una disciplina articolata e specifica del gruppo di società e la sua mancata inclusione tra i destinatari dell'art. 121-2 Cod. pén. (giustificata dal legislatore sulla base dell'assenza in capo al gruppo della personalità giuridica e, conseguentemente, di un proprio capitale sociale), la giurisprudenza potrebbe oggi riconoscere un più ampio spettro di applicazione della disciplina della responsabilità penale in caso di gruppo di società.

Nonostante le chiusure di recente giurisprudenza in materia di sicurezza sul lavoro, il fatto che in materia di diritto dell'ambiente si inizi a registrare aperture in tal senso, consente di percepire come, anche in Francia, il tema del gruppo di società e della responsabilità ad esso legata, sebbene complesso e per taluni aspetti sfuggente, non sia più ignorabile e necessiti di un articolato approfondimento.

2.2. Germania

In Germania stupisce come, nonostante l'articolata normativa del gruppo societario, non vi sia una disciplina che regoli esplicitamente, se non l'estensione della responsabilità amministrativa al gruppo intero, almeno le modalità di ascrizione della responsabilità in capo alle società del gruppo²⁵⁰. Lo stesso Legislatore, nel momento in cui afferma che, in presenza di un gruppo, "die einzelne Unternehmen sind Konzernunternehmen" (§ 18 OWiG), sembra sottolineare la differenza sostanziale tra un imprenditore e un imprenditore di gruppo, in linea con quanto più volte detto in tale breve trattazione, per cui la società appartenente ad un gruppo si trova ad operare in modo differente dalla singola società isolata.

²⁴⁹ Cass. Crim. 4 fév. 1985, *Rozenblum*, in *Rev. Soc.*, 1985, p. 655

²⁵⁰ In verità vi è un articolo che sembra sanzionare direttamente il gruppo; si tratta del §81 Abs. 4 S. 2 GWC, in materia di diritto della concorrenza; tuttavia molteplici sono le critiche mosse dalla dottrina a tale previsione, che ne evidenziano il limitato campo d'applicazione. B. VOGT, *Die Verbandgelddbusse gegen eine herrschende Konzerngesellschaft*, Baden-Baden, 2009.

Anche la Germania, pur vantando la disciplina sui gruppi più raffinata tra i paesi analizzati, pone quindi dei limiti al riconoscimento della responsabilità di gruppo, scostandosi anch'essa dall'indirizzo comunitario.

Come negli altri ordinamenti, l'ostacolo principale ad un automatico ampliamento di responsabilità all'intero gruppo, risiede nella distinta personalità giuridica delle società appartenenti ad esso.

Sebbene il gruppo sia caratterizzato da una *einheitliche Leitung* (sia in presenza che in assenza di controllo), questa direzione unitaria, che si concretizza nell'elaborazione di un articolato piano di coordinamento tra varie società per il raggiungimento di uno scopo unitario, non avrebbe ad oggetto l'intera gestione delle società del gruppo, ma una o più fasi essenziali di ciascuna azienda; in questo contesto la controllata si vedrebbe effettivamente "limitata nella propria sovranità", ma ciò non comporterebbe comunque la perdita della propria distinta personalità giuridica²⁵¹. Nessuna possibilità dunque di vedere un'automatica ascrizione di responsabilità in capo alla società madre per illeciti commessi nel contesto della controllata²⁵².

Esclusi dunque gli automatismi, non rimane da vedere se ed in quali casi la società controllante possa essere chiamata a rispondere per un reato commesso dalla controllata.

2.2.1. Soluzioni interpretative avanzate dalla dottrina

Come in Italia e in Francia nessun problema si pone nel caso di partecipazione attiva da parte della società madre (tale responsabilità sarà ascritta *aufgrund aktiver Beteiligung*).

²⁵¹ G. LEMME, *Il diritto dei gruppi di società*, Bologna, 2013, p. 92. La crescente esigenza di dar tutela a creditori sociali e soci di minoranza, a partire dal contesto civile, mostra come il "limite"/(privilegio ?) della personalità giuridica stia iniziando ad erodersi. Si legga a tal proposito l'interessante articolo K. G. WEIL, *Responsabilité de la société mère vis-à-vis des engagements d'une sarl filiale. Le droit positif allemand après l'arrêt du 29 mars 1993 de la Cour fédérale de justice*, in *Rév. Soc.*, 1994, p. 767

²⁵² J. BOHNERT, *Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz OWiG, 3. Aufl.*, 2003, § 130, in cui si ammette la responsabilità della società madre per un illecito commesso nel contesto della società figlia solo qualora venga provato l'effettiva e concreta intromissione nelle decisioni interne di quest'ultima da parte della controllante, non invece quando il potere direttivo non si estenda alle strutture interne (ciò che dovrebbe accadere in una situazione fisiologica del gruppo).

Pure nel caso in cui non sia ravvisabile un comportamento separato di partecipazione, ma vi siano particolari intrecci personali interni, sarà possibile l'attribuzione di responsabilità in capo alle due società. In altre parole, se uno stesso soggetto svolge funzioni di rappresentanza sia nella controllante che nella controllata, e il suo comportamento sia ascrivibile ad una ben individuata strategia di gruppo, il suo comportamento illecito potrà implicare la responsabilità di entrambe le società ai sensi del § 30 OWiG.

In Germania ci si è chiesti anche se la controllante possa essere vista quale organo di fatto della controllata²⁵³.

Il panorama, in tema di *faktische Organ*, è molto variegato nell'ordinamento tedesco e non è possibile trovare una definizione unitaria dell'istituto. Presupposto principale per il riconoscimento di tale figura è l'assunzione di fatto, da parte di un soggetto, di compiti che appartengono formalmente ad un altro soggetto.

In generale si è ammesso che, qualora la società madre intervenga attivamente nell'attività della società figlia, esercitando di fatto dei poteri spettanti ad un organo di diritto, su di essa debbano gravare i doveri propri dell'organo di diritto. La stipulazione di un *Vertragskonzern* non è dunque sufficiente per identificare automaticamente la società madre quale *faktische Organ* della controllata; occorrerà invece prestare attenzione al tipo di influenza che essa esercita su quest'ultima²⁵⁴.

2.2.2. (segue) La controllante quale Inhaber eines Betriebes oder Unternehmens, ex § 130 OWiG

Ritornando invece all'illecito di cui al §130 OWiG, che pone in capo all'*Inhaber eines Betriebes oder Unternehmens* degli specifici doveri di controllo, la dottrina maggioritaria esclude che essi gravino sulla società madre. I doveri di controllo e vigilanza, che costituiscono l'altra faccia della medaglia dei doveri

²⁵³ In Germania sembra sia possibile ritenere organo di fatto non solo una persona fisica ma anche una persona giuridica. In questo senso U. EHRICKE, *Dal abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz*, Tübingen, 1998, p. 229; S. WIMMER-LEONHARDT, *Konzernhaftungsrecht*, Tübingen, 2004, p. 400.

²⁵⁴ B. VOGT, *Die Verbandgeldbusse gegen eine herrschende Konzerngesellschaft*, Baden-Baden, 2009, p. 276. Nel momento in cui la società non si limita ad impartire direttive ma interviene direttamente comportandosi come *Tochtergesellschaftsleiter*, tanto da non poter ritenere autonomo l'organo dirigente della controllante, essa potrà esser ritenuta responsabile quale organo di fatto.

organizzativi interni, non sono trasferiti in automatico con la creazione del gruppo; secondo tale indirizzo maggioritario essi possono essere oggetto di trasferimento solo tramite specifica delega di poteri e funzioni²⁵⁵, ovvero qualora sia la legge stessa a stabilire degli obblighi specifici che investono tutto il gruppo²⁵⁶. Solo in tali casi, qualora sulla società madre gravino dei doveri di controllo, essa assumerebbe la posizione di garante²⁵⁷ e, se la controllata commettesse un illecito, la violazione del dovere di controllo comporterebbe la responsabilità della controllante sulla base di un'omissione.

Al di fuori di questi casi non sarebbe dunque possibile includere il gruppo tra i soggetti destinatari del §130, norma che ruota attorno alla figura dell'*Inhaber*. Benché il *Bundesgerichtshof* non abbia ancora preso posizione sulla possibilità di ritenere *Inhaber* anche una persona giuridica, quale soggetto di diritto, l'autonomia giuridica della controllata escluderebbe comunque l'individuazione di un obbligo di controllo di gruppo²⁵⁸.

In realtà non mancano, in dottrina, voci aperte a letture più elastiche delle norme di riferimento, secondo le quali al concetto di *Unternehmen* di cui al § 130 OWiG, apparterebbe lo stesso *Konzern*, il cui *Inhaber* sarebbe conseguentemente individuabile nella *Muttergesellschaft*²⁵⁹. Secondo Rogall l'unione di più imprese in un gruppo rappresenterebbe infatti un'unità economica pienamente efficace, capace di proiettare i suoi effetti anche in materia di responsabilità degli enti.

Così come l'impresa singola, anche il gruppo avrebbe una propria direzione, poiché parallelamente agli obiettivi delle singole società, esso perseguirebbe un proprio scopo di gruppo; il fatto che le singole società appartenenti al gruppo rimangano, da un punto di vista giuridico, singole entità giuridiche e che, per tale ragione, esso non possa esser fatto rientrare nel concetto di impresa da un punto di vista strettamente giuridico, non dovrebbe essere d'ostacolo al riconoscimento dei doveri di controllo di cui al §130. Ai fini della disposizione rilevarebbe infatti, secondo l'autore, il

²⁵⁵ Ad esempio nel caso in cui una controllata trasferisca alla controllata l'adempimento di obblighi di carattere pubblico, come in materia di smaltimento di rifiuti.

²⁵⁶ Così gli obblighi previsti in materia di antiriciclaggio, di cui al § 15 GWG (*Geldwäschungsgesetz*), e in materia di valori di credito di cui al § 14 KWG (*Kreditwesengesetz*).

²⁵⁷ E. REHBINDER, *Konzernaussenrecht und allgemeines Privatrecht* Bad Homburg, 1969, p. 535

²⁵⁸ F. HERMANN, F. U. KLEIER, *Grenzen der Aufsichtspflicht in Betrieben und Unternehmen*, Köln, 1987, p. 25; K. J. RÜTSCH, *Strafrechtlicher Durchgriff bei Verbundene Unternehmen?*, Köln, 1987, p. 115; A. RANSIEK, *Strafrecht im Unternehmen und Konzern*, ZGR, 1999, p. 613

²⁵⁹ K. ROGALL, in *Karlsruhe Kommentar OWiG*, 2006, § 130, Rn. 25

contesto fattuale, non quello giuridico; conseguentemente sulla società madre graverebbero dei doveri di controllo nei confronti della società figlia.

Secondo tale ragionamento gli amministratori della controllante potrebbero essere sanzionati per la violazione dei doveri di controllo nella società figlia, qualora da tale omissione derivi la commissione di un illecito e, di conseguenza, secondo il dettato di cui al § 30 OWiG sarebbe la società madre a dover esser sanzionata (qualora essa sia organizzata nelle forme previste dalla stessa norma). Che portata abbiano i doveri di controllo e quando essi si debbano ritenere disattesi – prosegue l'autore – dipende dai concreti rapporti interni al gruppo. In generale, esso dipenderebbe dallo spazio che rimane alle singole società di esprimere la propria volontà, o, detto altrimenti, in che modo la capogruppo faccia valere il proprio potere di intervento nelle controllate²⁶⁰.

2.2.3. Alcune riflessioni

In conclusione, si può osservare come il riconoscimento della personalità giuridica in capo alle singole società del gruppo sia di grande ostacolo alla circolazione della responsabilità all'interno di esso. Ciò nonostante l'articolata disciplina in materia di gruppi di diritto in cui il *Leitungsmacht* attribuisce esplicitamente all'impresa dominante, ove vi sia un *Beherrschungsvertrag*, il potere di dettare direttive vincolanti nei confronti della società dominata (direttive che il consiglio di amministrazione è obbligato a seguire che possono essere dannose per la società, qualora esse servano agli interessi dell'impresa dominante o alle altre imprese del gruppo). Stupisce dunque che il diritto tedesco, come ammette e regola l'intromissione vincolante della controllante negli affari della controllata, sino a legittimare il sacrificio delle imprese controllate nell'interesse del gruppo, non riconosca, parimenti, l'obbligo di organizzazione e sorveglianza della

²⁶⁰ K. ROGALL, in *Karlsruhe Kommentar OWiG*, 2006, § 130, Rn. 25-26. Secondo l'autore un limite al dovere di controllo si ritroverebbe anche nel principio di affidamento, secondo il quale fintanto che particolari circostanze non mettano in dubbio l'affidabilità dei rappresentanti della controllata, la controllante non sarebbe obbligata a condurre particolari verifiche.

Muttergesellschaft, la cui violazione potrebbe portare ad una sua responsabilizzazione ai sensi del § 130 OWiG.

Si è visto comunque come l'autonomia giuridica delle società del gruppo non tuteli sempre la capogruppo; vi sono infatti differenti modalità per ritenere la società madre responsabile di illeciti commessi nel contesto della società figlia, fondamentalmente basate sull'analisi concreta delle relazioni infragruppo.

Anche in tale ordinamento dunque non è applicabile, né forse auspicabile, il modello sviluppato in materia di diritto della concorrenza dal Tribunale di primo grado e dalla Corte di Giustizia a livello europeo.

Al di là delle varie posizioni, più o meno restrittive, emerge tuttavia con chiarezza l'esigenza di estendere la responsabilità in capo alla *Muttergesellschaft* partendo dall'analisi della situazione fattuale e dai concreti legami interni al gruppo.

CONCLUSIONI

Giunti a questo punto appare chiaro come l'indirizzo seguito dall'Unione europea nel diritto della concorrenza non sia importabile in nessuno dei tre paesi; in ognuno di essi si tende a ricercare un collegamento forte, se non quasi diretto, tra l'ente e l'illecito e una verifica concreta dei legami interni al gruppo. Risulta anche evidente come sia difficile un'armonizzazione tra gli stessi ordinamenti, data la lontananza sul fronte della disciplina dei gruppi di società e della normativa in materia di responsabilità degli enti (con criteri di ascrizione profondamente differenti).

Emerge ora la necessità di interrogarsi su questioni fondamentali, quali la natura della responsabilità dell'ente e, ancor maggiormente, l'opportunità di un'eventuale punizione del gruppo.

Partendo dalla constatazione dell'impatto che l'impresa organizzata nella forma di un non meglio definito "gruppo" può avere su interessi giuridici di larga scala (ambiente, sicurezza sul lavoro, economia pubblica, solo per citarne alcuni) ci si è inizialmente chiesti come venisse affrontato tale tema negli ordinamenti presi in esame, sotto pressione di una Comunità Europea, che per prima ha avvertito la necessità di tutelarsi da una "struttura ultra-aziendale" con grosse potenzialità economiche, ma anche criminogene.

Ovunque abbiamo potuto osservare un certo imbarazzo, quasi un disagio dinanzi a normative ancorate a fondamenti, principi e categorie dogmatiche non più adatte²⁶¹.

Non si parla qui solo dell'ostacolo dell'apparentemente insuperabile (ma superato) principio *societas delinquere non potest*, ma dell'inadeguatezza di sistemi che iscrivono la responsabilità dell'ente nel contesto del diritto penale, costruendo un modello di imputazione che si basa solo sulla persona fisica autore del reato, non prestando la debita attenzione alle peculiarità proprie dell'ente stesso, oppure

²⁶¹ Sulla presa d'atto che la realtà è cambiata e impone un cambiamento allo stesso diritto penale si veda Paliero, il quale porta l'esempio emblematico nel campo della responsabilità del produttore, che pone problemi in tema di causalità, struttura della condotta e soggettività, ove il garante risponde sovente non per il mancato controllo di una ben individuata fonte di pericolo ma per l'aumento del rischio derivante dalla produzione, C. E. PALIERO, *L'autunno del patriarca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1240

inquadrando tale responsabilità nel contesto di un meno garantito (?) diritto amministrativo, per aggirare quegli ostacoli derivanti dalle “rigidità” (sacrosante) del *Kernstrafrecht*.

Si parta da una riflessione, ancora prima che sulla responsabilità nel contesto di gruppo, sulla responsabilità dell’ente stesso.

La Francia, abbiamo visto, è stato il primo paese continentale a superare il principio *societas delinquere non potest*, introducendo la responsabilità penale degli enti all’interno dello stesso codice penale. Nonostante l’apprezzabile intento, non convince la scelta di costruire la responsabilità della persona giuridica su un mero “rimbalzo” (oggettivo) dalla responsabile persona fisica, organo o rappresentante dell’ente, a quest’ultimo. D’altra parte tale scelta è imposta dalla classificazione della responsabilità come “penale”, dalla sua introduzione all’interno del codice penale, dalla sua conseguente sottoposizione a principi e categorie penalistiche...essi non possono valere per l’ente, che è cosa ben diversa dalla persona fisica. In tale modo si giunge però ad un paradosso: se, per rispettare il principio di colpevolezza, è la responsabilità del soggetto che rappresenta l’ente ad essere primariamente indagata, si annulla tale sforzo (valevole) di rispettare il principio fondamentale ora enunciato nel momento in cui ci si accontenta di attribuire all’ente una responsabilità *par ricochet* e si perde l’opportunità di individuare una vera e propria colpevolezza dell’ente stesso.

La Germania ha preferito optare per l’introduzione della responsabilità dell’ente nel proprio ordinamento amministrativo, qualificandola come responsabilità “quasi penale”, ben consapevole degli attriti che si creano nel momento in cui si cerca di applicare ad essa i principi penalistici. La disciplina introdotta soddisfa il legislatore tedesco che riesce, tramite essa, a colpire un’ampia gamma di comportamenti posti in essere da soggetti in un “contesto societario”, non dovendo sottostare alle rigidità del diritto penale; non soddisfa il giurista che sente l’esigenza di una risposta penale forte alla criminalità d’impresa, soprattutto di una disciplina penale in grado di imporre alle imprese l’obbligo di stabilire dei controlli interni efficaci²⁶².

²⁶² W. BOTTKE, *Empfiehl es sich, die strafrechtliche Verantwortlichkeit fuer Wirtschaftsstraftaten zu verstaerken?*, in *Wistra*, 1991, p. 81 ss.

Ovunque si assiste al tentativo di applicare categorie “tradizionali” ad una materia che offrirebbe invece l’opportunità (oltre a porre la necessità) di riflettere in modo completamente nuovo sul tema della responsabilità.

Se Bettiol nei suoi scritti giuridici del secolo scorso scriveva che è la natura dell’uomo il punto cruciale della materia²⁶³, oggi si assiste ad un completo cambiamento di paradigma, in cui il “*buon vecchio diritto penale*” con le sue raffinate (quanto inadeguate, in questa materia) categorie²⁶⁴ non può funzionare.

Nel caso degli enti il giudizio di antigiusuridicità della condotta aziendale dev’essere svincolato dall’analisi della responsabilità penale individuale, lo stesso soggetto che opera all’interno dell’ente non dev’essere visto come persona fisica ma come “*soggetto che, all’interno dell’impresa, svolge determinati ruoli*”, determinate funzioni²⁶⁵. L’attenzione dev’essere focalizzata sull’impresa, sui suoi scopi ed obiettivi²⁶⁶, sulla sua organizzazione²⁶⁷.

Il pensiero va inevitabilmente alla disciplina italiana che, pur criticabile sotto vari aspetti, ha il merito di aver posto l’organizzazione al centro del dibattito.

Nel momento in cui il sistema 231 entrò in vigore molti parlarono di “frode delle etichette”, di responsabilità sostanzialmente penale; solo dopo diversi anni si fecero sempre maggiori le voci di chi ravvisò in essa una vera e propria “terza via”. Al di là dell’inquadramento dogmatico (di cui non si vuole negare, comunque, la rilevanza),

²⁶³ G. BETTIOL, *Scritti giuridici, Tomo II*, Padova, 1966

²⁶⁴ C. E. PALIERO, *L’autunno del patriarca*, in Riv. It. Dir e proc. Pen., 1994, p. 1240

²⁶⁵ in tal senso si esprime efficacemente De Maglie, che prosegue sostenendo la necessità di vedere le persone giuridiche come “*un insieme di posizioni che hanno il potere di incanalare i pensieri e le azioni degli individui rimpiazzabili che occupano queste posizioni. [...] L’attenzione del gruppo – rectius, sull’organizzazione come entità a sé stante – impedisce che l’accertamento della responsabilità si blocchi di fronte ad eventuali sostituzioni di personale, che caratterizzano la normale attività delle grandi imprese*” in C. DE MAGLIE, *L’etica e il mercato, la responsabilità penale delle società*, Milano, 2002

²⁶⁶ Si veda a tal proposito Kramer, secondo il quale scopi ed obiettivi costituirebbero il fine stesso dell’impresa, il “*carattere peculiare dell’organizzazione*”, trascendendo le volontà ed aspettative soggettive di coloro che, in via transitoria, operano all’interno dell’impresa. R. C. KRAMER, *Corporate Criminality: The Development of an Idea*, Beverly Hills, 1984, p. 81.

²⁶⁷ Sulla necessità di elaborare un modello in grado di contrastare la criminalità d’impresa nel rispetto dei principi costituzionali che regolano la responsabilità penale, e che non può prescindere dall’analisi di scopi ed obiettivi dell’impresa, si vedano anche gli studi di Stella, tra cui F. STELLA, *Criminalità d’impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1998, p. 459; F. STELLA, *Criminalità d’impresa: nuovi modelli d’intervento*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1999, p. 1254 ss. Nella relazione al progetto della Commissione Grosso si può leggere come il l’illecito possa essere, e spesso sia “*frutto di condizionamenti sull’agire del singolo, connessi all’operare per l’organizzazione: condizionamenti che possono derivare, e di regola derivano, da vincoli organizzativi, stili di comportamento, “politiche” imposte o additate ai portatori di determinati ruoli*”.

ciò che interessa è l'emergere della nozione di impresa come organizzazione e l'individuazione, proprio in questa sua peculiarità, del fulcro attorno a cui far ruotare una nuova concezione di colpevolezza, questa volta propria solo dell'ente, intravista nella colpa d'organizzazione.

Questa pare essere la strada da doversi seguire, nell'individuazione di nuove categorie ritagliate apposta su questi soggetti di diritto: gli enti (enti in senso strettamente giuridico, ma anche più genericamente economici, come i gruppi).

L'ente agisce per il tramite delle persone fisiche che lo compongono, ma sulla base di una propria politica aziendale, che va oltre l'interesse del singolo. L'ente che persegue scopi leciti e che vuole minimizzare il rischio della commissione di reati da parte dei soggetti che per esso agiscono, dovrà creare una struttura organizzativa controllabile e trasparente; diversamente, l'ente diventa facilmente un mero schermo dietro al quale ogni persona può ritenersi libera di fare ciò che vuole. D'altra parte potere e responsabilità sono due facce della stessa medaglia; nel momento in cui si riconosce l'esistenza della persona giuridica e la sua capacità d'agire, gli si riconosce anche il dovere di rispondere dei danni causati dalle "sue" azioni. In tal modo essa è portata ad organizzarsi. L'organizzazione diventa così concretizzazione e manifestazione esteriore della sua volontà di gestire il rischio derivante non solo dalla propria attività, ma dalla sua stessa natura di entità che racchiude in sé più soggetti per il perseguimento di uno scopo comune.

Un diritto penale, amministrativo, quasi-penale/terza via che suggerisce all'ente di organizzarsi e lo punisce laddove l'assente o inidonea organizzazione abbia dato origine ad un reato sembra inserirsi in quella trasformazione che Nauke aveva efficacemente descritto come "*passaggio da una repressione limitata di illeciti ad una prevenzione illimitata di comportamenti*"²⁶⁸; evoluzione che in questa sede non è dato approfondire ma che richiede una seria ed oculata riflessione sul ruolo del "diritto punitivo" al giorno d'oggi²⁶⁹.

²⁶⁸ Forse proprio in questo campo potrebbe trovare spazio un *Interventionsrecht* che abbia il compito di rispondere alle esigenze di tutela della nuova società del rischio. Il dibattito sulla (necessaria) mutazione del diritto penale è tema di grande interesse che meriterebbe tuttavia un autonomo approfondimento. Si rimanda pertanto al tema trattato da Delmas Marty da una parte e Tiedemann, Hassemer, dall'altra, nel contesto della scuola di Francoforte. In questo senso Paliero in, C. E. PALIERO, *L'autunno del patriarca*, in Riv. It. Dir e proc. Pen., 1994, p. 1249

²⁶⁹ Il diritto penale classico viene stravolto, è inevitabile la preoccupazione di chi sente un allentarsi delle garanzie tradizionali e contemporaneamente un utilizzo nuovo di tale materia come strumento di

CONCLUSIONI

Tornando al tema oggetto della ricerca, ci si deve domandare se sia possibile applicare il ragionamento appena fatto alla realtà del gruppo di società.

Come abbiamo visto il sistema italiano offre già la possibilità di intravedere qualche soluzione al tema in oggetto, senza giungere alla soluzione estrema della responsabilizzazione dell'intero gruppo.

Sicuramente pare opportuno riconoscere in capo alla società madre il dovere di verificare che le società controllate siano organizzate in modo idoneo per minimizzare il rischio di reato.

Come la società deve chiedere il rispetto dei principi societari a collaboratori esterni che per essi operano (pur con una certa indipendenza), a pena della cessazione della collaborazione, la società madre dovrebbe stabilire delle "regole d'ingresso al gruppo", tra cui la condivisione di principi etici di gruppo e la predisposizione di specifici modelli per ciascuna società. Il modello non potrà mai essere dettato dalla controllante; ogni società dovrà dotarsi autonomamente di un modello idoneo a prevenire i reati nella propria realtà specifica, poiché ogni modello dev'essere ritagliato sulla singola realtà aziendale (non avrebbe infatti alcun senso pensare ad un "modello di gruppo").

Parimenti l'organismo di vigilanza della società controllata non dovrà sottostare all'organismo di vigilanza della capogruppo, dovrà però dialogare con esso e con gli altri organismi delle società del gruppo. La società madre non "rischia" di rispondere degli eventuali illeciti commessi dalla società figlia, "deve" rispondere, se si verifica che essa non ha promosso l'organizzazione aziendale delle proprie controllate.

L'elemento soggettivo dell'illecito ruoterebbe quindi ancora attorno all'organizzazione, traducendosi tuttavia, in capo alla capogruppo, in un obbligo di promozione dei modelli creati poi nello specifico per le singole società del gruppo.

socializzazione, vettore di stabilizzazione sociale, stimolo e guida per un processo di civilizzazione. Le preoccupazioni sono inevitabili perché, paradossalmente, viviamo un'epoca in cui la modernizzazione, che porta con sé un'inevitabile moltiplicazione di rischi (in tutti i campi), di necessità, di "costi sociali", è sovente accompagnata da una contemporanea perdita di "civilizzazione" intesa quale elaborazione e sedimentazione di punti di riferimento, principi, regole sociali (spesso solo imposte dall'alto poiché non si sa nemmeno più cosa sia e cosa voglia dire società ed identificazione in essa). E' quindi disorientante pensare ad un diritto penale (da sempre strumento da far intervenire *extrema ratio*) diventi, in un generale clima ove valori e principi sono annacquati, promotore sociale. E' necessario quindi partire nuovamente dai principi fondamentali, dalla chiara individuazione di beni giuridici cui accordare tutela in modo imprescindibile e, non da ultimo, dal sistema di garanzie.

In questo senso l'intervento del legislatore apparirebbe opportuno e dovrebbe esser volto non a riscrivere l'intera disciplina, quanto ad introdurre in capo alla società controllante l'onere di promuovere l'adozione dei modelli creati poi nello specifico per le singole società del gruppo.

Anche relativamente ai criteri oggettivi dell'illecito "amministrativo da reato" si ritiene sia possibile "un adattamento" della normativa vigente alla realtà in oggetto.

L'interesse della società appartenente al gruppo dovrà esser ricercato e provato tenendo presente la dimensione in cui essa opera, differente da quella in cui opera la società singolarmente considerata (come abbiamo detto, il *delta-T* di riferimento sarà inevitabilmente differente e potrà esser determinato solo alla luce della storia e della vita concreta del gruppo). Non quindi un'automatica e semplicistica coincidenza con un generico interesse di gruppo, ma l'analisi di uno specifico interesse della singola società alla luce dell'appartenenza al gruppo.

Quanto al legame dell'autore del reato con l'ente, l'intervento legislativo dovrebbe esser volto a far ordine e chiarezza sui rapporti tra apicali e sottoposti della controllata e della controllante.

Anche in questo caso sembra preferibile escludere l'utilizzo di semplici automatismi volti a considerare genericamente i soggetti della controllata quali sottoposti della controllante. Pare invece auspicabile partire dall'analisi delle funzioni concretamente svolte dai soggetti delle società e riconoscere che, in presenza di un amministratore di fatto della controllata (contemporaneamente apicale o sottoposto della controllante), i soggetti appartenenti alla controllata si debbano ritenere "apicali o sottoposti di fatto" della controllante. Nel caso in cui un soggetto sottoposto della controllata (governata da un amministratore di fatto, parimenti apicale della controllante) commetta un reato nell'interesse di entrambe le società, la società madre potrà così essere chiamata a rispondere di un reato commesso da un proprio sottoposto (c.d. di fatto).

Se potessimo invece per un istante andare oltre al (pur imprescindibile) dato giuridico, potremmo forse azzardare un parallelo tra l'organizzazione di più persone al fine del raggiungimento di un obiettivo (interesse d'impresa) e l'organizzazione di più società per il raggiungimento di un obiettivo (interesse di gruppo); ciò che

cambiarebbe sembrerebbe la scala dimensionale. Di conseguenza potremmo sostenere che, come l'ente è tenuto ad organizzarsi laddove può, tramite il suo operato, arrecare danni ai singoli o alla società, parallelamente a ciò dovrebbe essere tenuto il gruppo; così se esso può condizionare l'operato delle società che vi appartengono per il raggiungimento di un obiettivo economico, esso può allo stesso tempo (*rectius* deve) far in modo che le singole società facciano quanto in loro potere per raggiungere quell'obiettivo nel solco della legalità, in altre parole il gruppo deve porre delle regole, non solo degli obiettivi. Se il gruppo, per il perseguimento di un interesse che potremmo definire sovra-societario, impartisce delle direttive che suggeriscono condotte contrarie alla legge, esso dovrebbe assumersene la responsabilità. Tale pare essere la logica fondante l'indirizzo comunitario in materia di diritto della concorrenza.

Certo si può obiettare che, nel caso in cui si decidesse di sanzionare l'intero gruppo, gli effetti di *overspill*²⁷⁰, già presenti nel caso di responsabilizzazione e punizione della singola società, sarebbero ancora maggiori, e forse insostenibili, dal momento che gli effetti negativi potrebbero ripercuotersi in modo disastroso sul mercato e, conseguentemente, sulla politica e sull'intera società.

Il bilanciamento di beni in gioco non è assolutamente facile ma estremamente necessario; soprattutto è necessario condurre una valutazione sincera sull'opportunità o meno di introdurre una responsabilità di gruppo, prestando attenzione a non prendere in considerazione solo le conseguenze economiche della sanzione (individuabili ad un primo sguardo superficiale).

Questa breve ricerca evidenzia le difficoltà legate al tema trattato e non può che aprire nuove domande, a partire da una riflessione approfondita sul ruolo che il diritto punitivo può avere in questa nuova sfida moderna, potendo divenire strumento preventivo di promozione di condotte virtuose da parte degli enti, sia come singola società che come gruppo. Per realizzare questo obiettivo si ritiene corretto partire dall'organizzazione ed imporre un obbligo di organizzazione in capo a colui che, nel momento in cui agisce, si deve assumere il rischio connesso allo svolgimento della sua attività. Si avrà così un diritto dell'ente, incentrato sulle funzioni in esso svolte (prima

²⁷⁰ C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato, la responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, p. 44

CONCLUSIONI

ancora che sui suoi soggetti) e sull'organizzazione. La funzione (svolta da un apicale, anche di fatto, o da un sottoposto, anche all'amministratore di fatto) fungerà da collegamento oggettivo per l'eventuale attribuzione di responsabilità, unitamente all'interesse o vantaggio (da individuare in modo differente, a seconda del contesto di riferimento, legato a dati fattuali concreti e specifici della realtà di gruppo), mentre l'organizzazione consentirà di indagare l'elemento soggettivo della colpevolezza.

La materia in oggetto regola fenomeni che sovente si estendono, per loro natura, oltre i confini nazionali; l'armonizzazione delle discipline appare oggi alquanto lontana, pur essendo quanto mai auspicabile, trattandosi, a maggior ragione, non più e non solo della "punizione" di una condotta, bensì della prevenzione di comportamenti con effetti dannosi potenzialmente senza confini.

Bibliografia

- H. ACHENBACH, A. RANSIEK, *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, Heidelberg, 2004
- N. ABRIANI, *Riforma del diritto societario e responsabilità dell'amministratore di fatto: verso una soluzione unitaria dell'istituto?*, in *Le società*, 2000, n. 3
- A. ALESSANDRI, *Brevi osservazioni sull'interesse di gruppo quale criterio oggettivo di imputazione della responsabilità da reato*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, n. 1
- A. ALESSANDRI, *Manuale di diritto penale dell'impresa, parte generale*, Bologna, 2000
- A. ALESSANDRI, *Reati in materia economia*, Torino, 2012
- A. ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in A. ALESSANDRI, *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002
- H. ALTMEPPEN in *Münch-Kommentar*, München, 2010
- G. AMARELLI, *L'indebita inclusione delle imprese individuali nel novero dei soggetti attivi del D.Lgs. 231/2001*, nota a sentenza del 5.07.2011 consultabile sul portale online della rivista *Diritto Penale Contemporaneo*
- G. AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2006
- S. AMBROSINI, *L'amministrazione e i controlli nella società per azioni*, in *Giur. Comm.*, 2003, I
- E. AMODIO, *Rischio penale di impresa e responsabilità degli enti nei gruppi multinazionali*, in *Riv. Dir. Proc. Pen.*, 2007, n. 4
- A. ATIBACK, *L'abus de biens socieaux dans le group de société*, Paris, 2007
- A. BASSI, T. E. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato: accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano, 2006
- C. BENUSSI, *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale nei gruppi di società: limite scriminante o "esegetico"?*, in G. BERTA, *I gruppi Societari*, Torino, 2011

BIBLIOGRAFIA

- A. BERTSCH, *Rechnungslegung Von Konzernunternehmen: Probleme und Alternative Konzeptionen*, Berlin, 1995
- G. BETTIOL, *Scritti giuridici, Tomo II*, Padova, 1966
- F. C. BEVILACQUA, *Responsabilità da reato ex D.Lgs. 231/2001 e gruppi di società*, Minano, 2010
- P. BEZARD, L. DABIN, J.-F. ECHARD, B. JADAUD, A. SAYAG, *Les groupes de sociétés. Une politique législative*, Paris, 1975
- D. BOCK, *Strafrechtliche Aspekte der Compliance-Diskussion- §130 OWiG als zentrale Norm der Criminal Compliance*, in *ZIS*, 2009, n. 2
- D. BOCK, *Strafrechtliche gebotene Unternehmensaufsicht (Criminal Compliance) als Problem der Rechtssicherheit*, in *Wistra*, 2011, Heft 6
- J. BOHNERT, *Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz OWiG*, 3. Aufl., 2003
- M. BOIDI, A. ROSSI, P. VERNERO, *La disciplina dei gruppi d'impresa e il rapporto con il D.Lgs. 231/2001, anche alla luce della recente sentenza della Corte di Cassazione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, n. 2, 2012
- F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004
- W. BOTTKE, *Empfiehl es sich, die strafrechtliche Verantwortlichkeit fuer Wirtschaftsstraftaten zu verstaerken?*, in *Wistra*, 1991
- B. BOULOC, G. STEFANI, G. LEVASSEUR, *Droit pénal général*, 19° ed., Paris, 2005
- V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità, chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur Comm.*, 2006, I
- A. CADOPPI, G. GARUTI, P. VENEZIANI, *Enti e responsabilità da reato*, Torino, 2010
- G. F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale. 2. Diritto delle società*, VII ed., Torino, 2011
- M. E. CARTIER, *La responsabilité pénale des personnes morales: évolution ou révolution*, JPC 1994, suppl. n° 5
- P. E. CASSANDRO, *I gruppi aziendali*, Bari, 1957
- L. D. CERQUA, *Diritto penale delle società*, Padova, 2009
- G. COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato ed i ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004
- A. COEURET, *Pouvoirs et responsabilité en droit pénal social*, in *Dr. Soc.*, 1975, n. 7-8

BIBLIOGRAFIA

- S. COLOMBI, *La holding e il gruppo di imprese*, Rimini, 2009
- COMMISSION DE RÉVISION DU CODE PÉNAL, *Avant-projet définitif de code pénal. Livre I. Dispositions générales*, Paris, 1978.
- L. CONTI, *Responsabilità penali degli amministratori e politiche di gruppo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995
- L. DABIN, J.-F. ECHARD, B. JADAUD, A. SAYAG, *Les groupes de sociétés. Une politique législative*, Paris, 1975
- M. DELMAS-MARTY, *Droit pénal des affaires, III ed.*, Paris, 1990
- M. DELMAS-MARTY, *Droit pénal des affaires, IV éd.*, Paris, 1996
- M. DELMAS-MARTY, *Les conditions de fond de mise en jeu de la responsabilité pénale*, in *Rev. Soc.*, M. DELMAS-MARTY, G. GIUDICELLI-DÉLAGE, *Droit pénal des affaires*, Paris, 2000
- 1993
- C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato, la responsabilità penale delle società*, Milano, 2002
- C. DE MAGLIE, *La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche. Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in *Dir. proc. pen.*, 2001
- C. DE MAGLIE, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in *Dir. proc. pen.*, 2001
- M. DE SALVIA, V. ZAGREBELSKY, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali. La giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia delle Comunità europee, Vol. III*, Milano, 2007
- G. DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la parte generale e la parte speciale del D. Lgs. 8 giugno 2001/231*, in G. GARUTI, *Responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002
- G. DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti nel sistema sanzionatorio italiano: alcuni aspetti problematici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004
- F. DESPORTES, *Les conditions d'imputation d'une infraction à une personne morale*, in *Cah. Jurelectr.*, 2000, n. 67

BIBLIOGRAFIA

- G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Trattato di Diritto Penale*, Milano, 2008
- O. DI GIOVINE, *L'estensione delle qualifiche soggettive (art. 2639)*, in AA.VV. (a cura di A. GIARDA, S. SEMINARA), *I nuovi reati societari, diritto e processo*, Padova, 2002
- F. DI SABATO, *Riflessioni spase sui gruppi: direzione unitaria, rapporti infragruppo, rapporti creditizi di gruppo*, in *M. Giur. Comm.*, 1995, I
- D. DOELLING, C. LAUE, *Corporate Criminal Liability in Germany: a never Ending Story?*, in S. ADAM, *La responsabilité pénale des personnes morales en Europe*, Bruxelles, 2008
- E. DOLCINI, C. E. PALIERO, *Scritti in onore di Giorgio Marinucci, Vol. III*, Milano, 2006
- H. DONNEDIEU DE VABRES, *Les limites de la responsnabilité pénale des personnes morales*, *rev. int. dr. pen*, 1950
- U. EHRICKE, *Dal abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz*, Tübingen, 1998
- V. EMMERCH, M. HABERSACK, *Konzernrecht*, 9° ed., Muenchen, 2008
- T. E. EPIDENDIO, *La costituzione del "caso giurisprudenziale" in giurisprudenza: presupposti di estensione della responsabilità ex D.Lgs. 231/2001 nei gruppi di società*, in *Cass.Pen.* n. 12/2011
- P. FAIVRE, *La responsnabilité pénale des personnes morales*, in *Rev. Sc. Crim.*, 1958
- G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VI ed., Bologna, 2006
- L. FOFFANI, *Estensione delle qualifiche soggettive*, in F. C. PALAZZO, C. E. PALIERO, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova 2003
- F. GALGANO, *Diritto Commerciale. L'imprenditore – Le società*, VIII edizione, Bologna, 2010
- A. GAMBINO, *"I gruppi in Italia alla luce del progetto IX direttiva"*, in *Giur. Comm.*, 1987, I
- F. GANDINI, *Brevi cenni sulla responsabilità delle persone giuridiche in Germania*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2008, n. 4
- K. GEILERNIS, *Gesellschaftliche Organisationsformen des neueren Wirtschaftsrecht: Einzelbeitr. zum Recht der Wirtschaftsgemeinschaften*, Bensheimer, 1922

BIBLIOGRAFIA

- A. GIARDA, E. M. MANCUSO, G. SPANGHER, G. VARRASO, *Responsabilità "penale" delle persone giuridiche*, Milano, 2007
- S. GIAVAZZI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche: dieci anni di esperienza francese*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Eco.*, 2005
- F. GIUNTA, *La riforma dei reati societari ai blocchi di partenza. Prima lettura del d. legisl. 11 aprile 2002*, in *St. jur.*, 2002
- C. GRANELLI, *La responsabilità civile degli organi di gestione alla luce della riforma della società di capitali*, in *Le società*, 2003, n. 12
- M. GUERNELLI, *La responsabilità delle persone giuridiche nel diritto penale-amministrativo interno dopo il D. Lgs. 231/2001 (prima parte)*, in *St. jur.*, 2002
- Y. GUYON, *La fraternité dans le droit de société*, in *Rev. Soc.*, 1989, n. 10
- F. HAUSSMANN, *Die Tochtergesellschaft: eine rechtliche Studie zur modernen Konzernbildung und zum Effektenkapitalismus*, Liebmann, 1923
- G. HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Baden-Baden, 1995
- F. HERMANN, F. U. KLEIER, *Grenzen der Aufsichtspflicht in Betrieben und Unternehmen*, Köln, 1987
- H. J. HIRSCH, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, in *ZStW*, 107, II, 1995
- M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005
- R. ISAY, *Das Recht am Unternehmen*, Verlag von F. Vahlen, 1910
- S. KINDLER, *Das Unternehmen als haftender Taeter*, Nomos, 2008
- R. C. KRAMER, *Corporate Criminality: The Development of an Idea*, Beverly Hills, 1984
- W. KREKELER, E. WERNER, *Brauchen wir eine Unternehmensstrafrecht?*, in *Jahrbuch accounting, taxation and law (ATL): aktuelle Fragestellungen aus Bilanz-, Steuer- und Wirtschaftsrecht fuer mittelstaendische Unternehmen*, Muenster, 2012
- M. KUEPPER-DIRKS, *Managerhaftung und D&O Versicherung*, 2002
- J. KUHLMANN, E. AHNIS, *Konzern- und Uhmwandlungsrecht. 3 Aulf.*, Heidelberg, 2010

BIBLIOGRAFIA

- A. P. LA ROSA, “Osservazioni sulla proposta di nona direttiva sui gruppi di società”, in *Giur. Comm.*, 1986, I, p.831
- A. G. LATTANZI, *Reati e responsabilità degli enti. Guida al D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, II ed. Milano, 2010
- F. LE GUNEHÉC, B. DESPORTES, *Responsabilité pénale des personnes morales: art. 121-2, champ d’application et conditions de la rresponsabilité*, in *Juris-classeur*, 1994, 2
- F. LE GUNEHÉC, B. DESPORTES, *Le nouveau droit pénal*, I, 1996
- G. LEMME, *Il diritto dei gruppi di società*, Bologna, 2013
- G. LEVASSEUR, *Les personnes morales victimes, auteurs ou complice d’infractions en droit français*, in *Rèv. dr. pén. crim.*, 1945
- G. LUNGHINI, *Responsabilità amministrativa degli enti: soggetti, interessi infragruppo e requisiti di idoneità e di attuazione dei modelli*, in *Corr. Mer.*, 2005, n.3
- V. MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d.lgs. n. 231/2001: una “truffa delle etichette” davvero innocua?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002
- J. MAGNOL, *L’avantprojet de révision du Code pénal français (partie général)*, F. Boisseau, 1934
- J. MAGNOL, *Une experience de mise en oeuvre de la responsabilité pénale des personnes morales*, in *Rev. Int. Dr. Pén.*, 1946
- A. MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d’insieme*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002
- L. MARCHI, M. ZAVANI, *Economia dei gruppi e bilancio consolidato. Una interpretazione degli andamenti economici e finanziari*, II ed., Torino, 2004, cit. in G. BERTA, *I gruppi Societari*, Torino, 2011
- P. MARESCHI, *Il problema dei gruppi di società in Francia: brevi riflessioni su di una sentenza penale*, in *Giur. Comm.*, 1975, I
- G. MARINUCCI, “*Societas puniri potest*”: *uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002
- G. MARRA, *Legalità ed effettività delle norme penali. La responsabilità dell’amministratore di fatto*, Torino, 2002

BIBLIOGRAFIA

- V. MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio nella disciplina penale dei gruppi di società*, Napoli, 2006
- M. MASUCCI, *Vantaggi del gruppo e dell'impresa collegata nel governo penale degli abusi di gestione* in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2004, II
- A. M. MAUGERI *Il sistema sanzionatorio comunitario dopo la Carta europea dei diritti fondamentali*, in G. GRASSO, R. SICURELLA, *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007
- B. MERCADAL, P. JANIN, *Groupes de sociétés*, Paris, 1975
- R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel*, 7° éd, Paris, 1998
- P. MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, I
- P. MONTALENTI, *L'amministrazione sociale dal tesoro unico alla riforma del diritto societario*, in *Giur. Comm.*, 2003
- P. MONTALENTI, *Operazioni infragruppo e vantaggi compensativi: l'evoluzione giurisprudenziale*, in *Giur. it.*, 1999 AA. VV., *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, in *Giur. comm.*, 2002, I
- F. MUCCIARELLI, *Il ruolo dei "vantaggi compensativi" nell'economia del delitto di infedeltà patrimoniale degli amministratori*, in *Giur. comm.*, 2002, I
- E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, III ed., Milano, 2007
- E. MUSCO, C. E. PALIERO, A. MANNA, T. PADOVANI, tutti citati in G. LATTANZI, *Reati e responsabilità degli enti. Guida al D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, II ed., Milano, 2010
- L. NEYRET, *De l'approche extensive de la responsabilité pénale dans l'affaire Erika*, in *Rev. env.* 2010, n. 11, étude 29
- T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2002
- C. E. PALIERO, *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione*, in A. ALESSANDRI, *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002
- C. E. PALIERO, *L'autunno del patriarca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994
- M. PARIENTE, *Les groupes de sociétés et la responsabilité pénale des personnes morales*, in *Revue des sociétés*, Extrait du n. 2-1993

BIBLIOGRAFIA

- A. PAVONE LA ROSA, *Le società controllate. I gruppi*, in G. E. COLOMBO, G. B. PORTALE, Torino, 1991
- C. PEDRAZZI, *Diritto penale III, scritti di diritto penale dell'economia*, Milano, 2003
- C. PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale di impresa*, in Riv. Trim. Dir. Pen. Econ., 1988
- L. PISTORELLI, *Brevi osservazioni sull'interesse di gruppo quale criterio oggettivo di imputazione della responsabilità da reato*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, n. 1
- J.-C. PLANQUE, *La détermination de la personne morale pénalement responsable*, Paris, 2003, p. 244
- J. PRADEL, *Droit pénal general*, Paris, 2008
- D. PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2002, n. 2
- A. RANSIEK, *Strafrecht im Unternehmen und Konzern*, ZGR, 1999
- E. REHBINDER, *Konzernaussenrecht und allgemeines Privatrecht* Bad Homburg, 1969
- G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, in Rev. Econ., 1952, vol. 3
- M. ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in Riv. soc., 2002
- R. ROSENDORFF, *Die rechtliche organisation der Konzerne*, Spaeth & Linde, 1927
- K. ROGALL, in *Karlsruhe Kommentar, OWiG*, 3 Aufl, 2006
- J.-A. ROUX, *Cours de droit criminel francais*, 2° ed., 2, Paris, 1927
- K. J. RÜTSCH, *Strafrechtlicher Durchgriff bei Verbundene Unternehmen?*, Köln, 1987
- R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in Giur. Comm. 2003, I, speciale *La riforma delle società – D.Lgs. 17 gennaio 2003 n. 6 Codice Civile vigente, testi a confronto*
- R. SANTAGATA, *Il gruppo paritetico. Diritto commerciale interno ed internazionale*, Torino, 2002
- C. SANORIELLO, *Il nuovo diritto penale delle società*, Torino, 2003
- C. SANTORIELLO, *Gruppi di società e sistema sanzionatorio del D.Lgs. 231/2001*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, n. 4, 2007

BIBLIOGRAFIA

- S. SARCONE, *I gruppi aziendali*, II Ed., Torino, 1999
- E. SCAROINA, *La responsabilità del gruppo di imprese ai sensi del D.Lgs. 231 del 2001: problemi risolti e questioni aperte*”, in *Riv. Dir. Comm.*, 2013 n. 1
- E. SCAROINA, *Il problema dei gruppi di imprese*, Milano, 2006
- N. SELVAGGI, *L'interesse dell'ente collettivo quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato*, Napoli, 2006
- SICURELLA, *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007
- C. SORCI, G. FALDETTA, *I gruppi come strumenti di governo delle aziende*, Milano, 2008
- P. SPADA, “*Gruppi di società*”, in *Riv. Dir. Civ.*, 1992, II
- A. STANISLAS, N. COLETTE-BASESCQZ, M. NIHOUL, *Criminal liability in Europe*, Bruxelles, 2008
- F. STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1998
- F. STELLA, *Criminalità d'impresa: nuovi modelli d'intervento*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1999
- L. STORTONI, D. TASSINARI, *La responsabilità degli enti: quale natura? Quali soggetti?*, in *Ind. Pen.*, 2006
- G. STRATENWERTH, *Zu einem Unternehmenstrafrecht?*, in *Festschrift fuer Rudolf Schmitt*, Tuebingen, 1992
- E. H. SUTHERLAND, *White collar crime: the uncut version*, Yale, 1983
- K. TIEDMAN, *La responsabilità delle persone giuridiche nel diritto comparato*, in *Div. it. dir. proc. pen.*, 1995
- K. TIEDEMANN, *Rapport introductif*, in M. DELMAS-MARTY, *La responsabilité pénale dans l'entreprise, vers un espace judiciaire européen unifié?*, Paris, 1997
- U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010
- U. TOMBARI, “*Il gruppo di Società*”, Torino, 1997
- U. TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in *Giur. Comm.*, 2004, I, p. 61 ss.
- G. VIDAL, *Cour de droit criminel et de science pénitentiaire*, 2° ed., Paris, 1902
- B. VOGT, *Die Verbandgeldbusse gegen eine herrschende Konzerngesellschaft*, Baden-Baden, 2009.

BIBLIOGRAFIA

K. G. WEIL, *Responsabilité de la société mère vis-à-vis des engagements d'une sarl filiale. Le droit positif allemand après l'arrêt du 29 mars 1993 de la Cour fédérale de justice*, in *Rév. Soc.*, 1994

S. WIMMER-LEONHARDT, *Konzernhaftungsrecht*, Tübingen, 2004