



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
Cattedra di Diritto e Procedura Penale degli enti

LA RESPONSABILITÀ DELLE IMPRESE DI GRUPPO

AI SENSI DEL D.LGS. N. 231/2001

RELATORE

**Chiar.ma Prof.ssa
Elisa Scaroina**

CANDIDATO

**Carlo Alberto Mario Corazzini
Matr. 114153**

CORRELATORE

**Chiar.ma Prof.ssa
Maria Lucia Di Bitonto**

Anno Accademico 2015-2016

*A mio Nonno, al quale finalmente
potrei dire: “Oggi”*

*Ai miei genitori e a tutta la mia famiglia,
per avermi permesso di intraprendere questo percorso
grazie alla loro fatica e al loro sacrificio.*

*A Jessica, senza la quale tutto questo
non sarebbe stato possibile.*

A Marco, per la nostra amicizia.

INDICE

Introduzione	1
Capitolo 1: Il gruppo di imprese	3
1.1 - <i>Nozione di gruppo: il problema della sua individuazione</i>	3
1.2 – <i>Il gruppo nella legislazione italiana</i>	5
1.3 - <i>La riforma del diritto societario: il D.Lgs. n. 6/2003 e i gruppi di società</i>	10
1.4. – <i>Classificazione dei gruppi di società</i>	19
Capitolo 2: Il D.Lgs. n. 231/2001 e i gruppi di imprese	24
2.1 – <i>D.lgs. n. 231/2001 e gruppi: una realtà da coordinare</i>	24
2.2 – <i>Il superamento del principio “societas delinquere non potest”: il D.lgs. n. 231/2001</i>	28
2.3 - <i>Il ruolo dei modelli organizzativi nel D.lgs. n. 231/2001</i>	29
2.3.1 - <i>segue: Il ruolo delle associazioni di categoria nella predisposizione dei modelli di prevenzione del rischio reato</i>	42
2.4 - <i>I modelli di prevenzione del rischio reato nei gruppi di società</i>	48
2.5. – <i>Una realtà peculiare: i modelli organizzativi delle società appartenenti a gruppi internazionali</i>	57
Capitolo 3: La responsabilità del gruppo tra dottrina e giurisprudenza	60
3.1. <i>Gli orientamenti elaborati in dottrina</i>	60
3.2. <i>La giurisprudenza di merito</i>	75
3.3. <i>La giurisprudenza di legittimità</i>	86

Capitolo 4: L'illecito di gruppo	96
4.1. <i>Il concetto di interesse di gruppo</i>	96
4.2. <i>La responsabilità del gruppo: può questo rispondere del reato in via immediata e diretta in virtù del riconoscimento dell'interesse di gruppo?</i>	100
4.3. <i>Le responsabilità all'interno del gruppo: la società capogruppo (o Holding) e le società controllate</i>	110
4.3.1. <i>Il problema posto dall'art. 4, D.lgs. n. 231/2001</i>	118
4.3.2. <i>segue: È configurabile una responsabilità del gruppo estero per il fatto commesso in Italia?</i>	130
4.4. <i>Il mancato riconoscimento della responsabilità immediata e diretta del gruppo: tra tutela dei principi costituzionali e problematiche criminologiche</i>	134
Conclusioni	140
Note Bibliografiche	143
Ringraziamenti	150

Introduzione

Il presente lavoro sorge dalla necessità di analizzare un fenomeno, sempre più diffuso negli ultimi anni, che vede l'attività economica polarizzarsi intorno ad imprese organizzate nella forma di gruppo.

Lo svilupparsi di nuove forme societarie (come la società europea e i raggruppamenti temporanei di imprese), lo svilupparsi di attività economiche non confinate al solo territorio nazionale e la consapevolezza del diffondersi dei reati transnazionali portano a ritenere che l'impresa (se vorrà essere maggiormente concorrenziale e competitiva) dovrà fare propri i vantaggi derivanti dall'aggregazione di imprese.

Questi vantaggi derivano dalla diversificazione dei rischi nello svolgimento dell'attività imprenditoriale e dalla dislocazione del processo produttivo, con indubbe ricadute positive collegate alla maggiore circolazione delle risorse e dei *know-how* aziendali.

Emerge quindi la necessità di una compiuta regolamentazione in materia di gruppi, attinente ai rapporti enucleabili all'interno degli stessi e all'interno delle singole realtà societarie.

Dovranno così essere approfondite le modifiche normative intervenute in materia di gruppi all'interno del nostro ordinamento.

Sarà poi necessario considerare come le società e i gruppi di imprese rispondano dei reati commessi nel loro interesse o a loro vantaggio da parte di soggetti che rivestono una posizione qualificata (di apicale o di sottoposto) all'interno dell'ente, alla luce delle innovazioni apportate all'interno del nostro sistema grazie all'abbandono del brocardo "*Societas delinquere non potest*".

Il gruppo di imprese è "*una realtà trovata dal diritto*" osserva Galgano. È questa una forma societaria preesistente al suo riconoscimento per via legislativa, frutto dell'inventiva e delle capacità imprenditoriali.

Il diritto avrà così il compito di riconoscere le caratteristiche principali dei

gruppi e tentare di approfondire le tematiche ad esso collegati, anche al fine di evitare che un uso distorto dell'istituto possa prestarsi a facili abusi nei confronti dei soggetti che si rapportino con un raggruppamento di imprese.

Da qui la necessità di ripercorrere gli aspetti salienti e caratterizzanti la normativa in materia di gruppi, anche alla luce degli intendimenti della dottrina e della giurisprudenza.

Affrontate le tematiche inerenti alla “parte generale” del Decreto Legislativo n. 231/2001, si affronterà specificamente la questione “cardine” del presente lavoro: data la laconicità dell'art. 1, D.lgs. n. 231/2001, ci si chiede se il gruppo sia un “ente dotato di personalità giuridica”, elemento necessario per riconoscere a tale entità la qualifica di “ente”, funzionale a rendere applicabile la normativa posta dal Legislatore del 2001 nei confronti dei gruppi. In altri termini il gruppo può essere ricompreso tra i soggetti di cui all'art. 1, D.lgs. n. 231/2001, ossia tra i “diretti” destinatari della disciplina introdotta in attuazione della L. n. 300/2000?

Infine si prenderanno in considerazione le strutture di gruppo elaborate dalla pratica commerciale, dedicando anche uno sguardo ai gruppi operanti all'estero e ai gruppi transnazionali (o multinazionali).

Capitolo 1

Il Gruppo di imprese

Sommario: 1.1. *La nozione di gruppo: il problema della sua individuazione.* – 1.2. *Il gruppo nella legislazione italiana prima della riforma del diritto societario.* – 1.3. *La riforma del diritto societario: il D.Lgs. n. 6/2003 e i gruppi di società.* - 1.4. *Classificazione dei gruppi di società*

1.1. La nozione di gruppo: il problema della sua individuazione

Come osserva Galgano, il gruppo di società è “*una realtà trovata dal diritto.*”¹ E’ il prodotto dell’ingegno dell’imprenditoria e non una creazione legislativa, frutto e fenomeno sociale, il quale richiede di essere regolato e non creato dal legislatore.

Le imprese di gruppo nei sistemi di *civil law* si sviluppano intorno al XX secolo a discapito di qualsiasi riconoscimento formale; esse rappresentano il frutto delle pratiche commerciali. Differentemente avviene nei sistemi di *common law*. Una prima regolamentazione in materia di gruppi di società, in questi sistemi, viene fatta risalire a una Legge del New Jersey del 1896, la quale stabiliva la possibilità per una *corporation* di acquistare azioni di un’altra società realizzando così l’obiettivo della concentrazione, in precedenza escluso.

Tornando ai sistemi di *civil law*, i gruppi sono frutto dell’utilizzazione di due categorie generali: l’autonomia contrattuale e il diritto di proprietà. Mediante l’autonomia contrattuale, una società potrà acquistare azioni di altra società al fine di conseguirne il controllo; mediante il diritto di proprietà potrà esercitare, sulle quote acquistate, i diritti inerenti al proprietario, ossia “ *il diritto di*

¹ F. Galgano, *Le società in genere, le società di persone, e società di capitali, i gruppi di società, il fallimento e le altre procedure concorsuali, indici generali*, Cedam 2015, 767 ss. p. e ancora sul punto C. Sandei, *La responsabilità delle Holding nei gruppi di società*, in *Studium iuris*, 2010, fasc.1, 34 p.

godere delle stesse in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico" (art. 832, c.c.).

Nel contesto di una moderna economia possiamo rilevare come *"l'organigramma imprenditoriale non è più modellato sull'ente singolarmente considerato ma acquisisce, di regola, la forma del gruppo di società."*² Si nota, quindi, che il raggruppamento di più società costituisce una delle forme di estrinsecazione della libertà di iniziativa economica sancita dall'art. 41, Cost., e inoltre fornisce una forma societaria più competitiva su scala mondiale.

Questa affermazione risulta indicativa per definire il concetto di gruppo di società. Definizione, oltretutto, coesenziale allo sviluppo di una moderna economia ma anche volta a creare un sistema di diritto positivo che cerchi di stare al passo con i continui mutamenti economici, determinati dall'evolversi e dal globalizzarsi dell'attività di impresa.

Illuminante, sul punto, Galgano, per il quale: *"una medesima attività economica può frazionarsi in una pluralità di società, tutte fra loro collegate da un rapporto di controllo azionario che ne assicura la guida unitaria, ciascuna destinata ad un singolo settore dell'impresa o ad uno specifico mercato in cui essa opera"*³.

Le caratteristiche ricorrenti di un gruppo si sostanziano in una pianificazione e direzione centralizzate e, allo stesso tempo, in un decentramento operativo e gestionale. Questi elementi rappresentano una costante all'interno dei gruppi di società. Infatti, ricorrono non solo all'interno dei gruppi di grandi dimensioni ma anche all'interno delle aggregazioni medio-grandi. Questa

² Cerqua e AA.VV., *Diritto penale delle società: profili sostanziali e processuali*, CEDAM, 2014, Capitolo XXV di A. Astrologo, cit. 1031 p.

³ F.Galgano, *I gruppi di società*, Utet, Torino, 2001, cit. 2 p.

forma giuridica è diventata, oggi, così appetibile da dar vita a gruppi locali, nazionali, internazionali, multinazionali e globali.⁴

Per molto tempo la disciplina italiana relativa ai gruppi di società si è dimostrata frammentaria e parziale⁵ ma, nonostante gli interventi in materia, il nostro ordinamento non è ancora approdato a una definizione di gruppo di società.

1.2. Il gruppo nella legislazione italiana prima della riforma del diritto societario

La mancanza di una disciplina unitaria in materia di gruppi ha determinato una serie ripetuta di abusi a danno sia delle società controllate sia dei creditori.

Prima della riforma del diritto societario, attuata con D.lgs. n. 6/2003, al fenomeno di gruppo non era dedicata alcuna disciplina unitaria nel nostro ordinamento.

Il legislatore del '42 non ritenne di introdurre all'interno del codice civile una disciplina specificatamente riferita al fenomeno. Questo perchè la realtà economica dell'epoca era caratterizzata da una prevalenza dell'attività agricola e da uno scarso sviluppo industriale e quindi il legislatore non avvertì la necessità di accogliere forme di imprese che non si confacessero all'economia del tempo. Solo intorno agli anni '50 e '60, con la ripresa economica e con le esigenze di un'economia in evidente espansione ed evoluzione, si assiste a un mutamento del modo di fare impresa. Infatti, si passa da imprese collocate in piccole realtà locali a imprese diffuse su tutto il territorio nazionale, mentre le grandi imprese cominciano a delocalizzare l'attività all'estero al fine di

⁴ P. Montalenti, *Organismo di vigilanza 231 e gruppi di società*, Age, 2009, 383 p. e G.P. Barbetta e AA.VV., *Il fenomeno dei gruppi di imprese in Italia*, in Quaderni di politica industriale, n. 6, 1996, 5 ss. p.

⁵ C. Sandei, *La responsabilità delle Holding nei gruppi di società*, in *Studium iuris*, 2010, fasc.1, 34 p

abbattere i costi di produzione e forgiare un prodotto o servizio più competitivo su un mercato sempre più concorrenziale. L'economia e il modo di fare impresa, che comincia a delinarsi sul finire degli anni '80, deve fare i conti con la globalizzazione e con la velocità di trasmissione di prodotti e informazioni all'interno mercati: le imprese si trovano ad operare con una concorrenza non su scala nazionale bensì mondiale.

Così, con l'evolversi dei mercati e della tecnologia, la realtà imprenditoriale cerca e crea nuove forme societarie anche a discapito di qualsiasi riconoscimento normativo.

È in questo contesto che comincia a delinarsi il gruppo di società, entità aggregata che cerca di abbattere i costi di gestione, che delocalizza le produzioni e che utilizza società specializzate negli ambiti più vari, riuscendo così a offrire prodotti sempre più diversificati.

La finalità principale per cui il gruppo è costituito è, dunque, quella di attribuire a ciascuna società facente parte dello stesso un distinto settore di attività, mercato o area. La caratteristica principale del gruppo è data dal fatto che le molteplici società che vi fanno parte costituiscono entità giuridicamente a sé stanti, ma che, allo stesso tempo, si pongono sotto la direzione unitaria di un'altra società, definita società *Holding* o società-capogruppo.

Il gruppo di imprese (o di società) persegue principalmente due obiettivi, che insieme danno luogo alla c.d. “*valenza economica dell'impresa di gruppo*”⁶, ossia: la separazione dei rischi connessi all'attività d'impresa e un maggior beneficio della responsabilità limitata. Quanto al primo punto, si nota che società operanti in diversi mercati riescono a diversificare in maniera più efficace i rischi e i costi connessi all'attività d'impresa; inoltre, la distinta soggettività giuridica delle singole società facenti parte del gruppo determina che, per i debiti contratti da una determinata società ne risponderà solo questa

⁶ F. Galgano, *Le società in genere, le società di persone, e società di capitali, i gruppi di società, il fallimento e le altre procedure concorsuali, indici generali*, Cedam 2015, cit. 770 p.

con il proprio patrimonio ma non risponderanno di questi le altre società facenti parte del gruppo, perchè si configurano, giuridicamente, come debiti altrui. In merito al secondo punto, si osserva che non si avrà più una responsabilità limitata del socio-investitore, ma si avrà una responsabilità limitata di una società per i debiti di un'altra, di cui la prima ha il controllo.⁷

Prima della riforma del diritto societario attuata con D.Lgs. n. 6/2003, esistono quattro normative che disciplinano alcuni aspetti particolari riguardanti i gruppi di società:⁸ il collegamento fra società, l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, la disciplina del bilancio consolidato e l'art. 2634, c.c. in tema di infedeltà patrimoniale.

L'art. 2359, c.c. disciplina, in primo luogo, il collegamento fra società e prende in considerazione due fenomeni: quello delle società controllate e quello delle società collegate, a cui sono dedicate rispettivamente il primo e il terzo comma.

Nel primo comma è fornita la nozione di controllo, distinguendo tra: I) controllo interno di diritto “ *le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria*”; II) controllo interno di fatto quando “ *le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria*”; III) controllo esterno o contrattuale quando “*le società [...] sono sotto l'influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali [intercorrenti] con essa.*”⁹ In quest'ultima ipotesi l'influenza dominante che viene esercitata prescinde dal possesso di una partecipazione azionaria ed è determinata da un vincolo contrattuale tale per cui una società è economicamente dipendente da un'altra società.

⁷ F. Galgano, *I gruppi di società*, Utet, 2001

⁸ Compiutamente sull'argomento E. Scaroina, *Il problema del gruppo di imprese, Societas delinquere potest*, Giuffrè 2006.

⁹ Sul punto G.F. Campobasso, *Diritto commerciale vol. 2, diritto delle società*, Utet, 2014, 292 ss. p. e ancora G. Lattanzi e AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti, guida al D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Giuffrè, 2010, 128 – 129, p.

Solo per i numeri I e II, il comma II della disposizione in esame equipara il controllo indiretto realizzato tramite società fiduciarie o interposta persona.

Nel terzo comma, invece, viene individuata la nozione di collegamento che si ha, sostanzialmente, quando una società esercita sulle altre solo un'influenza notevole e non dominante. Tale influenza si ha quando, nell'assemblea ordinaria, può essere esercitato almeno 1/5 dei voti (o 1/10 se la partecipata ha azioni quotate in mercati regolamentati).

Questa disposizione *“ha consentito alla giurisprudenza, chiamata ad occuparsi frequentemente di problematiche del gruppo, di riconoscere l'esistenza e attribuirgli legittimazione.”*¹⁰ Si traduce così a livello giuridico un fenomeno che, come abbiamo visto, può essere delineato come *“valenza economica dell'impresa di gruppo”*.

Sarà poi fondamentale, per il legislatore del 2003, la nozione di controllo perché questa *“fa presumere l'esercizio dell'attività di direzione e di coordinamento di società in cui si concretizza l'essenza del fenomeno di gruppo”*¹¹, anche se, controllo e gruppi, come osserva la dottrina che si è occupata dell'argomento, non sono sempre coincidenti.

Un ruolo fondamentale ha poi avuto la legge Prodi in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, la quale fa riferimento alle società di grandi dimensioni e al fatto che queste tendono ad aggregarsi per formare un gruppo di società. Fenomeno, questo, non trascurato anche dal legislatore in materia di fallimento e di procedure concorsuali. La disciplina si rinviene nella L. n. 95/1979, come poi modificata dal D.lgs. n. 270/1990 che all'art. 1 ne individua le relative finalità, consistenti in *“finalità conservative del patrimonio produttivo, mediante prosecuzione, riattivazione e*

¹⁰ E. Scaroina, *Il problema del gruppo di imprese, Societas delinquere potest*, Giuffrè 2006, cit. 17, p.

¹¹ G.F. Campobasso, *Diritto commerciale vol. 2, diritto delle società*, Utet, 2014, cit. 295, p.

riconversione delle attività imprenditoriali”. Ancora sono individuati i relativi presupposti negli artt. 1 e 27 del D.lgs. n. 270/1999 che servono a delineare quali entità possono accedere a questa procedura.¹²

Il D.lgs. n. 270/1999 al titolo IV, Capo I (Gruppo di imprese. Estensione dell'amministrazione straordinaria alle imprese di gruppo) agli artt. 80-91 individua una specifica disciplina per il gruppo insolvente.

Disciplina importante che non solo fa esplicito riferimento al fenomeno, come denota sia l'intitolazione del titolo IV e la distinzione rinvenibile all'art. 80 D.lgs. cit., tra società madre e società controllata, ma prevede anche una disciplina particolare nei casi di abuso di direzione unitaria da parte della controllante. Oggi, questa, rileva per l'affermazione della responsabilità penale della Holding per il fatto commesso dalla società controllata.

Ancora altre importanti indicazioni si traggono dalla disciplina in materia di bilancio consolidato. Si nota come la relativa disciplina è stata introdotta con il D.lgs. n. 127/1991, artt. 25-43, in attuazione della settima direttiva CEE di armonizzazione societaria. La funzione dell'istituto è quella di far emergere la situazione patrimoniale del gruppo, unitariamente considerato, facendo confluire in questo documento, redatto dalla capogruppo, i bilanci delle singole società appartenenti allo stesso (art. 25, D.lgs cit.).

Per questo i bilanci vanno rettificati adeguatamente in modo tale da espungere, dai documenti redatti dalle società facenti parte del gruppo, i rapporti all'interno dello stesso, con l'obiettivo di far emergere, al netto, la situazione finanziaria e patrimoniale della società. Si osserva come *“dall'esame della disciplina del bilancio consolidato, emerge l'altalenante atteggiamento del legislatore nei confronti del fenomeno del gruppo, incerto tra il*

¹² Si veda sul punto G.F. Campobasso, *Diritto commerciale vol.3, contratti, titoli di credito, procedure concorsuali*, Utet, 2012, 437 – 448, p.

*riconoscimento della sua unità e la conferma dell'autonomia delle società che lo compongono.*¹³”

Infine in materia di infedeltà patrimoniale il c.d. “ Progetto Pagliaro” del 1992 prevedeva che all’art. 2634, c.c. fosse introdotta un’esplicita disposizione riferita ai gruppi di società. Si considerava infatti lecito il profitto conseguito dall’impresa collegata se questo fosse stato compensato dai riflessi favorevoli per l’impresa nel cui interesse l’atto era stato compiuto.¹⁴ Disposizione destinata a sopravvivere, seppur in termini differenti, sino ai giorni nostri. Infatti, il D.lgs. n. 61/2002 ha introdotto tale disposizione nel comma III dell’articolo sopra citato.

Tale situazione, ormai, si prospettava come intollerabile. La mancanza di una disciplina unitaria in materia di gruppi mostra come il legislatore cerchi affannosamente di rincorrere una realtà economica in continuo divenire e che difficilmente riesce a essere tipizzata.

Questo è il contesto in cui il legislatore della riforma si troverà a operare, dovendo anche raccordare la precedente disciplina con quella che sarà di nuova introduzione.

1.3. La riforma del diritto societario: il D. Lgs. n. 6/2003 e gruppi di società.

È solo tra il 2000 e il 2002 che il legislatore italiano si rende conto della necessità di disciplinare compiutamente il fenomeno relativo al gruppo di società, anche per rispondere a quelle situazioni foriere di abusi nei confronti dei creditori sociali e delle società controllate.

Così, nell’intento di riformare alcuni aspetti del diritto societario, il Legislatore interviene a disciplinare sistematicamente all’interno del D.lgs. n.

¹³ E. Scaroina, *Il problema del gruppo di imprese, Societas delinquere potest*, Giuffrè 2006, cit. 21, p.

¹⁴ E. Musco, *I nuovi reati societari*, Giuffrè, 2007, 206 ss p.

6/2003 alcuni aspetti riguardanti i gruppi di società, precipuamente all'interno del Capo IX (dal titolo "Direzione e coordinamento di società").

Forse intimorito dal brocardo "*Omnis definitio in iure civili periculosa est; parum est enim, ut non subverti posset*" (Nel diritto civile ogni definizione appare pericolosa; è difficile infatti che essa non possa essere sovvertita) il Legislatore della riforma non definisce il gruppo di società, però ne disciplina solo alcuni aspetti particolari.

Si delinea, così, una sorta di minisistema normativo racchiuso in sette articoli (dall'art. 2497, c.c. all'art. 2497-septies, c.c.).

Come viene osservato sul punto: "*le nuove norme di diritto societario individuano, quindi, nell'attività di direzione e coordinamento il baricentro della nozione di gruppo.*"¹⁵

L'art. 2497, comma I, c.c. sancisce la responsabilità della *Holding* che esercita l'attività di direzione e coordinamento in violazione dei principi di sana e corretta gestione imprenditoriale. Si può notare che se l'attività di direzione e coordinamento di società avvenga nei rispetto dei principi di corretta gestione, la direzione unitaria viene considerata come naturale e fisiologica, al punto tale per cui si presume che quest'ultima venga in concreto esercitata dalla *Holding*.¹⁶

"*Al centro del sistema*", viene posta, "*la responsabilità della società dominante (art. 2497, c.c.) e, in via discendente, quella di coloro che abbiano comunque preso parte al fatto lesivo o ne abbiano consapevolmente tratto beneficio (art. 2497, comma II, c.c.)*".¹⁷ L'elemento qualificante del gruppo, o com'è stato definito il "*collante del gruppo*",¹⁸ consiste nell'attività di

¹⁵ Cerqua e AA.VV., *Diritto penale delle società: profili sostanziali e processuali*, CEDAM, 2014, cap. XXV, cit. 1043, p.

¹⁶ G. Sbisà, *Sui poteri della capogruppo nell'attività di direzione e coordinamento*, in *Contratto e impresa*, 2011, fasc. 2,

¹⁷ P. Abbadessa, *La responsabilità della capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2008, cit. 279, p.

¹⁸ E. Scaroina, *Il problema del gruppo di imprese, Societas delinquere potest*, Giuffrè 2006, cit. 27, p.

direzione e coordinamento, espressione già precedentemente adoperata all'interno del D.Lgs. n. 385/1993 all'art. 61, comma IV, in materia di gruppi bancari, e dal D.Lgs. n. 270/1999 all'art 90, in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi. *“Direzione e coordinamento sono termini utilizzati per indicare un'attività svolta dall'esterno nei confronti di chi gestisce la società e implicano un'influenza regolatrice sulla conduzione della società¹⁹”*, ma anche all'interno del sistema delineato con la riforma del 2003 il nostro legislatore non definisce in cosa consista l'attività di direzione e coordinamento.

La dottrina e la giurisprudenza sul punto sono concordi nel ritenere di dover fare riferimento alla nozione di abuso di “direzione unitaria” formatasi in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi.²⁰ Secondo tale orientamento si fa riferimento *“a un'attività volta a coordinare la politica economica e le linee essenziali dell'attività delle società collegate, imprimendo un'identità o conformità di indirizzi operativi a una pluralità di soggetti formalmente distinti, di modo che il “gruppo” viene gestito come se si trattasse di una sola impresa²¹”*, o ancora a situazioni in cui *“gli amministratori della controllante si avvalgono della posizione di supremazia per impartire agli amministratori della controllata direttive, in relazione al compimento di atti od operazioni che le arrecano danno, senza che alcun interesse di quest'ultima sia soddisfatto nemmeno per effetto dell'appartenenza al gruppo.²²”*

¹⁹ G. Sbisà, *Sui poteri della capogruppo nell'attività di direzione e coordinamento*, in *Contratto e impresa*, 2011, fasc. 2, cit. 371, p.

²⁰ Sul punto C. Venturi, *L'attività di direzione e coordinamento: la pubblicità dei gruppi nella riforma del diritto societario*, in *la riforma del diritto societario*, 2005 e ancora S. Giovannini, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, in *quaderni di Giur. Comm.* 366- 406 p., Giuffrè, 2007

²¹ C. Venturi opera ult. cit.

²² E. Scaroina, *Il problema del gruppo di imprese, Societas delinquere potest*, Giuffrè 2006, cit. 34, p., l'autrice ricorda come il concetto viene mutuato dall'art. 90, D.Lgs. n. 270/1999.

Se si legge questo punto in combinato disposto con l'art. 2497-sexies, c.c., si possono enucleare le situazioni che rilevano quali indici sintomatici dell'attività di direzione e coordinamento.

All'articolo da ultimo citato, troviamo in prima battuta una presunzione *iuris tantum* per la quale: “*si presume salvo prova contraria che l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci o che comunque le controlla ai sensi dell'art.2359, c.c.*”. In virtù della disposizione da ultimo richiamata, si ricorda come il controllo potrà sostanziarsi in: 1) controllo interno di diritto; 2) controllo interno di fatto; 3) controllo contrattuale.²³ Inoltre, secondo l'art 2497-septies, c.c. fuori dai casi previsti dall'art 2497-sexies, le disposizioni previste dal Capo IX si applicano anche alla società o all'ente che esercita attività di direzione e coordinamento di società, sulla base di un contratto con le società medesime o attraverso clausole previste nei loro statuti.

In dottrina, si nota come l'attività di direzione e coordinamento può manifestarsi in modo plurimo.

Tale attività potrà manifestarsi attraverso atti idonei a incidere sulle decisioni inerenti alle decisioni delle singole società, ossia su tutte quelle scelte capaci di influire sulla conduzione degli affari sociali. Sul punto viene osservato che “*la presunzione che gli amministratori della capogruppo diano indicazioni operative agli amministratori delle controllate e che costoro, pur potendole disattendere, di fatto le eseguano, appare ragionevolmente fondata.*²⁴”

È questa la prassi delle direttive (o disposizioni) di gruppo, le quali hanno carattere persuasivo o dissuasivo delle decisioni assunte dagli amministratori delle società controllate, anche in funzione della posizione di superiorità rivestita dalla *Holding* nei rapporti infrasocietari. Si potrebbe sostenere che, queste, sono volte a orientare l'attività del gruppo stesso, anche attraverso

²³ Sul punto si veda più analiticamente le pagine 4-5 del presente lavoro

²⁴ E. Scaroina, *Il problema del gruppo di imprese, Societas delinquere potest*, Giuffrè 2006, cit. 28, p.

direttive emanate dalla società controllante, al fine di perseguire scopi comuni che vedono come beneficiari i membri appartenenti al gruppo medesimo.²⁵

Altra manifestazione dell'attività di direzione unitaria è quella dei c.d. "regolamenti di gruppo". Al loro interno vengono individuati i criteri e le regole procedurali per il coordinamento e la direzione del gruppo.²⁶ Si tratta di un atto di organizzazione sia di competenza della società *Holding* sia delle società controllate che lo recepiscono.

In materia di "regolamenti di gruppo", però, è necessario distinguere tra regolamenti che incidono sia sull'attività meramente organizzativa delle società controllate sia sull'attività incidente nelle decisioni strategiche di fondo delle società controllate. Si può notare come il secondo caso potrà rilevare ai fini della normativa in esame, poiché è l'unica che incide effettivamente sulla gestione integrata del gruppo.

Un altro rilevante indice sintomatico dell'attività di direzione e coordinamento, è l'elaborazione di una politica comune per il gruppo che si sia formalizzata in piani strategici, industriali o nella predisposizione di garanzie patrimoniali infragruppo.

Il comune denominatore degli indici sintomatici dell'attività di direzione e coordinamento dovrà individuarsi nell'esistenza di un'attività duratura e sistematica, la quale si manifesta attraverso direttive riguardanti decisioni operative e strategiche delle società controllate.

Il legislatore, poi, sempre all'art. 2497, c.c. introduce una specifica ipotesi di risarcimento del danno a favore delle società soggette ad attività di direzione e coordinamento. La dottrina sul punto è concorde nel riconoscere una responsabilità extracontrattuale ai sensi dell'art. 2043, c.c. e nel qualificare la

²⁵ L'autrice da ultimo citata, sul punto, richiama una sentenza della Corte di Cassazione (Sent. n. 1439/1990) secondo la quale le direttive emanate dalla capogruppo sono considerate come "mezzi formali" di trasmissione delle decisioni dalla *Holding* alle società controllate.

²⁶ Sul punto G. Sbisà, *Sui poteri della capogruppo nell'attività di direzione e coordinamento*, in *Contratto e impresa*, 2011, fasc. 2, 375 – 376, p.

relativa azione come diretta e non surrogatoria, anche per sottolineare come le società facenti parte del gruppo mantengano costantemente una loro distinta soggettività giuridica.

Il danno risarcibile andrà valutato ai sensi dell'art. 2497, comma I, ult. periodo, c.c., e quindi *“non già con riferimento alla singola operazione, bensì considerando il risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento e quindi dei vantaggi compensativi che possono derivare dall'appartenenza al gruppo”*²⁷(c.d. Teoria dei vantaggi compensativi, la quale assume valenza generale nella tematica relativa ai gruppi). Questa previsione consente di *“impedire l'automatica incriminazione di un'operazione infragrupo dalla quale sia derivato un danno patrimoniale per una società e un vantaggio per un'altra del medesimo gruppo.”*²⁸ Il danno, quindi, potrà non sussistere qualora vi siano: o vantaggi compensativi immediatamente individuabili od operazioni volte a eliminare il pregiudizio subito dalla controllata. Questo significa che tutte le volte in cui il danno patrimoniale sopportato dalla società sia funzionale al raggiungimento di obiettivi vantaggiosi per il gruppo, viene meno il carattere dell'ingiustizia del danno.

Quindi, i soci e i creditori sociali potranno agire nei confronti della società capogruppo, per ottenere il risarcimento del danno da loro subito solo se non siano stati soddisfatti in precedenza dalla società controllata (art. 2497, comma I, c.c.). In questo caso, però, qualora la società abusata promuova a sua volta azione nei confronti della società dominante, il danno risarcibile consisterebbe in una somma di denaro alla quale vengono detratte le somme corrisposte a soci e creditori²⁹ (soluzione, questa volta, a non incorrere nel divieto del doppio risarcimento).

²⁷ G.F. Campobasso, *Diritto commerciale vol. 2, diritto delle società*, Utet, 2014, cit 305, p.

²⁸ E. Musco, *I nuovi reati societari*, Giuffrè, 2007, cit.223, p.

²⁹ Sul punto compiutamente P. Abbadessa, *La responsabilità della capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in Banca, borsa e titoli di credito, 2008, 285, ss., p.

La ratio della norma è tale per cui si vuole favorire l'unitarietà del gruppo rispetto alle singole società facenti parte dello stesso, imponendo alla *Holding* un vincolo di correttezza nell'attività di direzione e coordinamento esercitata sulle controllate.

Inoltre, secondo l'art 2497-septies, c.c. fuori dai casi previsti dall'art 2497-sexies, le disposizioni previste dal Capo IX si applicano anche alla società o all'ente che esercita attività di direzione e coordinamento di società, sulla base di un contratto con le società medesime o di clausole dei loro statuti.

Come già osservato, “*la presunzione che gli amministratori della capogruppo diano indicazioni operative agli amministratori delle controllate e che costoro, pur potendole disattendere, di fatto le eseguano, appare ragionevolmente fondata.*³⁰” Viene così riconosciuta dal legislatore la prassi delle direttive o disposizioni di gruppo, le quali hanno carattere persuasivo o dissuasivo delle decisioni assunte dagli amministratori delle società controllate anche in funzione della posizione di superiorità rivestita dalla *Holding* nei rapporti infrasocietari. L'esperienza di direttive provenienti dalla capogruppo è un dato che appartiene non solo al senso comune ma anche alla stregua del diritto societario.³¹ Oltretutto, l'esistenza di tale prassi è stata riconosciuta dalla Corte di Cassazione anche prima della riforma del diritto societario (sentt. nn. 1439/1990 e 1759/1992).³² Si può quindi sostenere che queste direttive sono volte a orientare l'attività del gruppo stesso, anche attraverso decisioni assunte dalla società controllante, al fine di perseguire scopi comuni, che vedono come beneficiari i membri appartenenti al gruppo medesimo. Per

³⁰ E. Scaroina, *Il problema del gruppo di imprese, Societas delinquere potest*, Giuffrè 2006, cit. 28, p

³¹ Sul punto F. Galgano, *I gruppi di società*, Utet 2001, 58 ss, p., il quale a sua volta sul punto richiama per una più compiuta disamina del fenomeno G. Scognamiglio, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996, 226 ss, p.

³² Secondo la sent. n. 1439/1990 “ *i programmi finanziari e produttivi di gruppo vengono elaborati dalla capogruppo nella veste di titolare della partecipazione di controllo; le decisioni adottate a livello dell'organo gestorio della controllante vengono trasmesse alle controllate, attraverso le deliberazioni assembleari, o altri mezzi formali, alle singole controllate, le quali sono tenute a uniformare agli obiettivi le loro unità operative.*

questo l'art. 2497-ter, c.c. obbliga la società controllata a motivare analiticamente e a indicare i motivi e le valutazioni che hanno inciso sulla decisione adottata dalla stessa quando sia stata influenzata dalla società controllante e a darne conto nella relazione sulla gestione. Sembra che gli amministratori delle società controllate non possano qualificarsi come *“mandatari [...] vincolati alle decisioni del mandante: fruiscono, al contrario, di una propria ed esclusiva competenza ad amministrare la società.”*³³

Infatti, anche ai fini di una più corretta e trasparente gestione dei rapporti societari, l'art. 2497-bis, c.c. impone alle società controllate di:

- 1) indicare la società o l'ente alla cui attività di direzione e coordinamento è soggetta;
- 2) esporre, in un'apposita sezione della nota integrativa, un prospetto riepilogativo dei dati essenziali dell'ultimo bilancio della società o dell'ente che esercita su di essa l'attività di direzione e coordinamento;
- 3) indicare i rapporti intercorsi con chi esercita l'attività di direzione e coordinamento e con le altre società che vi sono soggette e l'effetto che tale attività ha avuto sull'esercizio dell'impresa sociale e sui suoi risultati (come modificato attraverso il D.lgs. n. 37/2004.)

Tali compiti spettano agli amministratori i quali (se omettono di indicare negli atti o nella corrispondenza, o se non adempiono agli obblighi di pubblicità previsti dalla norma o, ancora, non indicano nel rapporto sulla relazione della gestione le informazioni previste al punto 3) sono responsabili per i danni derivanti ai soci o ai terzi dalla mancata conoscenza degli elementi predetti.

La riforma del diritto societario prevede ancora la facoltà per il socio di una società soggetta ad attività di direzione e coordinamento di recedere dal vincolo societario. Si delinea così, all'art. 2497-quater, c.c., un meccanismo a norma del quale i soci e *“soprattutto [...] quelli che non si identificano direttamente o indirettamente con l'ente capogruppo e possono perciò trovarsi in balia di decisioni del tutto sottratte ad ogni loro possibilità di*

³³ F. Galgano, *I gruppi di società*, Utet 2001, cit. 59, p.

influenza e controllo”³⁴ di rescindere il vincolo instaurato tra la società a cui appartengono e la società controllante, con modalità e condizioni più ampie rispetto a quelle ordinariamente riconosciute a un socio di una normale s.p.a..

Il socio potrà quindi recedere:

1) o quando la società o l'ente che esercita attività di direzione e coordinamento ha deliberato una trasformazione che implica il mutamento del suo scopo sociale, ovvero ha deliberato una sensibile una modifica del suo oggetto sociale;

2) o quando a favore del socio sia stata pronunciata, con decisione irrevocabile, condanna nei confronti di chi esercita attività di direzione e coordinamento ai sensi dell'art. 2497, c.c. (in tal caso il diritto di recesso può essere esercitato soltanto per l'intera partecipazione del socio);

3) o all'inizio o alla cessazione dell'attività di direzione e coordinamento, quando non si tratta di una società con azioni quotate in mercati regolamentati. Si può notare come la riforma sia preordinata a far emergere tutte quelle situazioni foriere di pregiudizi per i creditori e per le società controllate, anche nell'ottica di una gestione societaria più trasparente e rispettosa delle peculiarità delle singole società facenti parte del gruppo.

1.4. Classificazione dei gruppi di società

Come si è evidenziato nel paragrafo precedente, il perno attorno a cui ruota la disciplina dei gruppi di società è l'attività di direzione e coordinamento.

Questa “ *si svolge attraverso varie modalità, che sfuggono, [...] non solo ad una specifica disciplina, ma anche ad ogni possibilità di adeguata*

³⁴ C. Venturi, *L'attività di direzione e coordinamento: la pubblicità dei gruppi nella riforma del diritto societario*, in la riforma del diritto societario, 2005, cit. 5, p.

conoscenza.³⁵” In dottrina viene notato come l’applicazione della disciplina di cui agli artt. 2497, ss, c.c. dipenda dalla sussistenza in concreto di posizioni e relazioni fattuali indicative di un’attività di direzione unitaria. Sul punto si nota come, sovente, il mondo degli affari costruisce un gruppo di società attorno a singoli aspetti ed esigenze.

Ai fini di una più compiuta disamina del fenomeno si ritiene pertanto di dover analizzare alcuni dei principali modelli di gruppi presenti nel nostro ordinamento.³⁶ Infatti, l’esame tipologico della realtà mostra una pluralità dei modelli di direzione unitaria adottati all’interno delle singole realtà societarie.

Se si analizzano le tipologie di gruppi presenti nel nostro ordinamento, si può preliminarmente affermare che questi possono essere qualificati sulla base di diverse “formanti” quali: la dimensione del gruppo, la natura della capogruppo, l’area geografica di attività, il tipo di attività svolta e l’integrazione tra le aziende facenti parte del gruppo. Queste caratteristiche possono a loro volta coesistere e dovranno essere valutate congiuntamente.

Una prima classificazione è tra gruppi con *Holding* pura e mista. Tale distinzione fa perno sul tipo di attività che viene svolta dalla capogruppo.³⁷ La società *Holding* è quindi un’impresa in ragione delle attività esercitate dalle controllate. Queste ultime potranno essere di carattere produttivo o di scambio di beni o servizi.

Si ha un gruppo con *Holding* pura (o finanziaria) quando la società capogruppo non svolge alcuna attività di carattere operativo, ma si limita solo alla gestione delle partecipazioni azionarie delle società facenti parte del

³⁵ G. Sbisà, *Sui poteri della capogruppo nell’attività di direzione e coordinamento*, in *Contratto e impresa*, 2011, fasc. 2, 372, ss, p. L’autore a sua volta cita Galgano, *Direzione e coordinamento di società*, in *Comm. c.c. Scialoja – Branca*, Bologna, 2005, *sub* art. 2497 ter, § 2, 132-133, p.

³⁶ R. Marchegiani, *La morfologia dei Gruppi Aziendali*, in *Nozioni fondamentali*, Napoli, 2011, 1-24, p.

³⁷ Sul punto si veda anche F. Galgano, *Le società in genere, le società di persone, e società di capitali, i gruppi di società, il fallimento e le altre procedure concorsuali, indici generali*, Cedam 2015

gruppo; ossia la sua attività si limita solo alla direzione e al coordinamento del raggruppamento e non svolge alcuna attività di produzione o scambio di beni. Un tipico esempio è la “Hexor s.p.a”, la *Holding* che gestisce le partecipazioni azionarie nel gruppo FIAT.

Non così invece il gruppo con *Holding* mista. Qui la capogruppo non svolge solo un’attività di gestione delle partecipazioni azionarie ma intraprende anche attività a carattere operativo ed è, inoltre, dotata di una propria struttura operativa. In questo caso viene notato come *“le funzioni operative si distribuiscono spesso fra una pluralità di società, ciascuna delle quali esercita un distinto settore di attività, o una distinta fase del processo produttivo, o una distinta forma di utilizzazione industriale [...] oppure opera in un distinto mercato.”*³⁸

Una seconda distinzione trova il suo baricentro nella causa o nella finalità per le quali il gruppo è costituito.

Se questo viene costituito per il perseguimento di una finalità pubblica e da parte di una o più aziende pubbliche il gruppo viene definito “pubblico”; altrimenti si avrà un gruppo privato, il quale sarà connesso al mercato di riferimento in cui esercita la sua attività e opererà con finalità esclusivamente private.

Ancora, facendo riferimento all’area geografica in cui le aziende facenti parte del gruppo svolgono la loro attività, possiamo distinguere tra:

- 1) gruppi locali e nazionali: si caratterizzano per avere una dimensione medio-piccola e per essere fortemente radicati nel territorio di appartenenza;
- 2) gruppi internazionali, multinazionali o globali: a seconda che si trovino, rispettivamente in più paesi dello stesso continente, in più continenti o radicati nell’intero globo.

Per quanto riguarda specificatamente i gruppi multinazionali o le

³⁸ F. Galgano, *Le società in genere, le società di persone, e società di capitali, i gruppi di società, il fallimento e le altre procedure concorsuali, indici generali*, Cedam 2015, cit. 791, p.

“multinazionali”, questi, danno luogo a una proliferazione di società in relazione ai mercati esteri in cui l’impresa si trova ad operare. Queste, però, sono tutte controllate da un’unica società. Il vantaggio è di riuscire a separare i rischi del mercato estero e di quello nazionale. Inoltre, vi è la possibilità di dislocare le società facenti parte del gruppo in paesi che mostrano una realtà economico-giuridica più conveniente dal punto di vista del costo della forza lavoro, del mercato di capitali e del trattamento fiscale. Proprio per questi motivi il gruppo multinazionale è un modello in continua ascesa (dato è dovuto al fatto che la realtà economica è sempre più diversificata e globalizzata).

Ancora, se si fa riferimento alla formante del tipo di integrazione tra le aziende facenti parte del gruppo, si possono distinguere: gruppi orizzontali, verticali e conglomerati.

Gruppi orizzontali: le aziende coinvolte all’interno dell’aggregazione appartengono allo stesso settore produttivo e svolgono attività tra loro simili, questi “*nascono da accordi fra una o più società, diretti a instaurare fra loro un coordinamento di carattere finanziario e organizzativo, tale da dare vita ad una direzione unitaria, ma senza creare vincoli di subordinazione di una società rispetto all’altra.*”³⁹ Per il nostro legislatore questa tipologia di gruppo rileva solo per aspetti specifici e particolari.⁴⁰ Tale struttura consente di esercitare una maggiore influenza all’interno del mercato, derivante dai vantaggi tipici di un’impresa di grandi dimensioni (tra cui l’abbattimento dei costi di gestione, delocalizzazione della produzione, ecc.)

Gruppi verticali: le aziende che ne fanno parte operano nel medesimo settore o in un settore affine ma coprono fasi successive di uno stesso processo produttivo. Si utilizza tale struttura per razionalizzare le fasi operative al fine della riduzione dei rischi connessi all’esercizio dell’attività economica.

³⁹ F.Galgano, *I gruppi di società*, Utet 2001, cit. 11, p.

⁴⁰ L’autore da ultimo citato richiama sul punto i gruppi editoriali previsti dalla L. n. 416/1981 e i gruppi bancari ai sensi della L. n. 87/1992.

Questo tipo di gruppo è basato sul rapporto di controllo fra più società e “*solo questo è un gruppo in senso proprio [...] che trova una base normativa nell’art. 2359, c.c.*”⁴¹

Gruppi conglomerati: le aziende operano in settori diversificati. Questo consente una maggiore diversificazione produttiva e un maggiore frazionamento dei rischi connessi a un’ampia flessibilità della struttura aziendale.

Ultima tipologia di gruppi che deve essere presa in considerazione è quella che distingue li differenzia sulla base della struttura. Si distinguono così i gruppi a struttura semplice, complessa o a catena.⁴²

Mentre nei gruppi a struttura semplice la direzione unitaria viene esercitata direttamente dalla controllante nei confronti della controllata (la *Holding A* dirige e controlla le società B, C e D), in quelli a struttura complessa il controllo viene esercitato sia direttamente sia indirettamente dalla *Holding* nei confronti delle società facenti parte del gruppo, a mezzo di livelli successivi di controllo. In quest’ultimo caso accade che al vertice del gruppo si trova una società *Holding* e una o più società *sub-Holding* che, a loro volta, controllano una o più società del gruppo (la Capogruppo A controlla la sotto-capogruppo B, che a sua volta controlla le società C, D, E).

Infine i gruppi a catena si caratterizzano per la presenza di rapporti reciproci o bilaterali anche per mezzo di partecipazioni incrociate (la capogruppo in questo caso controlla e dirige la società A, che a sua volta controlla e dirige la società B, la quale controlla C e così via).

Davanti a questa, seppur rapida, classificazione dei gruppi di società, si può notare come la realtà economica sia duttile ad adattarsi alle previsioni

⁴¹ Sempre F.Galgano, *I gruppi di società*, Utet 2001, cit. 11, p ma anche G. Lattanzi e AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti, Guida al Dlgs 8 giugno 2001, n. 231*, Giuffrè 2010

⁴² P. Tettamanzi, *Il bilancio consolidato: costruzione e interpretazione*, Ipsoa, 2014, 16-19, p. e anche G.F. Campobasso, *Diritto commerciale vol.2, contratti, titoli di credito, procedure concorsuali*, Utet, 2012, 290, p.

normative e come riesca a creare nuove strutture societarie, tali da renderle sempre più rispondenti alla dinamica e alle esigenze degli affari. Da qui, però, la necessità di prevedere una normativa che abbia un'efficacia maggiormente deterrente di quella civile e che intervenga ove la prima non sia riuscita a operare o sia stata elusa.

Compiti che, in ossequio al principio di *extrema ratio*, devono essere affidati al Legislatore penale, il quale però non dovrà invadere lo spazio del rischio di impresa (di per sé penalmente lecito) addossato in capo all'imprenditore o alla società (né il legislatore né il giudice, infatti, potranno ingerirsi nella gestione e nelle scelte dell'impresa o della società, sostituendosi, di fatto, al titolare delle stessa).

Capitolo 2

Il D.Lgs. n. 231/2001 e i gruppi di imprese

Sommario: 2.1. D.lgs. n. 231/2001 e i gruppi: una realtà da coordinare – 2.2. Il superamento del principio “*societas delinquere non potest*”: il D.lgs. n. 231/2001 - 2.3. Il ruolo dei modelli organizzativi nel D.lgs. n. 231/2001 – 2.3.1. segue: Il ruolo delle associazioni di categoria nella predisposizione dei modelli di prevenzione del rischio reato – 2.4. I modelli di prevenzione del rischio reato nei gruppi di società – 2.5. Una realtà peculiare: i modelli organizzativi delle società appartenenti a gruppi internazionali

2.1. D.lgs. n. 231/2001 e i gruppi: una realtà da coordinare

L'irresponsabilità della persona giuridica costituiva un principio intoccabile e sacro per la nostra cultura giuridica. Questo stato di cose, però, incominciava a vacillare intorno agli anni '70 quando alcuni studiosi del diritto penale cominciarono a interrogarsi, anche in un'ottica comparativa, sull'opportunità di mantenere, o meno, tale principio. Risale, infatti, al 1971 lo scritto di Bricola dal titolo: “*Il costo del principio societas delinquere non potest nell'attuale dimensione del fenomeno societario.*”

Gli studiosi si accorgono che un moderno diritto penale dell'economia non può avere una struttura ritagliata solo sull'individuo, sola entità capace di tenere comportamenti delittuosi. L'avanzare della globalizzazione, della continua evoluzione delle forme organizzative e di impresa, nonché i pericoli connessi all'esercizio dell'attività imprenditoriale inducono, tuttavia, il nostro Legislatore a predisporre una normativa in cui “*il soggetto attivo privilegiato [...] è, senza alcun dubbio, la persona giuridica.*”⁴³

⁴³ E. Scaroina, *Il problema del gruppo di imprese, Societas delinquere potest*, Giuffrè, 2006, cit

Questo dibattito, alla fine, sfocia nel D.lgs. n. 231/2001 recante la “*Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell’art.11 della legge 29 settembre 2000, n. 300.*”

Con il D.lgs. n. 231/2001 il nostro legislatore abbandona l’antico dogma “*societas delinquere non potest*” allineandosi alle indicazioni provenienti dall’Unione Europea e innovando fortemente il nostro sistema penale.

Infatti, la L. n. 300/2000 ha dato attuazione a numerose sollecitazioni provenienti dal diritto comunitario (oggi “Unionale”).

Prima fra tutte la Raccomandazione n. R. (88) 18 del Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa, la quale sollecitava gli Stati membri a prevedere forme di responsabilità diretta delle persone giuridiche con la predisposizione di un accurato apparato sanzionatorio.

Ancora, la legge citata ratifica la Convenzione OCSE sulla corruzione internazionale (1997) che impegna gli stati membri ad adottare le misure necessarie per stabilire la responsabilità delle persone giuridiche nel caso di corruzione di pubblici ufficiali stranieri (art. 2 Convenzione cit.).

Il nostro Legislatore, inoltre, ha ritenuto di dover dare anche attuazione al secondo Protocollo della Convenzione relativa alla “protezione degli interessi finanziari delle comunità europee” (c.d. Convenzione PIF) che, all’art. 3, contiene puntuali indicazioni circa la predisposizione di un apparato sanzionatorio ritagliato sulla persona giuridica e sui soggetti che agivano per conto di questa (distinguendo all’uopo tra reato commesso da un apicale o da un sottoposto).⁴⁴

Quello che però risalta nella lettura del D.lgs. n. 231/2001 è l’assenza di qualsiasi disposizione concernente i gruppi di imprese.

Bisogna quindi chiedersi ai fini del presente lavoro: è possibile individuare nel gruppo di imprese uno dei destinatari della nuova disciplina?

⁴⁴ Sul punto si veda G. Lattanzi e AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti, Guida al Dlgs 8 giugno 2001, n. 231*, Giuffrè, 2010, 7-10, p.

Il D.lgs. n. 231/2001 si limita a disciplinare le ipotesi in cui una società può essere chiamata a rispondere di un illecito amministrativo, ma non affronta espressamente il fenomeno del gruppo e gli illeciti che possono riverberare i propri effetti sullo stesso. Quindi l'interrogativo posto diventa sempre più attuale, anche perché permane, a tutt'oggi, l'inerzia del nostro Legislatore nel prendere posizione sulla configurabilità del gruppo quale destinatario della disciplina in esame.

Come osserva Giuseppe Amato⁴⁵ la questione può porsi sia per quanto riguarda il gruppo verticale, in relazione la responsabilità della società *Holding* o di altra società del gruppo, sia per quanto riguarda il gruppo orizzontale.⁴⁶

Viene affermato che *“si potrebbe sostenere che l'ente (società controllata) è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio da persone che (in quanto esponenti della società controllante che esercita attività di direzione di gruppo) esercitano anche di fatto la gestione e il controllo dello stesso (art. 5, comma I, lett. b.). Reciprocamente si potrebbe giungere a ritenere che l'ente (società controllante) è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio da persone (che in quanto esponenti della società controllata sottoposta alla direzione di gruppo della controllante sono) sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lett. a (in quanto esponenti della società controllante esercente la direzione di gruppo).”*⁴⁷ Tale lettura estensiva si fonderebbe sulla relazione di controllo (o di direzione unitaria) sussistente all'interno del fenomeno di gruppo.⁴⁸

⁴⁵ G. Amato, *L'attribuzione della responsabilità amministrativa ex D.Lgs. 231/2001 all'interno dei gruppi d'impresa*, in *Rivista* 231, 163, p.

⁴⁶ Per le relative esemplificazioni si veda il presente lavoro, capitolo 1, par. 1.4, 18-19, p.

⁴⁷ L'affermazione si rinviene in Paolo Montalenti: *Organismo di vigilanza n.231 e gruppi di società*, Age 2009, cit. 386, p.

⁴⁸ Si veda sul punto: Capitolo 1, par. 1.3. del presente lavoro.

Secondo altri, invece, l'orientamento fondato sulla lettura estensiva non convince poiché le disposizioni di cui all'art. 5, lett. b) e art. 7, comma I, D.lgs. n. 231/2001 si riferirebbero solo a persone fisiche sottoposte alla direzione e alla vigilanza di soggetti in posizione apicale, ma sempre e comunque persone fisiche e non società sottoposte all'attività di direzione e coordinamento. Secondo questo orientamento “ *una diversa interpretazione urterebbe contro il divieto di applicazione analogica di norma (sicuramente) eccezionale.*⁴⁹”

Si può infine notare come il D.lgs. n. 231/2001 preveda un criterio di imputazione della responsabilità con riferimento al singolo ente e non al gruppo in quanto tale. Si è davanti a quello che è stato da alcuni definito come “*il rischio concreto della migrazione delle responsabilità nell'ambito delle singole società facenti parte del gruppo*⁵⁰”.

In mancanza di una qualche disposizione sul punto, è attribuito all'interprete il compito di individuare i criteri per fare rispondere anche i gruppi di società ai sensi delle disposizioni in esame; sarà quindi l'interprete chiamato a colmare tale lacuna.

Davanti a questo stato di cose si può notare come “*è proprio tra le pieghe della nuova disciplina, letta alla luce delle premesse storiche che ne costituiscono il substrato culturale, che occorre ricercare spunti interpretativi che consentano di affermare una responsabilità diretta e autonoma del gruppo di imprese [...], ovvero di negarla definitivamente.*⁵¹”

⁴⁹ La posizione contraria si rinviene sempre in P. Montalenti, op. ult. Cit., cit. 386, p

⁵⁰ F. Assumma, *La responsabilità amministrativa degli enti nei gruppi d'impresa: problemi e prospettive*, in Rivista 231, 2014, cit. 9, p.

⁵¹ E. Scaroina, *Il problema del gruppo di imprese, Societas delinquere potest*, Giuffrè, 2006, cit. 81, p

2.2. Il superamento del principio “*societas delinquere non potest*”: il D.lgs. n. 231/2001

Con il D.lgs. n. 231/2001 il Legislatore italiano dà atto, a livello normativo, dell’acquisita consapevolezza relativa al fatto che le società delinquono. Predispose così una sorta di mini-sistema normativo, indicante presupposti e requisiti per incardinare una responsabilità formalmente amministrativa (ma sostanzialmente penale)⁵² in capo all’ente.

Varie sono le indicazioni e i presupposti elencati dal testo di legge citato per attribuire la responsabilità da reato ex D.lgs. n. 231/2001.

In primis è necessario che l’ente-autore dell’illecito sia ricompreso tra i soggetti elencati all’art. 1, comma II, del D.lgs. n. 231/2001, a norma del quale le disposizioni del decreto “*si applicano agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica*” escluso lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli altri enti pubblici non economici nonché gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale, come per esempio sindacati e partiti politici, (comma III art. cit.).

Inoltre, è necessario che tale reato sia stato commesso da una persona fisica che possiede una relazione qualificata con l’ente, potendo questo svolgere all’interno dello stesso le funzioni di apicale (art. 6, comma I, lett. a, D.lgs. n. 231/2001: “*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 e il controllo dello stesso*”) o di sottoposto (art. 6, comma II, lett. b, D.lgs. n. 231/2001: “*persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a)*”).

⁵² In tal senso depongono sia la connessione diretta della responsabilità alla commissione di un reato nonché il fatto che la cognizione del fatto sia interamente e indefettibilmente demandata al giudice penale. Inoltre oggi possiamo anche rifarci all’orientamento statuito in Corte Edu, Sent. Grande Stevens c. Italia (4.03.2014)

Ancora, è sempre necessario che il reato sia stato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente (ex art. 5, D.lgs. n. 231/2001: “*L'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio*”)⁵³ salvo che i soggetti richiamati dall'art. 5, D.lgs. n. 231/2001 (apicali o sottoposti) non abbiano agito nell'esclusivo interesse proprio o di terzi (art. 5, comma II, D.lgs. n. 231/2001); è questa una situazione nella quale non è enucleabile, neppure in via mediana, un interesse (o un vantaggio) per l'ente presso cui il soggetto agente svolge le sue funzioni (così anche di recente Cass. Pen. n. 45969/2013) Ultimo requisito necessario è che sia stato commesso un reato c.d. “presupposto” (artt. 24, ss, D.lgs. n. 231/2001), ossia all'interno del decreto vengono indicati alcuni reati la cui commissione si compendia come necessaria per fondare la responsabilità dell'ente per il fatto dalla persona fisica.

Solo al ricorrere congiunto di queste condizioni, si potrà incardinare, nel caso di commissione di un illecito, una responsabilità “autonoma” in capo all'ente, la quale sussiste anche quando l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile, oppure il reato si è estinto per una causa diversa dall'amnistia (ai sensi dell'art. 8, D.lgs. n. 231/2001).

2.3. Il ruolo dei modelli organizzativi nel D.lgs. n. 231/2001

Predisponendo la responsabilità amministrativa (o da reato) dell'ente, il Legislatore del 2001 si è ispirato alla c.d. “colpa di organizzazione”, compendiabile nel mancato rispetto di standard di diligenza nel compimento

⁵³ Sulla nozione di interesse o vantaggio si veda G. Lattanzi e AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti, Guida al Dlgs 8 giugno 2001, n. 231*, Giuffrè, 2010, 70-75, p. L'autore riferisce sul punto che il concetto di interesse ha un'indole soggettiva riferibile alla sfera volitiva del soggetto che agisce ed è suscettibile di una valutazione *ex ante* (corroborata questa tesi anche la *Relazione al D.lgs. n. 231/2001*, par. 3.2).

Mentre il vantaggio si caratterizzerebbe per avere una connotazione oggettiva, operante *ex post*.

dell'attività di impresa, ovvero, la mancata adozione o rispetto di standard doverosi.⁵⁴ Regola, questa, di forte matrice statunitense⁵⁵ che si traduce a livello normativo negli artt. 6-7, D.lgs. n. 231/2001 il cui “*obiettivo [...] è quello di fondare una colpevolezza originaria, autonoma dell'ente, distinta da quella che imputa alla sola persona fisica autore materiale del fatto l'illecito pur riferibile alla persona giuridica.*”⁵⁶”

Dalla lettura sistematica degli articoli citati, si evince che l'ente non risponde del reato commesso da un apicale se: ha “*adottato ed efficacemente attuato prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi*”; se prova che ha affidato “*il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e il compito di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo*”; i soggetti attivi hanno agito “*eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione*”; e non vi è stata “*omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b)*” (art. 6, comma I, lett. a-d, D.lgs. n. 231/2001).

Mentre, per il caso in cui il reato venga commesso da un sottoposto opererà il disposto dell'art. 7, commi II e III, D.lgs. n. 231/2001; “*In ogni caso, è esclusa l'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza se l'ente, prima della*

⁵⁴ La c.d. “colpa di organizzazione” può essere intesa come un concetto di sintesi che caratterizza la struttura degli enti. Essa deriva dal fatto che l'ente ha consentito o agevolato le condizioni per la successiva commissione del reato da parte della persona fisica. In questo senso C. E. Paliero e C. Piergallini, *La colpa di organizzazione*, in Resp. Amm. Soc. ent., 3, 2006, 169, p.

⁵⁵ Sul punto Bastia, *Implicazioni organizzative e gestionali della responsabilità amministrativa delle società* in, AA.VV., in *societas puniri potest*; G. Lattanzi e AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti, Guida al Dlgs 8 giugno 2001, n. 231*, Giuffrè, 2010 e ancora P. Sfameni, *Idoneità dei modelli organizzativi e sistema di controllo interno, In analisi giuridica dell'economia*, fasc. 2, 2009. I *Compliance Programs* americani si caratterizzano per il fatto di non impedire il sorgere della responsabilità dell'ente, ma ne costituisce un criterio di commisurazione, consentendo dei cospicui abbattimenti di pena.

⁵⁶ P.M. Gemelli, *Società con sede all'estero e criteri di attribuzione della responsabilità ex D.lgs. n. 231/2001: compatibilità e incompatibilità*, in Rivista 231, 2012, cit. 11, p.

commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi” e “Il modello prevede, in relazione alla natura e alla dimensione dell'organizzazione nonché al tipo di attività svolta, misure idonee a garantire lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge e a scoprire ed eliminare tempestivamente situazioni di rischio.”

Numerose sono le pronunce giurisprudenziali in materia volte a chiarire e stabilire alcuni principi fondamentali in materia di responsabilità da reato degli enti.

La Corte di Cassazione si è pronunciata ad esempio affermando “è significativo che tutte le altre previsioni probatorie, elencate nell'art. 6 dopo la lett. a (compreso il comportamento fraudolento dell'autore del reato), presuppongono l'adozione e l'attuazione dei predetti modelli di organizzazione e di gestione. La mancata adozione di tali modelli, in presenza dei presupposti oggettivi e soggettivi sopra indicati (reato commesso nell'interesse o vantaggio della società e posizione apicale dell'autore del reato) è sufficiente a costituire quella "rimproverabilità" di cui alla Relazione ministeriale al decreto legislativo e ad integrare la fattispecie sanzionatoria, costituita dall'omissione delle previste doverose cautele organizzative e gestionali idonee a prevenire talune tipologie criminose. In tale concetto di "rimproverabilità" è implicata una forma nuova, normativa, di colpevolezza per omissione organizzativa e gestionale, avendo il legislatore ragionevolmente tratto dalle concrete vicende occorse in questi decenni, in ambito economico e imprenditoriale, la legittima e fondata convinzione della necessità che qualsiasi complesso organizzativo costituente un ente ai sensi del D.lgs., art. 1, comma 2, adotti modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire la commissione di determinati reati, che l'esperienza ha dimostrato funzionali ad interessi strutturati e consistenti, giacché le "principali e più pericolose manifestazioni di reato sono poste in essere da soggetti a struttura organizzativa complessa" (Rel. ministeriale cit.). In conclusione, dall'esame

del D.lgs. n. 231 del 2001, e particolarmente dagli artt. 5 e 6, scaturisce il principio di diritto secondo cui l'ente che abbia omissso di adottare e attuare il modello organizzativo e gestionale non risponde per il reato (rientrante tra quelli elencati negli artt. 24 e 26), commesso dal suo esponente in posizione apicale soltanto nell'ipotesi di cui al D.lgs. cit., art. 5, comma 2.” (Cass., VI Sezione Penale, sent. n. 36083/2009)⁵⁷

Ed ancora “il D.lgs. n. 231 delinea un'ipotesi di responsabilità oggettiva, prevedendo, al contrario, la necessità che sussista la c.d. "colpa di organizzazione" dell'ente, il non avere cioè predisposto un insieme di accorgimenti preventivi idonei ad evitare la commissione di reati del tipo di quello realizzato; il riscontro di un tale deficit organizzativo consente una piana e agevole imputazione all'ente dell'illecito penale realizzato nel suo ambito operativo” (Cass., VI Sezione Penale, n. 27735/2010)⁵⁸

Si può quindi notare l'importanza del modello organizzativo all'interno del sistema della responsabilità amministrativa dell'ente; infatti, se questo non solo ha adottato formalmente, ma anche efficacemente attuato un modello organizzativo idoneo ed effettivo⁵⁹, in grado di prevenire i reati della specie di quello verificatosi, andrà esente da responsabilità.

“In tale ottica, i modelli sono diventati il fulcro della nuova disciplina e, insieme, il suo elemento qualificante.”⁶⁰

Si può agevolmente constatare come il modello organizzativo, dopo che il nostro ordinamento ha acquisito la consapevolezza che “*societas delinquere et puniri potest*”, sia la fonte della disciplina cautelare dell'attività svolta

⁵⁷ La pronuncia è rinvenibile in www.studiolegale231.it

⁵⁸ La sentenza è rinvenibile in www.reatisocietari.it

⁵⁹ È questo un elemento centrale della predisposizione del modello poiché riguarda l'analisi dei rischi di commissione del reato, l'identificazione delle aree di attività in cui i reati possono essere commessi e l'adozione di misure idonee a garantire lo svolgimento dell'attività secondo le indicazioni provenienti dalla legge nonché l'individuazione e l'eliminazione delle situazioni di rischio emergenti all'interno dell'impresa.

⁶⁰ E. Scaroina, *Il problema del gruppo di imprese, Societas delinquere potest*, Giuffrè, 2006, cit. 164, p.

dall'impresa.

Seguendo questo ragionamento si può affermare che *“il modello organizzativo si rivela utile strumento di risposta alle istanze di prevenzione degli illeciti dell'ente, assolvendo altresì al compito di rappresentare la misura oggettiva del parametro di diligenza: la responsabilità per colpa di organizzazione coincide infatti con l'area di rischio (penale) dell'attività svolta dall'ente, i cui confini si estendono fin dove arriva la possibilità di controllo finalistico dell'ente stesso, controllo che si traduce nella possibilità di dominare efficacemente i fattori di pericolo.”*⁶¹

Il Legislatore definisce i modelli in questione quali “modelli di organizzazione, gestione e controllo”, concentrandosi sul fatto che la loro incidenza non si esaurisce solo sul piano organizzativo ma anche sull'attività gestoria, per poi dare ulteriori indicazioni concernenti la vigilanza e il controllo.

Deve quindi ritenersi che *“il modello organizzativo [...] dovrebbe assumere una pervasività tale da interessare pressoché tutte le aree di attività dell'impresa e le connesse strutture organizzative, integrandosi con le stesse in modo virtuoso. Il modello organizzativo, dunque, può penetrare così a fondo l'agire d'impresa da generare una metamorfosi organizzativa con il parziale assorbimento dei meccanismi di controllo preventivo operanti ai diversi livelli gestori.”*⁶²

Un modello che, come si evince dalle indicazioni provenienti dal decreto, dovrà, per così dire, essere “cucito addosso” all'impresa. Infatti, non a caso, l'art. 6, comma II, D.lgs. n. 231/2001 indica quale sia il contenuto minimo e indefettibile del modello.

Questo dovrà:

- a) individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati;

⁶¹ E. Scaroina, Op. ult. Cit., cit. 167, p.

⁶² P. Sfamini, *Idoneità dei modelli organizzativi e sistema di controllo interno*, In *analisi giuridica dell'economia*, fasc. 2, 2009, cit. 280, p.

- b) prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire;
- c) individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati;
- d) prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli;
- e) introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello.

Tutto questo è volto a rimarcare il fatto che l'ente dovrà prevenire quello specifico rischio, derivante dallo svolgimento di individuate attività (concetto ben enucleato dalle lett. a-b). In questo senso anche la giurisprudenza, per cui: *“Attraverso l'adozione e l'attuazione di un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi l'ente deve eliminare - come stabilito dall'art. 17 - quelle «carenze organizzative che hanno determinato il reato.»*”⁶³

Si nota come il dovere di auto-organizzazione trova nel modello il suo recepimento formale e sostanziale. Guardando alcuni modelli organizzativi generati dalla prassi si nota come, sovente, questo venga suddiviso in una parte generale e in una parte speciale: la prima parte andrà a individuare la *“fisionomia istituzionale del modello”*⁶⁴ (indicando le definizioni, i principi comuni, la fisionomia del modello, le funzioni), mentre la seconda parte è *“indirizzata a setacciare e regolare le specifiche attività esposte al rischio reato.”*⁶⁵ Si può notare come la parte generale del modello, in linea di massima, potrà prevedere:

- 1) il modello di *governance* e i sistemi organizzativi e di controllo interno adottati dall'ente, in cui sono descritti gli organigrammi societari e le relative funzioni di controllo;

⁶³ Ord. del Trib. di Milano, 4 aprile 2003, come riportata in Guida al Diritto, 2004, 47,

⁶⁴ C. Piergallini in G. Lattanzi e AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti, Guida al Dlgs 8 giugno 2001, n. 231*, Giuffrè, 2010, cap. 2, cit. 158, p.

⁶⁵ C. Piergallini, op. ult. Cit., cit. 158, p.

- 2) predisposizione e indicazione dei garanti e dei poteri: all'interno di questa parte del modello viene formalizzato il sistema di procure e deleghe con la correlativa indicazione dei responsabili del procedimento esposto al rischio-reato;
- 3) le procedure manuali e informatiche;
- 4) il codice etico volto a promuovere e a indicare i principi ispiratori dell'attività di impresa;
- 5) le indicazioni relative alla formazione/informazione sui contenuti del modello e i relativi protocolli per i soggetti che prestano la propria attività all'interno dell'ente;
- 6) il sistema disciplinare con l'indicazione delle procedure e delle violazioni
- 7) la modalità di emersione delle violazioni e l'istituzione, la composizione e il funzionamento dell'Organismo di vigilanza.

Invece la parte speciale del modello, di carattere più puntuale e descrittiva, potrà prevedere:

- 1) la mappatura delle attività esposte al rischio-reato e le funzioni che vi sono coinvolte (*risk assesment*);
- 2) i principi generali di comportamento, anche in linea di continuità con quanto previsto all'interno del codice etico;
- 3) i protocolli di gestione del rischio-reato, i quali indicano le cautele da attuarsi in relazione ai singoli rischi emergenti nell'ambito dell'attività di impresa (*risk management*).

Limitarsi però a predisporre un modello organizzativo potrebbe rilevarsi insufficiente sotto il profilo della prevenzione del rischio-reato.

Il modello, infatti, per esplicare un'esaustiva capacità preventiva dovrà essere in grado di stare al passo con i continui mutamenti aziendali. A tal fine sarà periodicamente sottoposto a verifiche, valutazioni e aggiornamenti (in tal senso argomentando ai sensi dell'art. 7, comma IV, D.lgs. n. 231/2001: *“L'efficace attuazione del modello richiede: a) una verifica periodica e*

l'eventuale modifica dello stesso quando sono scoperte significative violazioni delle prescrizioni ovvero quando intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attività; b) un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello”.

Gli artt. 6-7 del D.lgs. n. 231/2001 prevedono *in primis* la c.d. “idoneità in astratto del modello”, intesa come la capacità dello stesso di prevenzione dei reati attraverso l’individuazione e la gestione del rischio di commissione di un illecito. Questo però non basta: come già accennato poco sopra, non è sufficiente che il modello rimanga “sulla carta”; è necessario che le prescrizioni adottate siano efficacemente attuate, ossia il modello dovrà essere concretamente operante e osservato.

Il sistema enucleato dal Legislatore è, così, volto a ridurre il rischio di commissione del reato all’interno dell’impresa. In tal senso si può quindi notare come tale disciplina assolva principalmente due finalità:

- 1) enucleare i criteri di attribuzione della colpa per coloro i quali, sussistendo i requisiti previsti dal D.lgs. n. 231/2001, abbiano commesso un reato;
- 2) indicare quali siano gli obblighi di diligenza che incombono sull’ente.

Rilevanza fondamentale e determinante in tal senso assume la c.d. “attività di mappatura del rischio reato” (cc.dd. attività di *Control Self Assesment e Risk Management*)⁶⁶ la quale, al suo esito, dovrà indicare il grado di probabilità di verifica del rischio attraverso una duplice valutazione: una di tipo orizzontale dipendente dall’attività economica svolta dall’ente e una di tipo verticale sulla base degli organigrammi presenti in azienda.

“Le società” in ultima analisi *“dovranno attestarsi alla fine su un concetto di rischio accettabile, che non si esaurisce in un’accezione meramente*

⁶⁶ Sul punto G. Lattanzi e AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti, Guida al Dlgs 8 giugno 2001, n. 231*, Giuffrè, 2010, 96, p.

*economica, ma che – anzi – sembra da questa prescindere.”*⁶⁷ Il rischio-tollerabile (o consentito) può essere definito come rischio la cui eventuale concretizzazione in un fatto-reato non può essere ascritta alla singola società. Ulteriore importante notazione sul punto concerne il fatto che *“i modelli di prevenzione-minimizzazione del rischio-reato costituiscono delle regole cautelari auto-normate, elaborate, cioè, dallo stesso ente in vista del contenimento degli illeciti penali.”*⁶⁸ Attraverso la locuzione “regole cautelari auto-normate” si fa riferimento al fatto che il Legislatore richiede che i destinatari del precetto collaborino nella predisposizione di regole, improntate a favorire l’emersione di un circolo maieutico volto a indirizzare la gestione e la cultura dell’impresa alla legalità. Quindi, l’ente, potrà (o più precisamente dovrà) predisporre tutte quelle garanzie necessarie per evitare la commissione di illeciti, adottando, se del caso, strumenti ulteriori e più incisivi del solo modello organizzativo. A tal fine *“Il giudice penale non è chiamato, in questa occasione, a valutare una condotta umana, ma il "frutto" di tale condotta, vale a dire l'apparato normativo prodotto in ambito aziendale. Il giudizio, dunque, prescinde da qualsiasi apprezzamento di atteggiamenti psicologici (per altro, impossibile in riferimento alla volontà di un ente), e si sostanzia in una valutazione del modello concretamente adottato dall'azienda, in un'ottica di conformità/adequatezza del predetto modello rispetto agli scopi che esso si propone di raggiungere.”*⁶⁹

Ancora, sempre le disposizioni degli artt. 6 e 7, D.lgs. n. 231/2001 prevedono l’istituzione di un sistema di controllo sull’osservanza del modello da parte dei

⁶⁷ G. Lattanzi e AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti, Guida al Dlgs 8 giugno 2001, n. 231*, Giuffrè, 2010, cit. 96, p ma nello stesso si vedano anche: *Linee guida di Confindustria* (aggiornate 2014); P. Sfamini, *Idoneità dei modelli organizzativi e sistema di controllo interno, In analisi giuridica dell’economia*, fasc. 2, 2009; M. Panucci e C. La Rotonda, *il ruolo delle associazioni di imprese: l’esperienza di Confindustria*, in *Analisi giuridica dell’economia*, fasc. 2, 2009

⁶⁸ C. Piergallini, *Societas delinquere et puniri potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Ec.*, 2002, cit. 591, p.

⁶⁹ Cit. da Cass, Sez. V, Sent. n. 4677/2014, c.d. sentenza “Impregilo”, in www.penalecontemporaneo.it

soggetti operanti all'interno dell'impresa nonché sul mantenimento dell'idoneità dello stesso nel tempo. È questo il c.d. "Organismo di Vigilanza" (OdV) chiamato a vigilare sull'idoneità preventiva e sul rispetto del modello.⁷⁰

Per quanto concerne il procedimento di nomina dell'Organismo di Vigilanza l'art. 6 del decreto non fornisce indicazioni puntuali al riguardo, ma si limita a stabilire che tale organismo esercita la vigilanza sul funzionamento, sull'osservanza del modello e ne cura l'aggiornamento.

Nulla, però, viene disposto dal legislatore in ordine all'organo chiamato ad esercitare le relative funzioni.

La laconicità della disposizione espone la stessa a varie interpretazioni.

Secondo alcuni, le funzioni dell'Organismo di Vigilanza dovrebbero attribuirsi all'organo "gestorio" (o amministrativo) della società, mentre, secondo altri tali funzioni dovrebbero essere esercitate dall'assemblea dei soci.

Argomentando però dal disposto dell'art. 6, lett. b), l'organismo in questione deve essere dotato di "*autonomi poteri di iniziativa e controllo.*"

Necessariamente l'organo chiamato a esercitare tali funzioni, nonché i relativi membri, dovranno assicurare adeguate garanzie di indipendenza e imparzialità. Perciò, al fine di garantire tali requisiti, parte maggioritaria della dottrina propende per l'istituzione di un organismo *ad hoc*, indipendente da qualsiasi altro, operante all'interno dell'ente.⁷¹ Sul punto si è pronunciata la

⁷⁰ P. Valsenise, *L'organismo di vigilanza ex D.lgs. 231/2001: poteri, composizione e responsabilità*, In *analisi giuridica dell'economia*, fasc. 2, 2009, 355-357, p. L'autore in argomento cita P. Sfameni, *Responsabilità da reato degli enti e nuovo diritto azionario: appunti in tema di doveri degli amministratori e organismo di vigilanza*, in *Riv. Soc.*, 2007, 177-178, p. Per l'autore da ultimo citato "*un'interpretazione teleologica della disciplina dovrebbe portare a considerare l'organismo di vigilanza quale elemento strutturale indispensabile ad ogni modello organizzativo*"

⁷¹ Sempre sul punto, altra parte della dottrina riteneva di poter affidare i relativi compiti al collegio sindacale o all'organismo di audit interno; comunque le soluzioni vengono scartate per gli stessi motivi sopra prospettati. Queste considerazioni però non valgono per gli enti di piccole dimensioni e nelle società di capitali, poiché l'art. 6, commi IV e IV-bis prevedono che: 1) Negli enti di piccole dimensioni i compiti indicati nella lettera b), del comma 1, possono essere svolti direttamente dall'organo dirigente; 2) Nelle società di capitali il

Suprema Corte, secondo la quale “*Non è idoneo a esimere la società da responsabilità amministrativa da reato, il modello organizzativo che prevede l’istituzione di un organismo di vigilanza sul funzionamento e sulla osservanza delle prescrizioni adottate non provvisto di autonomi ed effettivi poteri di controllo, ma sottoposto alle dirette dipendenze del soggetto controllato.*”⁷²

Le funzioni che l’Organismo di Vigilanza è chiamato a svolgere sono enucleabili dal combinato disposto degli artt. 6-7, D.lgs. n. 231/2001.⁷³

- 1) controllo, verifica ed effettività del modello organizzativo adottato e verifica della sua effettività;
- 2) controllo e verifica dell’efficacia, dell’adeguatezza e dell’effettività del modello nel prevenire i reati presupposto indicati dal decreto (artt. 24, ss, D.lgs. n. 231/2001);
- 3) controllo del mantenimento dell’efficacia del modello attraverso una continua verifica e mappatura delle aree a rischio;
- 4) aggiornamento e modifiche del modello;
- 5) adozione di iniziative volte a promuovere la conoscenza del modello all’interno della società;
- 6) attività accertativa in ordine alle violazioni del modello e comunicazione all’organo amministrativo per gli opportuni provvedimenti;
- 7) archiviazione delle segnalazioni ricevute;
- 8) scambio di informazioni periodiche (e non) con gli altri organi societari.

collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza e il comitato per il controllo della gestione possono svolgere le funzioni dell’organismo di vigilanza di cui al comma 1, lettera b)

⁷² Cass, V Sezione Penale, n. 4677/2014. La pronuncia è rinvenibile in www.penalecontemporaneo.it

⁷³ Esaustivo sul punto P. Valsenise, *L’organismo di vigilanza ex D.lgs. 231/2001: poteri, composizione e responsabilità*, In *analisi giuridica dell’economia*, fasc. 2, 2009, par. 2, 359-361, p. ma anche G. Lattanzi e AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti, Guida al Dlgs 8 giugno 2001, n. 231*, Giuffrè, 2010; C. Piergallini, *Societas delinquere et puniri potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Ec.*, 2002

Si può notare come l'Organismo di Vigilanza sia titolare di una serie di importanti funzioni all'interno dell'impresa che sono governati da alcuni principi cardine come: l'indipendenza, l'autonomia, la professionalità, la continuità di azione e l'imparzialità.⁷⁴

Per soddisfare tali requisiti l'OdV dovrà essere costantemente informato di quanto accade all'interno dell'azienda, dovrà relazionarsi con le strutture aziendali, avere libero accesso alla documentazione e alle informazioni ritenute rilevanti, possedere risorse economiche autonome e adeguate (che siano in grado di fargli svolgere la relativa funzione in condizione di totale autonomia di azione) e infine di partecipare alla vita dell'impresa (per esempio assistendo alle riunioni dell'organo amministrativo).

Per quanto attiene, infine, alla composizione dell'Organismo di Vigilanza, questo dovrà essere strutturato in modo tale da garantirne l'indipendenza e l'imparzialità. Sul punto la dottrina si interroga se i membri facenti parte dell'OdV debbano provenire dall'interno dell'ente, dall'esterno o questo debba avere una composizione mista.⁷⁵

Un Organismo di Vigilanza composto da soli membri di estrazione interna avrebbe indiscutibili vantaggi in relazione all'operatività dello stesso, che, per questo fatto, conoscerebbe meglio gli organigrammi aziendali e quindi potrebbe effettuare una più penetrante attività di indagine. Tale opzione, però, presterebbe il fianco al fatto che verrebbe concretamente minata l'indipendenza e l'imparzialità della sua attività, essendo tali soggetti collegati alla società.

Viceversa, un OdV composto di soli membri di estrazione esterna garantirebbe il requisito dell'indipendenza ma scontrerebbe concrete difficoltà operative,

⁷⁴ Sul punto si veda C. Piergallini, *La struttura del modello di organizzazione, gestione e controllo del rischio-reato*, In G. Lattanzi e AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti, Guida al Dlgs 8 giugno 2001, n. 231*, Giuffrè, 2010, 171-174, p.

⁷⁵ Sul punto C. Piergallini, *La struttura del modello di organizzazione, gestione e controllo del rischio-reato*, In G. Lattanzi e AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti, Guida al Dlgs 8 giugno 2001, n. 231*, Giuffrè, 2010, 171-172, p.

determinate da un'insufficiente conoscenza della struttura aziendale.

Infine, un diffuso consenso in dottrina riceve la concezione per cui l'OdV debba avere una composizione mista, volta a coniugare i requisiti dell'indipendenza e della continuità di azione, poiché sommerebbe gli elementi positivi enucleabili nelle due concezioni precedenti.

Ultima questione da affrontare attiene all'interrogativo se l'Organismo di Vigilanza debba avere una composizione monocratica o collegiale.

L'OdV può avere, come riferisce la dottrina, una composizione sia mono-soggettiva che pluri-soggettiva. La scelta dovrà essere operata dall'ente stesso e dovrà tenere conto della dimensione dell'impresa, dell'area di attività e della struttura aziendale. Negli enti di piccole dimensioni sarà possibile l'istituzione di un organismo mono-soggettivo (arg. in tal senso ex art. 6, comma IV, D.lgs. n. 231/2001), mentre sarà opportuno che negli enti di dimensioni medio-grandi l'Organismo di Vigilanza abbia una composizione pluri-soggettiva.

A conferma di tale conclusione si può notare che il Tribunale di Roma, nell'ordinanza del 4 aprile 2003 statuisce che: *“È indubbio che per enti di dimensioni medio grandi la forma collegiale si impone, così come si impone una continuità di azione, ovvero sia un impegno esclusivo sull'attività di vigilanza relativa alla concreta attuazione del modello.”*⁷⁶

I modelli, infine, rappresentano uno strumento per contrastare la criminalità di impresa, ma non solo; costituiscono anche un utile strumento di promozione e rafforzamento dell'etica all'interno dell'azienda e della conformità della gestione alle regole predisposte dal legislatore. *“In buona sostanza, in tale ottica, la funzione dei modelli comportamentali è anche quella di promuovere l'interiorizzazione [...] di principi di correttezza e legalità nell'amministrazione, in modo che questi siano visti come risorse strategiche che concorrono al duraturo successo dell'impresa.”*⁷⁷

⁷⁶ La pronuncia è rinvenibile in G. Lattanzi e AA.VV., op. ult. Cit., 171, ss, p.

⁷⁷ E. Scaroina, *Il problema del gruppo di imprese, Societas delinquere potest*, Giuffrè, 2006, cit. 177, p.

2.3.1 segue: Il ruolo delle associazioni di categoria nella predisposizione dei modelli di prevenzione del rischio reato

L'art 6, D.lgs. n. 231/2001 al comma III stabilisce che *“i modelli di organizzazione e di gestione del rischio reato possono essere adottati, garantendo le esigenze di cui al comma II, sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti, comunicati al ministero della giustizia che, di concerto con i ministeri competenti, può formulare, entro trenta giorni, osservazioni sull'idoneità dei modelli a prevenire i reati.”*

Il comma in esame attribuisce alle associazioni di categoria una funzione di guida, di stimolo e di aiuto per l'elaborazione e la predisposizione dei modelli organizzativi da parte degli enti.

È riconosciuto così a tali entità un ruolo attivo nell'elaborazione di “codici di comportamento” ai fini dello svolgimento della funzione preventiva e organizzativa affidata ai modelli secondo lo schema delineato nel D.lgs. n. 231/2001. Il compito attribuito alle associazioni di categoria *“risulta estremamente difficile e delicato. Difficile perché le associazioni devono individuare linee di comportamento che siano idonee ad ispirare modelli organizzativi efficaci ed efficienti per soggetti [...] con attività non sempre assimilabili; delicato perché le indicazioni proposte devono, allo stesso tempo, essere specifiche e concrete.”*⁷⁸

In funzione di una più ampia formalizzazione della procedura di approvazione del codice di comportamento è stato varato il D.M. n. 201/2003⁷⁹ (Regolamento di attuazione del Decreto Legislativo n. 231/2001).

⁷⁸ E. Scaroina, *Il problema del gruppo di imprese, Societas delinquere potest*, Giuffrè, 2006, 279, p. La citazione è riportata in nota n. 141 da Mancini, *Il D.lgs. n. 231/2001 nell'esperienza dell'associazione bancaria Italiana*, in AA.VV., *I modelli organizzativi*, cit. 433, p.

⁷⁹ Pasculli, *La responsabilità da 'reato' degli enti collettivi nell'ordinamento italiano. Profili dogmatici e applicativi.*, Cacucci, 2005, bari, 283, ss, p

Infatti, il D.lgs. n. 231/2001 non dispone alcunché riguardo alle modalità di comunicazione dei codici di comportamento e alle le modalità di presentazione di eventuali osservazioni. Il Legislatore, come osserva la dottrina,⁸⁰ predispone degli standard comportamentali che dovranno essere osservati dall'autorità amministrativa.

Il D.M. in esame all'art. 5 indica *in primis* quali siano i vincoli costitutivi delle associazioni di categoria ai fini della presentazione del modello e, successivamente, quale sia il procedimento che le stesse devono seguire per sottoporre il modello al vaglio del ministero competente:

- 1) le associazioni rappresentative di categoria dovranno inviare alla Direzione generale della Giustizia Penale presso il Ministero della Giustizia il codice di comportamento predisposto, il quale dovrà contenere le indicazioni specifiche di settore per l'adozione e l'attuazione del modello di organizzazione e gestione ai sensi dell'art. 6, D.lgs. n. 231/2001, nonché lo statuto e l'atto costitutivo dell'associazione di categoria;
- 2) se l'ente risulta sprovvisto di adeguata rappresentatività oppure non ottempera alla procedura di cui al punto 1), l'amministrazione arresta il procedimento di controllo, dandone comunicazione all'associazione entro trenta giorni dalla ricezione del codice di comportamento predisposto.

Ancora, all'art 6, viene stabilito, per quanto riguarda il procedimento di approvazione, che: *“Il Direttore generale della giustizia penale esamina i codici di comportamento sulla base dei criteri fissati dall'articolo 6, comma 2 del decreto legislativo n. 231 del 2001”* (ossia valuterà la rispondenza del modello alla prevenzione del rischio-reato). Nell'effettuare tale attività *“il direttore generale della giustizia penale [...] può avvalersi della consulenza*

⁸⁰ A. D'Avirro, A. Di Amato, *La responsabilità da reato degli enti, Volume 10*, 2009, 152-153, p.

di esperti in materia di organizzazione aziendale, designati con decreto dal capo del dipartimento per gli affari di giustizia, tra soggetti i quali non abbiano rapporti di lavoro subordinato o autonomo, o di collaborazione anche temporanea, con le associazioni di categoria legittimate all'invio dei codici di comportamento.”

Infine l'art. 7, D.M. n. 201/2003, per quanto attiene all'efficacia dei codici, indica che, se non dovesse essere formulata alcuna indicazione, il codice di comportamento si ritiene tacitamente approvato. Invece, entro trenta giorni dalla ricezione del codice, il Direttore generale della Giustizia Penale comunica all'associazione eventuali osservazioni in merito all'idoneità preventiva dello stesso; se dopo la comunicazione delle osservazioni, l'associazione invia nuovamente il codice di comportamento ai fini di un ulteriore esame, il termine di trenta giorni decorre dalla nuova comunicazione. Nel caso in cui le indicazioni presentate dal ministero non fossero rispettate, oppure se lo stesso non risultasse idoneo alla prevenzione dei rischi, il codice non acquisirà efficacia.⁸¹

Un importante riferimento per gli operatori e per l'autorità giudiziaria per valutare l'adeguatezza e l'idoneità dei meccanismi adottati ai fini della prevenzione del rischio reato è rappresentato dalle Linee Guida elaborate da Confindustria.

L'organizzazione rappresentativa degli interessi degli imprenditori ha costituito nel giugno 2001 un Gruppo di lavoro ai fini dell'attuazione del disposto contenuto nell'art. 6, comma III, D.lgs. n. 231/2001. Di tale gruppo facevano parte i rappresentanti delle associazioni territoriali, le associazioni di categoria aderenti a Confindustria, le imprese associate, i professionisti ed esperti in materia. Il frutto di tale gruppo di lavoro è stato approvato dalla giunta della Confindustria nel marzo 2002 enucleando così le “*Linee Guida*

⁸¹ In questo senso A. D'Avirro, A. Di Amato, *La responsabilità da reato degli enti, Volume 10*, 2009, 152-153, p.; G. Lattanzi e AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti, Guida al Dlgs 8 giugno 2001, n. 231*, Giuffrè, 2010, 99-100, p.

per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ex D.lgs. n. 231/2001.” In parallelo alle modifiche apportate al Decreto Legislativo n. 231 (soprattutto relative all’ampliamento del novero dei reati presupposto) Confindustria ha provveduto ad aggiornare le Linee Guida nel 2002 (L. n. 61/2002 sui reati societari), nel 2004 (L. n. 52/2005 di recepimento della Dir. n. 6/2003 concernente gli abusi di mercato), ancora nel 2005 e successivamente nel 2007 (L. n. 123/2007 in materia di salute e sicurezza sul lavoro).

Dopo tali aggiornamenti le Linee Guida sono state inviate al Ministero della Giustizia ai fini della loro approvazione, avvenuta nell’aprile 2008.

L’attività di aggiornamento continua tutt’oggi (l’ultimo risale al 2014); ciò consente alle Linee Guida di continuare a rappresentare un punto di riferimento per gli operatori nella predisposizione di modelli organizzativi adeguati e idonei nella prevenzione del rischio reato.⁸²

Le Linee Guida elaborate da Confindustria tengono in debita considerazione le differenze dimensionali, strutturali, economiche, ecc. delle imprese alla stessa associate. Per questo motivo si rigetta la predisposizione di un modello unico, applicabile a tutte le imprese associate, in quanto queste sono connotate da specificità peculiari, in ragione del settore in cui operano, delle sue dimensioni e del suo organigramma aziendale. Infatti, queste sono delle “Linee Guida” che l’impresa utilizzerà nella predisposizione del suo modello organizzativo, dovranno perciò essere integrate in relazione ai singoli e specifici rischi enucleabili in una singola realtà aziendale, in considerazione dei fattori di rischio emergenti per quel tipo di impresa e per l’attività svolta dalla stessa. Quindi le Linee Guida *“costituiscono uno strumento di supporto metodologico per le associazioni e per le imprese nella predisposizione di un modello organizzativo, in grado di superare il giudizio di idoneità da parte del giudice*

⁸² Una compiuta ricostruzione del tema è effettuata da M. Panucci e C. La Rotonda, *il ruolo delle associazioni di imprese: l’esperienza di Confindustria*, in *Analisi giuridica dell’economia*, fasc. 2, 2009, 315-335, p.

penale in occasione di un eventuale giudizio a carico dell'autore materiale del fatto."⁸³

Lo schema che viene delineato dalle Linee Guida prevede:

- 1) un'attività di identificazione del rischio-reato enucleabile all'interno di una determinata attività effettuata attraverso interviste mirate a soggetti che possiedono le conoscenze operative dei settori di attività dell'ente;
- 2) un'attività di progettazione di un sistema di controllo preventivo attraverso la predisposizione di un sistema organizzativo idoneo e adeguato all'attività svolta, nonché, la proceduralizzazione di attività particolarmente esposte al rischio di commissione di reati;
- 3) l'adozione di un codice etico e un sistema di sanzioni disciplinari volto a orientare la cultura d'impresa alla legalità e a garantirne l'osservanza;
- 4) l'individuazione dei criteri su cui basare la scelta dell'organismo di controllo (guardando, per esempio, con favore a un organismo di vigilanza a composizione mista interna-esterna)
- 5) la predisposizione di un sistema che sia in grado di evitare di dar vita a nuove strutture e processi che rendano eccessivamente onerosa la gestione dell'impresa.

Dai dati raccolti da Confindustria si nota come l'adozione dei modelli organizzativi stia divenendo una pratica diffusa all'interno delle imprese, anche per effetto delle spinte provenienti dalle disposizioni di legge e da iniziative a carattere autoregolamentare (come, ad esempio, i regolamenti di borsa che prevedono l'obbligo di adozione dei modelli per essere ammessi alle quotazioni del segmento STAR).⁸⁴

Anche le Linee Guida di Assobiomedica richiedono che, nell'attività di

⁸³ M. Panucci e C. La Rotonda, *il ruolo delle associazioni di imprese: l'esperienza di Confindustria*, in *Analisi giuridica dell'economia*, fasc. 2, 2009, cit. 320, p.

⁸⁴ www.borsaitaliana.it: il segmento STAR è dedicato alle imprese con capitale compreso tra i 40 milioni e il miliardo di euro all'interno del mercato MTA (Mercato Telematico Azionario). Queste si impegnano a rispettare alcuni requisiti di eccellenza come : alta trasparenza e vocazione comunicativa, alta liquidità e *Corporate Governace* allineata agli standard nazionali e internazionali.

direzione e coordinamento, siano previsti degli adeguati meccanismi volti a coordinare e a raccordare l'attività di vigilanza della società capogruppo e gli Organismi di Vigilanza presenti nelle società controllate, al fine di evitare che possano enuclearsi delle discrasie riguardo all'attività di vigilanza tra le società facenti parte di un medesimo gruppo.

Sempre in tema di costituzione dell'Organismo di Vigilanza all'interno dei gruppi di società le Linee Guida di Confcommercio, dove si segnala l'opportunità di istituire presso ogni società controllata di un autonomo organismo di vigilanza che possa avvalersi delle risorse disponibili presso la società *Holding*.

Indicazioni puntuali in materia di gruppi di società le Linee Guida elaborate dall'Associazione Bancaria Italiana (ABI). Anche qui si stabilisce che ogni banca dovrà valutare l'opportunità di dotarsi un sistema organizzativo parametrato alle proprie dimensioni e all'attività svolta; la società capogruppo ha così il compito di *“informare le controllate degli indirizzi da essa assunti in relazione alla prevenzione dei reati di cui al D.lgs. n. 231 del 2001 e suggerire criteri generali cui queste potranno uniformarsi e [...] verificare l'attuazione di tali, generali direttive.”*⁸⁵

Si può notare come le associazioni di categoria siano, in ultima analisi, chiamate a fornire alle imprese indicazioni specifiche su come affrontare e prevenire i possibili rischi connessi all'attività d'impresa.

Questo compito è poi particolarmente doveroso all'interno della tematica concernente i gruppi di società; infatti nella predisposizione delle indicazioni relative alla prevenzione del rischio reato nei gruppi di società, le associazioni di categoria dovranno tenere in debita considerazione due elementi (apparentemente) contrapposti: l'autonomia caratterizzante le società facenti parte del gruppo e gli obblighi facenti capo alla *Holding* nell'attività di direzione e coordinamento.

⁸⁵ E. Scaroina, *Il problema del gruppo di imprese, Societas delinquere potest*, Giuffrè, 2006, cit. 283, p.

2.4. I modelli di prevenzione del rischio reato nei gruppi di società

A fronte della mancanza di disposizioni concernenti il gruppo di imprese all'interno del D.lgs. n. 231/2001, è la dottrina (e la pratica commerciale) a interrogarsi su come applicare le prescrizioni dettate dal Decreto relativamente all'adozione e all'attuazione dei modelli organizzativi all'interno dei gruppi di società. Infatti, le questioni attinenti ai modelli organizzativi e alla nomina dell'Organismo di Vigilanza, si ripresentano con riferimento ai gruppi di società.

La prima questione, che si pone all'attenzione dell'interprete, attiene all'opportunità o meno dell'approvazione, da parte della società che esercita l'attività di direzione e coordinamento, di un unico modello organizzativo che sia estensibile a tutte le società facenti parte del gruppo, delineando così un "modello di gruppo". Affrontando questa tematica è opportuno precisare un dato fondamentale: il gruppo di imprese non è dotato di una distinta autonomia e soggettività giuridica rispetto alle società che lo compongono; al contrario, il raggruppamento di imprese si caratterizza per la presenza di un elevato grado di autonomia operativa e gestionale delle entità che lo compongono, anche in relazione al principio cardine per cui gli organi di gestione e controllo di una società rispondono dell'attività esercitata direttamente ai soci e ai creditori della stessa.⁸⁶

La dottrina occupatasi dell'argomento si interroga se sia necessario che siano adottati tanti modelli organizzativi quante sono le società del gruppo, oppure se sia sufficiente che la società *Holding* predisponga un unico modello organizzativo, che dovrà poi essere adottato dalle società controllate.

Lo scopo, in materia di gruppi, è quello di rispettare l'autonomia delle singole società facenti parte del raggruppamento, ma questa esigenza deve coniugarsi con la necessità che la capogruppo, attraverso l'attività di direzione e

⁸⁶ In questo senso, F. Assumma, La responsabilità amministrativa degli enti nei gruppi d'impresa: problemi e prospettive, in *Rivista* 231, n. 3, 2011, 12, p.

coordinamento, eserciti un certo grado di supervisione e controllo delle scelte approntate dalle controllate in tema di prevenzione del rischio-reato (esigenza che si manifesta non solo sotto il profilo della responsabilità per l'attività di direzione unitaria ex art. 2497 c.c., ma anche sotto il profilo del contenimento dei costi di adeguamento dei modelli nell'ottica della delineazione di un rischio c.d. "tollerabile"). Proprio mediante il richiamo all'art. 2497, c.c. si desume che *"la Holding dovrà auspicabilmente adoperarsi, nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento che le compete ex artt. 2497 ss. c.c., allo scopo di armonizzare ed uniformare quanto più possibile i criteri generali di prevenzione dei reati adottati nel contesto del raggruppamento di società che ad essa fa capo."*⁸⁷

Concorda la dottrina sul fatto che la capogruppo dovrà sollecitare e indicare alle controllate di dotarsi di un proprio modello organizzativo, che sia ispirato ai criteri generali individuati dalla *Holding* e che, di conseguenza quest'ultima, effettui un'attività di vigilanza sull'attività degli organi gestori delle società controllate per quanto riguarda l'adozione di un modello adeguato e idoneo a prevenire il rischio reato (anche al fine di evitare ripercussioni in capo alla controllante qualora venga contestato un illecito amministrativo a una società controllata). Nell'ambito di tale attività la capogruppo potrà indicare principi comuni, la struttura del codice di comportamento e i protocolli attuativi, anche se poi questi elementi dovranno essere singolarmente acquisiti e rimodellati dalla società che li recepisce. Inoltre, sempre nell'ambito dell'attività di direzione e coordinamento, la società *Holding* potrà predisporre il c.d. "codice etico di gruppo", il quale riassume i principi e i valori operanti all'interno della realtà di gruppo; in tal senso viene osservato che *"in ogni caso, è fondamentale che tali procedure siano ispirate ai principi della trasparenza e della correttezza contabile e rispettino i poteri gestori degli organi di vertice delle controllate, nonché la*

⁸⁷ Linee Guida Confindustria Parte Generale, Cap. V, par. 4, 70 ss, p.

rispettiva autonomia finanziaria e patrimoniale.”⁸⁸

Quindi, il compito della società *Holding* potrebbe essere definito come di “coordinamento delle azioni del gruppo nel suo complesso”; a questa spetterà la determinazione dei principi base per la prevenzione del rischio-reato all’interno delle singole realtà aziendali, salvaguardando la loro autonomia.

Queste ultime dovranno quindi attenersi ai principi base adottati dalla capogruppo nella redazione dei modelli organizzativi, ma non dovranno limitarsi a un mero recepimento del modello adottato dalla controllante.

Il modello predisposto dalla società madre ha, in ultima analisi, la funzione di “base”, ossia è il metro su cui costruire il modello che, però, dovrà essere “ritagliato” sulla singola realtà aziendale e sulle specifiche dell’attività da questa svolta.⁸⁹

Concludendo sul punto, si potrebbe affermare che l’idoneità e l’adeguatezza di un modello organizzativo, calato nella realtà del gruppo di imprese, deve tener conto della dimensione di gruppo, ma salvaguardare le singole peculiarità emergenti dalla struttura composita dello stesso.

Ragionando diversamente, ovvero predisponendo un unico modello di gruppo, verrebbero violati i criteri stabiliti dal D.lgs. n. 231/2001 attinenti alla redazione del modello organizzativo.

Infatti, un “modello di gruppo” che debba essere puramente recepito *sic et simpliciter* dalle società controllate non risponderebbe ai criteri di idoneità e adeguatezza nella prevenzione del rischio-reato, poiché sarebbe un modello totalmente “sordo” alle esigenze e alle specificità delle singole realtà

⁸⁸ Linee Guida Confindustria Parte Generale, Cap. V, par. 4, 77, p.

⁸⁹ In questo senso anche C. Piergallini, *La struttura del modello di organizzazione, gestione e controllo del rischio-reato*, In G. Lattanzi e AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti*, Guida al Dlgs 8 giugno 2001, n. 231, Giuffrè, 2010; E. Scaroina, *Il problema del gruppo di imprese*, *Societas delinquere potest*, Giuffrè, 2006; A. Scafidi, *La prevenzione della responsabilità amministrativa degli enti nell’ambito dei gruppi societari italiani e internazionali (seconda parte)*, in Rivista 231, 2012; P. Valsenise, *L’organismo di vigilanza ex D.lgs. 231/2001: poteri, composizione e responsabilità*, In analisi giuridica dell’economia, fasc. 2, 2009, F. Assumma, *La responsabilità amministrativa degli enti nei gruppi d’impresa: problemi e prospettive*, in Rivista 231, n.3, 2011

aziendali. Oltretutto, l'adozione di un modello unico, predisposto dalla società capogruppo, si rivelerebbe un'arma a doppio taglio: il rischio è quello per cui venga ravvisata una responsabilità in capo ai vertici del gruppo, qualora i presidi predisposti a livello organizzativo siano poi risultati non idonei e inadeguati. A tal fine, la società *Holding* dovrà dotarsi di un autonomo modello organizzativo volto a prevenire i reati connessi all'attività dalla stessa svolta ⁹⁰ (distinguendo per esempio tra *Holding* operativa e *Holding* finanziaria).⁹¹

In tal senso anche le Linee Guida elaborate da Confindustria (come da ultimo aggiornate) secondo le quali: *“Innanzitutto, ciascuna società del gruppo, in quanto singolarmente destinataria dei precetti del decreto 231, è chiamata a svolgere autonomamente l'attività di predisposizione e revisione del proprio Modello organizzativo. Tale attività potrà essere condotta anche in base a indicazioni e modalità attuative previste da parte della Holding in funzione dell'assetto organizzativo e operativo di gruppo. Peraltro, ciò non dovrà determinare una limitazione di autonomia da parte delle società controllate nell'adozione del Modello.”*⁹²

A fronte di tale indicazione si conferma che i modelli organizzativi dovranno essere parametrati sulle specificità aziendali e che le società facenti parte del gruppo sono dotate di una loro distinta autonomia operativa e gestionale.

Un'altra questione alla quale bisogna fare riferimento attiene all'Organismo di Vigilanza.

Infatti, come visto nel par. 2.2., il D.lgs. n. 231/2001 richiede che non solo venga adottato un modello organizzativo idoneo e adeguato a prevenire i possibili rischi derivanti dall'esercizio dell'attività di impresa, ma anche che

⁹⁰ Il ragionamento è di E. Scaroina, *Il problema del gruppo di imprese, Societas delinquere potest*, Giuffrè, 2006, 271, p.

⁹¹ Sulla distinzione tra *Holding* operativa e finanziaria si veda il presente lavoro, Cap. 1, par. 1.4., 17, p.

⁹² Linee Guida Confindustria Cap. V, par. 4, 75, p.

tale compito venga affidato ad un apposito organismo, il quale vigili sul rispetto e sul funzionamento delle prescrizioni contenute all'interno del modello.

Il quesito posto sul punto dalla dottrina è il seguente: le società facenti parte del gruppo devono dotarsi di un proprio Organismo di Vigilanza o possono avvalersi delle funzioni dell'OdV costituito presso la società capogruppo?

Secondo parte della dottrina,⁹³ partendo dal fatto che la nomina di un OdV non si configura tecnicamente come obbligatoria, si può concludere che nei gruppi non è assolutamente necessario che si debbano costituire tanti Organismi di Vigilanza quante sono le società facenti parte del gruppo.

Infatti, secondo questa lettura, si potrebbe istituire un OdV nelle società più importanti, i quali a loro volta dovranno coordinare la loro attività con l'OdV costituito presso la società capogruppo; a queste potranno essere affidati i compiti di vigilanza non solo presso le società in cui sono costituiti, ma anche all'interno delle altre società del gruppo. Si tratta di “*un medesimo ODV che [...] svolgerà la sua funzione per più società*”.⁹⁴

In questo caso, l'Organismo di Vigilanza istituito presso la società *Holding* avrà il ruolo di coordinare l'attività di vigilanza, configurandosi come un possibile strumento per migliorare la funzione dei singoli OdV che prestano la loro opera all'interno delle singole società del gruppo.

Invece la dottrina maggioritaria⁹⁵ ritiene sia necessario che le singole società facenti parte del gruppo si dotino di un autonomo e distinto Organismo di Vigilanza; conclusione per altro confermata dalle indicazioni normative provenienti dal D.lgs. n. 231/2001.

Infatti, l'art. 6, comma I, lett. b), D.lgs. n. 231/2001 richiede che le funzioni

⁹³ P. Montalenti, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Rivista della società*, 2007, fasc. 2-3, 387-395, p.

⁹⁴ P. Montalenti, op. ult., cit. 387, p.

⁹⁵ Tra cui A. Scafidi, *La prevenzione della responsabilità amministrativa degli enti nell'ambito dei gruppi societari italiani e internazionali (seconda parte)*, in *Rivista* 231, 2012, 174-178, p.

spettanti all'OdV siano affidate a “*un organismo dell'ente*”; a fronte del dettato normativo non sarebbe possibile affidare le funzioni dell'organismo in questione a un organo istituito presso una società diversa; “*Organismo dell'ente e, pertanto, non "di un altro ente", come potrebbe essere, ad esempio, la società capogruppo nei confronti delle sue controllate o le stesse controllate, reciprocamente tra loro.*”⁹⁶

Ancora, un OdV accentrato presso un'unica (o presso poche) società del gruppo, come vorrebbe la dottrina minoritaria, non garantirebbe l'osservanza dei requisiti di azione richiesti per la sua attività, primi tra tutti l'autonomia, l'indipendenza e la continuità di azione. Inoltre, se la vigilanza fosse esercitata da un organismo unico costituito presso la controllante, si rischierebbe di fondare una posizione di garanzia di fonte negoziale in capo ai vertici della società *Holding* e perciò fondarne una responsabilità penale per omesso intervento.

Aderendo alla tesi della dottrina maggioritaria (come anche la pratica mostra di aderire) bisogna propendere per la necessaria moltiplicazione degli organismi deputati al controllo sul funzionamento e sul rispetto dei modelli organizzativi, anche al fine di evitare il pericolo di un giudizio di inidoneità del sistema predisposto dalla società da parte dell'organo istituzionale chiamato a valutare l'idoneità del modello (ossia l'autorità giudiziaria).

In conclusione, solo un Organismo di Vigilanza costituito nell'ambito del singolo ente potrà dirsi “*Organismo dell'ente, dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo*” (come disposto dall'art. 6, comma 1, lett. b), D.lgs. n. 231/2001.

Individuata la necessità di costituire tanti Organismi di Vigilanza quante sono le società del gruppo, occorre ora affrontare un'altra questione, parimenti delicata, attinente alla composizione dell'OdV in ciascuna delle società facenti parte del gruppo.

⁹⁶ Lecis, *L'organismo di vigilanza nei gruppi di società*, in *Rivista* 231 n.2, 2006, cit. 2, p.

Come osserva la dottrina sul punto,⁹⁷ nell'OdV di una società facente parte del gruppo potranno essere nominati soggetti appartenenti agli organigrammi aziendali o ad organi sociali di altre società del gruppo (come per esempio i membri dell'organismo di *internal auditing*).

I soggetti nominati, dovranno sempre garantire quelli che sono i requisiti per un corretto ed efficace funzionamento dell'OdV: professionalità, autonomia, indipendenza, competenza e continuità di azione (come suggerito dalle Linee Guida elaborate dalle associazioni di categoria).

Per esempio, il principio della continuità di azione determina che i membri dell'Organismo di Vigilanza siano anche fisicamente incardinati nell'ambito della società o, comunque, stabilmente vicini alle aree sensibili, così da potere avere riscontri sull'efficacia del sistema di controllo adottato dalla società ed espresso nel modello organizzativo, nell'ottica di un esercizio mirato ed effettivo delle funzioni assegnate a tale organo.

Per questo motivo, si propende per la nomina di uno o più membri all'interno dell'OdV di almeno un soggetto appartenente alla società presso cui l'organismo è costituito.

Applicando questo dato alla realtà dei gruppi di società potrebbe accadere che la società *Holding* possa inserire un soggetto (a questa legato) nell'OdV di una società controllata. Viene notato che, spesso, una funzione o un'unità organizzativa sia inquadrata come funzione "di gruppo", poiché dotata di competenze che riguardano il gruppo nel suo complesso (ad esempio si pensi alla concentrazione della funzione legale o amministrativa presso la capogruppo). In questi casi potrà accadere che l'OdV di una società controllata possa essere composto di membri da questa nominati, ma insieme a questi verranno nominati uno o più soggetti appartenenti ad altra entità facente parte del gruppo, senza che però il principio di continuità di azione venga

⁹⁷ Lecis, op. ult. Cit.; A. Scafidi, *La prevenzione della responsabilità amministrativa degli enti nell'ambito dei gruppi societari italiani e internazionali (seconda parte)*, in Rivista 231, 2012

meno. Inoltre, se le funzioni esercitate sono eterogenee e diverse tra loro, oppure le società si trovano in luoghi distanti, allora ci sarà la necessità di procedere alla nomina di almeno un membro dell'OdV di estrazione interna.

Altre problematiche potrebbero porsi in relazione ai principi di professionalità, indipendenza e autonomia dei componenti dell'Organismo di Vigilanza.

Si potrebbe immaginare che la nomina di soggetti appartenenti ad altre entità del gruppo potrebbe minare non solo la professionalità ma soprattutto l'indipendenza e l'autonomia dell'OdV, poiché si genererebbe una sorta di *metus* reverenziale da parte di tali soggetti nei confronti di chi li ha nominati. Ma questa lettura non convince la maggior parte della dottrina, secondo la quale tale fenomeno può essere valutato positivamente. Viene osservato *“che non è raro che in gruppi di rilevanti dimensioni vengano assunte da una società con professionalità esclusivamente dedicate allo svolgimento del ruolo di Organismo di Vigilanza e che tali figure siano poi coinvolte negli organismi delle altre società appartenenti al Gruppo”*; ma non solo *“il fatto di essere soggetti "esterni" e, solitamente, non retribuiti dalla società in cui ricoprono l'incarico, può garantire un'autonomia ancora maggiore rispetto ad un dipendente o ad un consulente che, pur esterno, sia remunerato dalla società stessa.”*⁹⁸

Si potrebbe concludere sul punto rilevando che l'appartenenza di una società ad un gruppo influisce sulla composizione del suo Organismo di Vigilanza, anche in virtù di una logica economicistica rivolta al contenimento dei costi e di massimizzazione degli investimenti.

Per quanto riguarda invece il numero dei consiglieri di sorveglianza viene osservato che l'opzione maggiormente condivisa è quella di istituire presso la capogruppo un organismo collegiale a composizione mista; mentre *“è auspicabile che siano previste composizioni diverse tra i vari organismi di vigilanza del gruppo, in quanto ciò offre una maggiore garanzia di tutela e un*

⁹⁸ Lecis, op. ult. Cit., 3, p.

*controllo rafforzato.*⁹⁹

Come già osservato in precedenza, un OdV a composizione monocratica si configura come possibile solo all'interno dei gruppi medio-piccoli. Concludendo, le scelte dovranno essere calibrate tenendo conto della realtà di gruppo, delle società che lo compongono e delle attività da queste ultime svolte.

Si può notare come all'interno di un gruppo, gli Organismi di Vigilanza delle società che ne fanno parte non opereranno come monadi. L'OdV della società *Holding* avrà non solo il compito di effettuare le attività di sua competenza presso la società-madre, ma dovrà anche coordinare l'attività degli OdV delle società controllate così da garantire un controllo e un confronto a livello infragruppo.

Si realizzerà così un utile veicolo informativo tra gli Organismi di Vigilanza delle società del gruppo, volto a favorire una sinergica collaborazione in ordine alla verifica delle carenze organizzative e al monitoraggio delle attività esposte a rischio-reato in un'ottica globale e di gruppo (anche se un'attività di coordinamento inefficace o non rispondente ai requisiti previsti dalla legge potrebbe provocare una migrazione di responsabilità tra le società facenti parte del gruppo stesso).

⁹⁹ A. Scafidi, op. ult. Cit, cit. 176, p.

2.5. Una realtà peculiare: i modelli organizzativi delle società appartenenti a gruppi internazionali

Un caso particolare attinente ai modelli organizzativi nell'ambito dei gruppi di società, attiene alle problematiche che emergono all'interno dei gruppi internazionali.¹⁰⁰

I problemi che si evidenziano sul tema attengono alla mappatura del rischio-reato (*risk-assesment*) e alla razionale ed efficiente strutturazione dei protocolli preventivi (*risk-management*).

Per quanto attiene all'attività di *risk-assesment*, i problemi sono acuiti dal fatto che il rischio-reato dovrà essere valutato e parametrato in relazione ad attività svolte in tutto o in parte all'estero o con l'estero da società italiane, oppure con riferimento a rischi enucleabili attraverso l'attività di una sede secondaria di una società italiana situata all'estero. Ricorrendo i requisiti dell'art 6, c.p. (rubricato "reati commessi nel territorio dello stato"), si applicherà la legge italiana e la giurisdizione del giudice penale italiano.

Quindi, quando un ente straniero o un gruppo straniero si troverà ad agire in Italia, dovrà, in virtù del principio di territorialità, osservare la legge italiana; tali entità dovranno quindi "mappare" e identificare i rischi connessi all'attività che viene svolta in Italia. Inoltre gli stessi adempimenti riguarderanno l'ente italiano che si trovi ad operare all'estero, in ossequio al disposto dell'art. 4, comma I, D.lgs. n. 231/2001: "*Nei casi e alle condizioni previsti dagli articoli 7, 8, 9 e 10 del codice penale, gli enti aventi nel territorio dello Stato la sede principale rispondono anche in relazione ai reati commessi all'estero, purché nei loro confronti non proceda lo Stato del luogo in cui è stato commesso il fatto*".

Se invece, le attività svolte all'estero sono compiute da soggetti diversi da quello italiano, ma facenti parte dello stesso gruppo, l'attività di "mappatura"

¹⁰⁰ Sul punto anche F. Assumma, *La responsabilità amministrativa degli enti nei gruppi d'impresa: problemi e prospettive*, in Rivista 231, n.3, 2011

del rischio-reato dovrà essere estesa anche all'opera svolta da queste, poiché è presumibile che l'appartenenza a un gruppo di imprese possa fondare la consapevolezza, in capo all'ente italiano, delle attività svolte dalle altre conosciute.

Quindi, nell'ambito dei rischi rilevanti per la normativa *de qua*, la società italiana dovrà predisporre degli idonei protocolli e modelli organizzativi che le permettano di "monitorare e prevenire" i rischi connessi alle attività svolte all'estero.

Merita sottolineare che più vasta ed eterogenea è l'attività svolta, maggiori saranno i rischi che dovranno essere presi in considerazione dall'ente (si pensi per esempio ai rischi enucleabili all'interno di un paese dove vi sia un alto tasso di corruzione dei funzionari pubblici).

Nell'ambito dei gruppi internazionali si pone così la necessità e il problema di coordinare e armonizzare le prescrizioni volte a ridurre i rischi connessi alla commissione di reati nelle società controllate in conformità alle prescrizioni del D.lgs. n. 231/2001.

Altro fenomeno a cui fare riferimento è l'attività di normazione interna prodotta nell'ambito di un gruppo internazionale che va ad integrare le disposizioni presenti nel D.lgs. n. 231/2001.

Si può sottolineare, per esempio, l'importanza del codice etico predisposto dalla controllante o ancora le *policies* predisposte per la prevenzione del rischio-corruzione; tale scelta "*si risolve in buona sostanza [...] nel riconoscimento dell'esistenza di un patrimonio comune di principi fondamentali cui dovrebbe ispirarsi l'attività dell'intero gruppo e che dovrebbe altresì guidare l'esponente aziendale nei casi dubbi o non coperti da specifici presidi procedurali.*"¹⁰¹

Si può notare quindi come la prevenzione del rischio reato sia avvertita anche nei gruppi internazionali, i quali saranno portati a coordinare l'attività delle

¹⁰¹ E. Scaroina, *Il problema del gruppo di imprese, Societas delinquere potest*, Giuffrè, 2006, cit. 285, p.

controllate in funzione di un'attività sinergica, volta a considerare tutti (o almeno una parte cospicua) i rischi connessi alle attività svolte dal gruppo, in Italia e all'estero.

Capitolo 3

La responsabilità del gruppo tra dottrina e giurisprudenza

Sommario: 3.1. *Gli orientamenti elaborati in dottrina* – 3.2. *La giurisprudenza di merito* - 3.3. *La giurisprudenza di legittimità*

3.1. Gli orientamenti elaborati in dottrina

Il presente lavoro è frutto della considerazione per cui il gruppo di imprese, all'interno del nostro ordinamento, sta assumendo un'importanza sempre più crescente.

L'evolversi della pratica commerciale mostra, infatti, come oggi la forma più comune dell'attività d'impresa non sia confinata al solo territorio nazionale.

Questo dato è per esempio rappresentato dalla possibilità di costituire una "Società Europea"¹⁰² all'interno di uno stato membro dell'Unione Europea.

Si tratta di un importante indice normativo della tendenza, in atto nelle attività economiche, al raggruppamento tra imprese in funzione dell'abbattimento dei costi del ciclo produttivo e della creazione di prodotti migliori con prezzi

¹⁰² La società europea (SE) è una struttura legale dell'impresa che permette all'organizzazione di operare in diversi paesi dell'Unione Europea attraverso un unico statuto. L'atto normativo con cui questa viene riconosciuta a livello normativo è il Reg. (CE) n.2157/2001 (poi completato con la Dir. 2001/86/CE in materia di partecipazione dei lavoratori. I requisiti per la sua costituzione comprendono: 1) almeno due società devono provenire da diversi paesi dell'UE; 2) almeno due società devono provenire da diversi stati membri o devono avere una succursale o affiliata (che a sua volta potrà essere una SE) in un altro paese dell'UE per un periodo di almeno due anni; o 3) la società deve avere un'affiliata in un diverso paese dell'UE per un periodo di almeno due anni. Per un'analisi approfondita dell'istituto si veda G.F. Campobasso, *Diritto commerciale, Vol II, Diritto delle società*, Utet, 2014, ult. Capitolo.

A livello europeo, su questa linea di tendenza, viene anche riconosciuta la società cooperativa europea tramite il Reg. (CE) 1435/2003 completato poi attraverso la Dir. 2003/72/CE sul coinvolgimento dei lavoratori.

Per un'analisi in merito alla diffusione di tale forma organizzativa in Italia e all'estero si veda Rescio, *La Società Europea: una società poco amata dagli italiani?*, in Consiglio Nazionale del Notariato studi e materiali, n. 4, 2010.

maggiormente concorrenziali (frutto della cooperazione e della circolazione di nuovi *know-how* aziendalistici). Sul punto viene osservato che *“la nuova e più ampia dimensione dell’attività imprenditoriale è stata determinata non solo da esigenze legate alla ricerca di maggiore competitività”* ma anche dal fatto che le *“imprese destinate ad operare in un singolo Paese decidono di costituirsi e gestire la propria attività secondo le regole di un diverso ordinamento, in quanto più favorevoli.”*¹⁰³

Si potrebbe tuttavia affermare che un’economia su vasta scala, la quale si estenda al di là dei confini nazionali, si rende possibile fonte di nuovi rischi criminali e possibile punto di raccordo tra realtà criminale ed economia.

Le modalità organizzative che si sviluppano all’interno dei gruppi, volte a sfruttare sinergicamente i vantaggi derivanti dal raggruppamento di imprese, diventano il mezzo per ottenere vantaggi indebiti *“il gruppo societario è un potente moltiplicatore di opportunità criminogene, perché consente una disarmante varietà di strumenti e di schemi operativi.”*¹⁰⁴

Un altro dato, concernente la rilevanza del fenomeno, è rappresentato dalla diffusione di crimini dotati del carattere della transnazionalità:¹⁰⁵ elemento che rende il gruppo (nelle sue forme patologiche) uno “strumento” utilizzato per la commissione di illeciti nonché foriero di nuovi e concreti rischi penali.

¹⁰³ E. Stampacchia, *La responsabilità “amministrativa” degli enti con sede all’estero*, in *Diritto penale Contemporaneo*, 2013, cit. 1, p.

¹⁰⁴ La citazione è di F. M. Iacoviello, *La responsabilità degli amministratori nella formazione di fondi occulti*, in *Cass. Pen.*, 1995, 3561, ss. p. e si rinviene in E. Scaroina, *Corruzione e responsabilità nel gruppo di imprese*, in A. Del Vecchio e P. Severino, *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, in *Collana di studi Luiss Guido Carli*, Dipartimento di Giurisprudenza, Padova, Cedam, 2014, cit. 81, p.

¹⁰⁵ Testimoniato a livello normativo dal fatto che il reato transnazionale è riconosciuto dalla L. 146/2006, in ratifica della “Convenzione ONU contro la criminalità organizzata transnazionale” sottoscritta nel corso della conferenza di Palermo 12-15 Dicembre 2000. All’art. 3, comma II, della presente convenzione viene stabilito che: *“si ha un reato transnazionale quando il reato: a) è commesso in più di uno Stato; (b) è commesso in uno Stato, ma una parte sostanziale della sua preparazione, pianificazione, direzione o controllo avviene in un altro Stato; (c) è commesso in uno Stato, ma in esso è implicato un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato; o (d) è commesso in uno Stato ma ha effetti sostanziali in un altro Stato.”*

Le dinamiche che s'instaurano all'interno dei raggruppamenti di imprese determinano infatti rilevanti difficoltà in ordine all'accertamento dei soggetti attivi del reato, dato aggravato da quelle situazioni di "omertà" che si possono creare all'interno di un'organizzazione comune (frutto di una logica che possiamo definire "cameratica").

Viene attentamente osservato in dottrina che *"il gruppo, proprio in virtù della sua peculiare natura, pare infatti idoneo a esaltare le potenzialità criminali – in termini di anonimizzazione delle responsabilità e di ampia disponibilità dei mezzi – delle strutture imprenditoriali complesse, rendendo meno agevole la ricostruzione dei processi decisionali."*¹⁰⁶

La complessità dei fenomeni economici sottostanti a un'impresa di gruppo, frutto dell'aggregazione di imprese, mostra come l'inerzia del Legislatore nella regolamentazione del fenomeno si avverta più che mai intollerabile, anche alla luce della disciplina prevista all'interno del D.lgs. n. 231/2001.

A tale proposito, l'interrogativo prioritario è se le società facenti parte di un gruppo possano rispondere ai sensi della disciplina posta dal D.lgs. n. 231/2001; e se, correlativamente, si possa affermare una responsabilità immediata e diretta del gruppo, anche in virtù del riconoscimento dello "interesse di gruppo" da parte della giurisprudenza di merito.

In ultima analisi, la questione che si vuole affrontare concerne la possibilità di muovere un addebito di responsabilità non alle singole società controllate o alla società capogruppo, ma al gruppo globalmente considerato, mutuando quella logica per cui, quando agisce una società appartenente al gruppo, i vantaggi da questa perseguiti potrebbero riverberarsi a favore di tutte le società facenti parte dello stesso, a prescindere da un eventuale concorso morale o materiale della *Holding* o di altra società controllata.

Cercando di trovare una risposta agli interrogativi posti in premessa, non si

¹⁰⁶ E. Scaroina, *Corruzione e responsabilità nel gruppo di imprese*, in A. Del Vecchio e P. Severino, *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, in Collana di studi Luiss Guido Carli, Dipartimento di Giurisprudenza, Padova, Cedam, 2014, cit. 73, p.

può prescindere dagli orientamenti che si sono succeduti sul tema.

Gli studiosi partono dallo stesso assunto di fondo: il Legislatore, nonostante abbia predisposto una disciplina concernente i gruppi all'interno del codice civile (riguardante il corretto operare del gruppo e delle società che lo compongono [artt. 2497, ss, c.c.]), si astiene dal fare riferimento ai risvolti penalistici del fenomeno.

Tale inerzia si traduce in un dato particolarmente negativo, poiché si è ormai acquisita la consapevolezza che il fenomeno-gruppo, nelle sue forme patologiche, è foriero di rilevanti pregiudizi ai beni giuridici protetti e all'interesse al corretto funzionamento del mercato e dei rapporti societari.¹⁰⁷

Questo stato di cose aggrava il compito dell'interprete, il quale è chiamato a definire i confini di liceità dell'attività dei gruppi.

La difficoltà è senz'altro più ardua quando si tratta di indagare come si configuri la responsabilità delle diverse persone giuridiche sottoposte all'attività di direzione e coordinamento riguardo a fatti-reato commessi nell'interesse o a vantaggio del gruppo complessivamente considerato, oppure nell'interesse o a vantaggio di una delle società facenti parte del gruppo stesso.¹⁰⁸

Come viene osservato: *“Il formarsi dei primi orientamenti interpretativi della Cassazione consente di tornare ad approfondire il controverso tema della responsabilità amministrativa da reato all'interno del gruppo di imprese, con particolare riguardo alle condizioni in forza delle quali, rispetto ad un reato commesso in nome e per conto di una controllata, possa esserne chiamata a*

¹⁰⁷ La lacuna viene denunciata da più punti sia in dottrina che in giurisprudenza.

Si può però osservare che il D.lgs. 231/2001 tace anche con riferimento anche ad altre questioni, tra cui: il fenomeno delle reti aziendali, quello dei professionisti, l'attribuzione delle responsabilità all'interno delle piccole e medie imprese e nelle imprese individuali (tema sul quale ripetutamente interviene la Corte di Cassazione); tutti temi, questi, presi in analisi da parte della nostra giurisprudenza.

¹⁰⁸ Sul punto si veda anche C. Santoriello, *Gruppi di società e sistema sanzionatorio del D.lgs. n. 231/2001*, in *Rivista* 231, 2007, 1-6, p.

rispondere anche la capogruppo o altra società del gruppo.”¹⁰⁹

Gli orientamenti formati in dottrina in materia di estensione della responsabilità alle società facenti parte del gruppo o in merito al riconoscimento di una responsabilità c.d. “di gruppo” sono plurimi.

In via preliminare si può osservare come gli orientamenti elaborati sul tema mostrano come il modello di responsabilità delineato da D.lgs. n. 231/2001 sia fondato sull’ente singolarmente considerato, visto che non viene dedicata alcuna disposizione alla tematica dei gruppi di imprese.

Il decreto predispone un modello imperniato su una peculiare qualificazione soggettiva del soggetto-agente-persona fisica (attraverso la configurazione di una posizione qualificata intercorrente tra questo soggetto e l’ente, compendiandosi nel ruolo di apicale o sottoposto ex art. 5, lett. a-b D.lgs. n. 231/2001), e su un difetto genetico o funzionale di un modello organizzativo di prevenzione del rischio-reato (c.d. “colpa di organizzazione”) e richiede che, infine, il reato sia commesso nell’interesse o a vantaggio dell’ente.

Un primo orientamento¹¹⁰ ritiene che un criterio idoneo a fondare l’estensione di responsabilità all’interno di un raggruppamento di imprese, sia quello volto a riconoscere al gruppo una valenza unitaria, individuando in capo alla *Holding* un ruolo di coordinamento e controllo del gruppo, pervenendo così ad affermare che il gruppo si configuri come una realtà autonoma e distinta rispetto alle società che lo compongono.

Questa lettura evidenzia che le nozioni di interesse e vantaggio vanno intese in modo diverso a seconda che siano riferite a un ente considerato come monade o come ente inserito all’interno di un gruppo di imprese.

Se si considerasse l’ente quale monade, esso si porrebbe come diretto destinatario delle norme poste dal D.lgs. n. 231/2001 e, inoltre, sarebbe responsabile per le condotte tenute nei suoi confronti da parte dell’agente

¹⁰⁹ G. Amato, *L’attribuzione della responsabilità amministrativa ex D.lgs. n. 231/2001 all’interno dei gruppi di imprese*, in *Rivista* 231, 2015, 1-16, p.

¹¹⁰ F. Sgubbi, *Gruppo societario e responsabilità delle persone giuridiche ai sensi del D.lgs. n. 231/2001*, in *Rivista* 231, 2006, 1-3, p.

qualificato, che poi ricadranno nell'interesse o a vantaggio del gruppo stesso. Viene affermato che *“Nel caso di un ente singolarmente considerato, la responsabilità si fonda su un interesse o un vantaggio direttamente attribuibile all'ente stesso a seguito della commissione di un reato da parte della persona fisica qualificata”*¹¹¹; a conferma di tale assunto viene rilevato che l'art. 5, comma II, D.lgs. n. 231/2001 prevede una causa di non punibilità *“se le persone indicate nel comma I hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi.”*

Nel caso invece in cui si faccia riferimento a una società inserita all'interno di un gruppo, viene osservato come la responsabilità potrà espandersi a tutte le società facenti parte dello stesso.

Tale osservazione fa perno sul fatto che a seguito dell'Ord. Trib. Milano, 20 dicembre 2004, emerge non solo la rilevanza e la centralità dei concetti di interesse e vantaggio all'interno del D.lgs. n. 231/2001, ma anche che *“quando una persona fisica commette un reato nell'interesse della società da tale persona amministrata [...] l'interesse o il vantaggio si riflettono su tutto il gruppo e sulle società che lo compongono.”*¹¹²

Secondo tale assunto non sarebbe intaccata l'autonomia delle società che compongono il gruppo. Inoltre si produrrebbe un allargamento della responsabilità trascendente l'ente direttamente e singolarmente coinvolto nella commissione del reato, ricomprendendo così anche le altre società facenti parte del raggruppamento di imprese.

Dall'orientamento in esame viene inoltre osservato che la devoluzione e la circolazione *“di risorse o assets aziendali”* all'interno di un gruppo è penalmente rilevante se compiuta perseguendo un c.d. *“interesse di gruppo.”* Infatti, già ai sensi degli artt. 216-233 (reati di bancarotta), R.D. n. 267/1942 (o c.d. *“Legge Fallimentare”*) un trasferimento di risorse alla società collegata

¹¹¹ F. Sgubbi, *Gruppo societario e responsabilità delle persone giuridiche ai sensi del D.lgs. n. 231/2001*, in *Rivista* 231, 2006, cit. 1, p.

¹¹² Sempre F. Sgubbi, op. ult. Cit.

(o controllata a seconda che il rapporto sia inquadrabile all'interno dell'art. 2359, c.c. o negli artt. 2497, ss, c.c.), qualora la società-cedente consegua da tale trasferimento un vantaggio, avrà rilevanza penale.¹¹³

Tale conclusione è dovuta al fatto che le società facenti parte di uno stesso gruppo sono persone giuridiche diverse e distinte. Per questo motivo, i creditori di un ente non potrebbero esigere il loro credito nei confronti di una società diversa da quella che ha visto diminuire le garanzie patrimoniali verso i propri creditori.¹¹⁴

Dalla lettura in esame viene anche rilevato come sia possibile estendere la responsabilità all'interno del gruppo attraverso l'utilizzo di categorie rinvenibili all'interno del nostro Codice Penale.

Il riferimento normativo viene individuato in due disposizioni del Codice Penale:

- 1) nell'art. 40, comma II, c.p. a norma del quale *“non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo”*; secondo questa lettura potrebbe riconoscersi in capo alla società capogruppo una *“posizione di garanzia,”* collegata alla necessità che la stessa abbia il dovere di vigilare sulle società nei confronti delle quali esercita l'attività di direzione e coordinamento;
- 2) nel disposto dell'art. 110, c.p. secondo il quale *“Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena*

¹¹³ Il comportamento qui considerato sarà configurabile come “distrazione”, rilevante per le fattispecie di bancarotta societaria.

¹¹⁴ In questo senso si veda Cass. Pen., Sez. V, 2008, Bonaldo, Cass. Pen., sez. V, n. 255646/2013, Turchi; le quali escludono, in virtù del principio di autonomia delle società facenti parte del gruppo, l'applicabilità dell'art. 2634, comma III, c.c. ai sensi del quale *“In ogni caso non è ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo, se compensato da vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo”*; soluzione che troverebbe ulteriore conferma nell'art. 2380-bis, c.c. dato che *“la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori”* e quindi a gestione della singola società controllata spetta agli amministratori della stessa. In questo senso G. Amato, *L'attribuzione della responsabilità amministrativa ex D.lgs. n. 231/2001 all'interno dei gruppi di imprese*, in Rivista 231, 2015, 1-16, p.

per questo stabilita [...]”; si potrebbe immaginare un concorso nel reato commesso dalla società controllata da parte della società *Holding* (fornendo ad esempio le risorse finanziarie necessarie a commettere una corruzione).

Argomentando dalle disposizioni citate, qualora fosse commesso un reato-presupposto da un apicale o da un sottoposto di una società controllata nell’interesse della capogruppo, si potrà muovere in capo ai dirigenti della *Holding* l’accusa di mancato impedimento dell’evento e, di conseguenza, l’imputabilità della capogruppo per il reato commesso dalla società controllata. Quest’ultima avrebbe concorso nel reato omettendo di impedire l’evento (in virtù del combinato disposto degli artt. 40, comma II, e 110, c.p.). Per tale via, si riescono a creare i presupposti richiesti dal D.lgs. n. 231/2001 per muovere l’addebito della “responsabilità amministrativa dipendente da reato.”

Ma tale orientamento non è esente da critiche: esse si fondano essenzialmente sul fatto che sarebbe sorretto da una serie di presunzioni e da un procedimento interpretativo caratterizzato da un’analogia *in malam partem*, in evidente contrasto con l’art. 25, comma II, Cost e con l’art. 14, Disp. Prel. al codice civile. (“*Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati*”).

La tesi prospettata, inoltre, non convince per due ordini di ragioni.

In primis non è possibile riconoscere in capo alla società controllante alcuna posizione di garanzia, poiché non ricorrono i presupposti necessari per la relativa configurazione¹¹⁵ e quindi difficilmente sarà configurabile l’applicabilità dell’art. 40, c.p. nell’ipotesi in esame.

Inoltre l’orientamento proposto, fondato sul combinato disposto degli artt. 40 e 110, c.p., avrebbe potuto costituire un argine al problema, ma da attenta

¹¹⁵ La posizione di garanzia non potrà basarsi su generici presupposti, fondati sul mero controllo esercitati dalla capogruppo nei confronti delle controllate, ma sarà necessario che questa trovi il suo fondamento in presupposti giuridici volti a impedire eventi della specie di quelli verificatosi.

dottrina viene osservato che “[...] *anche in caso di riconosciuta natura penale della responsabilità degli enti, non potrebbe ammettersi senz’altro l’operatività, rispetto alle persone giuridiche, dell’art. 110 c.p.: il carattere di clausola d’incriminazione suppletiva, propria di tale disposizione, sembra richiedere comunque un’espressa previsione nel sottosistema in esame, del tipo di quella contenuta nell’art. 26 D.lgs. 231/2001 a proposito del tentativo.*”¹¹⁶

Infine, in virtù del meccanismo offerto dagli articoli citati, si potrebbe sempre e comunque muovere un addebito di responsabilità in capo alla società capogruppo (in virtù dell’attività svolta dagli apicali della stessa) riconoscendole una sorta di “responsabilità da posizione” (rilevante ai fini di un’imputazione per omesso impedimento dell’evento).¹¹⁷

Un secondo orientamento¹¹⁸ fa riferimento, in merito all’estensione della responsabilità all’interno del gruppo, alla figura dell’amministratore di fatto ex art. 2639, c.c. in virtù del quale “[...] *al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile è equiparato sia chi è tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata, sia chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione.*”

Viene così ipotizzato che l’amministratore “di diritto” della società *Holding* rivesta anche il ruolo di amministratore “di fatto” della controllata e che agisca in concorso con l’apicale della società sottoposta all’attività di direzione e coordinamento.

Visti i collegamenti sussistenti tra i soggetti apicali delle società componenti il gruppo, tale dottrina ritiene di poter prescindere dai requisiti quantitativi e

¹¹⁶ De Vero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, 2008, cit. 311, p.

¹¹⁷ Forma di responsabilità che sarebbe difficilmente giustificabile sotto il profilo costituzionale, nella specie con riferimento al divieto di responsabilità per fatto altrui.

¹¹⁸ Riferisce tale orientamento C. Santoriello, *Gruppi di società e sistema sanzionatorio del D.lgs. n. 231/2001*, in *Rivista* 231, 2007, 1-6, p ma anche G. Amato, *L’attribuzione della responsabilità amministrativa ex D.lgs. n. 231/2001 all’interno dei gruppi di imprese*, in *Rivista* 231, 2015, 1-16, p.

qualitativi richiesti dall'art. 2639, comma I, c.c..¹¹⁹

Il pregio di tale lettura è di muovere dalla premessa che, data la mancanza di qualsiasi indice normativo riferito ai gruppi, si potrebbero imputare alla società *Holding* le condotte tenute dai soggetti che operano quali amministratori di fatto delle società controllate, anche per sostenere la responsabilità della società capogruppo per i fatti di reato commessi dalle società controllate.

All'orientamento in esame tuttavia potrà però essere mossa una critica difficilmente superabile.¹²⁰

Si può osservare come all'interno del diritto penale sia riconosciuta la figura dell'amministratore di fatto, ma la sussistenza di tale qualifica (già presente anche all'interno del diritto pubblico dove da tempo è presente la figura del "funzionario di fatto") è collegata al rispetto di due requisiti.¹²¹

Il primo requisito è di tipo quantitativo e consiste nell'esercizio dei poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione in modo non discontinuo; è necessario quindi che il soggetto (es. amministratore) svolga la funzione o il potere esercitato senza soluzioni di continuità.

Il secondo requisito è di tipo qualitativo e consiste nell'esercizio dei poteri inerenti alla qualifica o alla funzione in modo significativo, ossia attraverso poteri che non siano attribuiti su un piano meramente formale, ma che si esprimono attraverso i poteri e gli atti tipici inerenti alla funzione.

I requisiti sopracitati sono espressi entrambi dall'art. 2639, comma I, c.c. e

¹¹⁹ Sul punto anche Boidi e AA.VV., *La disciplina dei gruppi di impresa e il rapporto con il D.lgs. n. 231/2001, anche alla luce della recente sentenza della Corte di Cassazione*, in *Rivista* 231, 2012, 193, p.; nonché De Vero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, 2008, 125, ss, p.

¹²⁰ Sul punto E. Scaroina, *La responsabilità del gruppo di imprese ai sensi del D.lgs. n. 231/2001: problemi risolti e questioni aperte*, in *Rivista del diritto commerciale del diritto generale delle obbligazione*, Vol. 1, 2013, 12, ss, p.

¹²¹ Per un ricostruzione più compiuta dalla figura E. Musco, *I nuovi reati societari*, Giuffrè, 2007

dovranno sussistere congiuntamente.¹²²

Alla luce delle affermazioni di cui sopra, non tutte le ingerenze della capogruppo nell'attività della società controllata, determinano la responsabilità della controllante ai sensi del D.lgs. n. 231/2001.

Infatti, quando la *Holding* influisce sulla controllata lo dovrà fare attraverso un'attività non meramente episodica, ma attraverso atti significativi e continuativi, che rispettino i requisiti richiesti dall'art. 2639, c.c..

Un terzo orientamento,¹²³ volto a ricomprendere il gruppo tra i destinatari del D.lgs. n. 231/2001, muove dalle affermazioni rese dalla giurisprudenza in relazione alle responsabilità enucleabili all'interno dei gruppi.

Mutuando le affermazioni rese dal Tribunale di Milano attraverso le ordinanze Sez. G.I.P., 14 settembre 2004 e Tribunale di Milano, Sez. Ries., 20 dicembre 2004, la dottrina reinterpreta le nozioni di interesse e vantaggio presenti all'interno dell'art. 5, D.lgs. n. 231/2001 in relazione alle dinamiche e ai rapporti infragruppo, elaborando, conseguentemente, un concetto di "interesse di gruppo."

La lettura in esame osserva che il concetto di "interesse di gruppo" viene riconosciuto dalla giurisprudenza civile anche prima della riforma del diritto societario, attuata con la Legge di riforma D.lgs. n. 6/2003.

¹²² Sul punto anche Boidi e AA.VV., *La disciplina dei gruppi di impresa e il rapporto con il D.lgs. n. 231/2001, anche alla luce della recente sentenza della Corte di Cassazione*, in Rivista 231, 2012, 193, p.; nonché De Vero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, 2008, 125, ss, p.

¹²³ Vari gli autori che prendono in considerazione il tema: F. Assumma, *La responsabilità amministrativa degli enti nei gruppi d'impresa: problemi e prospettive*, in Rivista 231, n.3, 2011, cit.3, p.; Boidi e AA.VV., *La disciplina dei gruppi di impresa e il rapporto con il D.lgs. n. 231/2001, anche alla luce della recente sentenza della Corte di Cassazione*, in Rivista 231, 2012; C. Santoriello, *Gruppi di società e sistema sanzionatorio del D.lgs. n. 231/2001*, in Rivista 231, 2007; G. Amato, *L'attribuzione della responsabilità amministrativa ex D.lgs. n. 231/2001 all'interno dei gruppi di imprese*, in Rivista 231, 2015; A. Presutti e A. Bernasconi, *Manuale della responsabilità degli enti*, Giuffrè, 2013; www.rivista231.it, *Il punto... sulla responsabilità amministrativa da reato nell'ambito dei gruppi societari*, in Rivista 231, 2014; G. Chiametti, *Gli effetti del D.lgs. n. 231/2001 si allargano sempre più a macchia di leopardo. È interessata la società capogruppo, la ditta individuale e il professionista*, in Rivista 231, 2012.

I giudici civili sono giunti ad affermare che la società posta al vertice del gruppo, quando agisce in ausilio (o in concorso) di una società controllata (o collegata) non soddisfa un interesse altrui. La società *Holding* realizzerebbe, altresì, un proprio interesse poiché riuscirebbe a perseguire (e presumibilmente a conseguire) per mezzo della società controllata un beneficio, non esponendosi in prima persona.¹²⁴

In virtù di questa considerazione sarà riconoscibile un interesse aggregato denominato “interesse di gruppo”, comune a tutte le società facenti parte di uno stesso raggruppamento di imprese e idoneo a far rientrare il gruppo tra i destinatari delle disposizioni di cui al D.lgs. n. 231/2001.

Anche a questa lettura tuttavia viene mossa una critica di non poco conto. Si rileva che, così argomentando, si creerebbe una responsabilità automatica del gruppo, in totale dispregio dei requisiti richiesti dal decreto n. 231.

Infatti, nel valutare le responsabilità enucleabili all'interno di un gruppo, non potranno utilizzarsi presunzioni fondate su cc.dd. “massime di comune esperienza”, come per esempio “*quella secondo cui la direzione unitaria del gruppo facilita inevitabilmente l'intromissione dei gestori della holding nelle altrui attività illecite.*”¹²⁵

Sembra proprio che questa sia l'ipotesi da cui l'orientamento in esame trae la sua legittimazione: ossia attraverso l'esercizio della direzione unitaria si potrebbe trascendere l'autonomia caratterizzante le società del gruppo, per riconoscere quest'ultimo come un autonomo soggetto di diritto.

Non sarebbe così riconoscibile alcun “interesse di gruppo”, si potrebbe al più rinvenirsi un'aggregazione di interessi (i quali si riferiscono alle società singolarmente considerate) che trovano riconoscimento nelle dinamiche di gruppo.¹²⁶

¹²⁴ Questo stato di cose viene poi recepito a livello legislativo dagli artt. 2497 e 2497-ter, c.c.

¹²⁵ C. Santoriello, *Gruppi di società e sistema sanzionatorio del D.lgs. n. 231/2001*, in *Rivista 231*, 2007, cit. 5, p.

¹²⁶ Alcuni autori circoscrivono la rilevanza del fenomeno al solo c.d. “gruppo apparente”, all'interno del quale l'autonomia delle persone giuridiche rimane solo ed esclusivamente un

L'accertamento della responsabilità dovrà così essere parametrato non sul gruppo globalmente inteso ma sulla singola società; l'indagine poi potrà riguardare gli effetti e le conseguenze che si riverberano sul raggruppamento d'impresa.¹²⁷

Ulteriori spunti, in merito all'estensione di responsabilità in capo al gruppo, si traggono dalle conclusioni enucleabili da un parere reso dal Consiglio di Stato in data 11 gennaio 2005, immediatamente dopo i primi provvedimenti della giurisprudenza di merito sul tema.

Dal parere in esame si legge che *“poiché la responsabilità amministrativa è correlata all'inidoneità dei sistemi di organizzazione e vigilanza adottati dalla specifica società i cui vertici o dipendenti hanno commesso il reato e, quindi, a presupposti oggettivi riferibili ad una realtà aziendale, deve escludersi che, nel caso di reati commessi nell'ambito di una delle società appartenenti al gruppo societario, le relative sanzioni o misure cautelari siano genericamente estendibili a tutte le società apparenti al gruppo.”*¹²⁸

È questa un'affermazione di fondamentale importanza, perché il Consiglio di Stato fa riferimento all'impossibilità di estendere le sanzioni o le misure cautelari previste dal D.lgs. n. 231/2001 al gruppo in presenza di *“presupposti generici”*.

dato formale, ma dal punto di vista sostanziale sussiste un solo e unico soggetto cui imputare le condotte, nonché i risultati ad esse collegate, le quali vengono poste in essere dalle società controllate (che, giova ripeterlo, distinte e autonome solo formalmente rispetto alle altre società del gruppo).

In senso contrario altri autori sostengono che, ragionando in questo modo, si riguarderebbe il fenomeno al di là della realtà fisiologica e fenomenologica del gruppo che, invece, si caratterizzerebbe per un'autonomia non solo formale ma anche sostanziale delle società facenti parte del gruppo stesso. In tal senso E. Scaroina, *Corruzione e responsabilità nel gruppo di imprese*, in A. Del Vecchio e P. Severino, *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, in Collana di studi Luiss Guido Carli, Dipartimento di Giurisprudenza, Padova, Cedam, 2014

¹²⁷ Per una critica puntuale al fenomeno dell'automatica estensione della responsabilità nei gruppi G. Amato, *L'attribuzione della responsabilità amministrativa ex D.lgs. n. 231/2001 all'interno dei gruppi di imprese*, in *Rivista 231*, 2015, 3, 164, ss, p.

¹²⁸ Parere riportato in F. Assumma, *La responsabilità amministrativa degli enti nei gruppi d'impresa: problemi e prospettive*, in *Rivista 231*, n.3, 2011, cit.3, p.

Approfondisce poi lo stesso Consiglio affermando che la “responsabilità amministrativa dipendente da reato” prevista dal D.lgs. n. 231/2001 trova il suo “centro” nella c.d. “colpa di organizzazione”, ossia sull’inidoneità e ineffettività dei mezzi di prevenzione del rischio-reato approntati dall’ente. Di conseguenza, il giudizio in ordine alla responsabilità dell’ente e del gruppo dovrà essere vagliato con attenzione e con riferimento alla singola società mentre, poi, potranno analizzarsi i meccanismi che permettono di estendere la responsabilità al gruppo e alle società che lo compongono.

Sulla scorta delle affermazioni rese dal Consiglio di Stato si forma un ulteriore orientamento,¹²⁹ il quale nega di poter estendere la responsabilità alle società facenti parte del gruppo se queste non hanno concorso alla realizzazione del reato-presupposto.

Tale conclusione viene fatta discendere dall’assunto per cui in virtù degli artt. 6-7, D.lgs. n. 231/2001, l’ente ha il dovere di predisporre adeguati meccanismi infrasocietari che permettano di dare vita un’organizzazione dell’attività idonea a prevenire la commissione di quei reati che possono incardinare la responsabilità “amministrativa dipendente da reato” ai sensi degli artt. 24, ss, D.lgs. n. 231/2001.

Questo “dovere di organizzazione” spetta però ai singoli enti che compongono un gruppo di società e non, globalmente e unitariamente, alla società *Holding*. In virtù di questa lettura si potrebbe quindi affermare che *“nel gruppo di imprese, nonostante la direzione unitaria della capogruppo, il rischio penale deve essere fronteggiato sul piano organizzativo in completa autonomia dalle singole società, cui spetta di valutarlo alla luce della specificità dell’attività svolta senza interferenze da parte della holding.”*¹³⁰

Alla luce di queste osservazioni e data l’autonomia delle società che compongono il gruppo, si giunge ad affermare che i criteri di ascrizione della

¹²⁹ Ben enucleato da Amodio, *Rischio penale dell’impresa e responsabilità degli enti nei gruppi multinazionali*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen, 2007

¹³⁰ Amodio, op. ult. Cit., cit. 1289, p.

responsabilità dovranno essere parametrati alla singola realtà societaria componente il gruppo,¹³¹ mentre le altre società componenti lo stesso potranno rispondere del reato solo qualora sia configurabile una partecipazione (o concorso) nella commissione del fatto illecito da parte di un'altra società componente il raggruppamento di imprese.

In conclusione, dalla disamina degli orientamenti elaborati in dottrina emergono sostanzialmente due posizioni sul tema:

- 1) la prima volta è volta a dare rilevanza al c.d. “interesse di gruppo” e, di conseguenza, a una responsabilità automatica del gruppo in quanto tale;
- 2) la seconda, invece, riguarda il fenomeno per cui la responsabilità è parametrata sulla singola società, ed è su quest'ultima che andranno valutati i requisiti oggettivi e soggettivi richiesti dal decreto per muovere un addebito di responsabilità in capo all'ente.

Sarebbero enormi e differenti le conseguenze prodotte se si privilegiasse l'una o l'altra lettura. Qualora si aderisse alla prima, il gruppo potrà sempre rispondere del reato commesso da una società appartenente allo stesso; se invece si aderisse alla seconda, il gruppo non potrebbe rilevare quale autonomo soggetto di diritto e rispondere in via immediata e diretta ai sensi del D.lgs. n. 231/2001.

Sarà poi la Cassazione a occuparsi del tema nelle sentt. n. 24583/2011 e n. 4324/2013 e a dare nuovi spunti in merito all'estensione di responsabilità all'interno del gruppo.

¹³¹ Su questa linea si pone anche altra parte della dottrina, per la quale è necessario che, all'interno dei gruppi di impresa, qualora il modello organizzativo venga predisposto dalla società controllante, le società controllate non sono esentate dal predisporre un autonomo e adeguato modello organizzativo per fronteggiare i rischi emergenti dalle singole specificità aziendali. Si veda più compiutamente sul punto il Capitolo 2 del presente lavoro.

3.2. La giurisprudenza di merito

È stato più volte sottolineato come il Legislatore del 2001 non prenda espressamente in considerazione il fenomeno dei gruppi di imprese.

Il D.lgs. n. 231/2001, infatti, modella la responsabilità “amministrativa dipendente da reato” sulle entità singolarmente considerate senza però dedicare alcuna disposizione ai gruppi, ossia a quella concentrazione di una pluralità di società poste sotto la direzione unitaria (o sottoposte “all’attività di direzione e coordinamento” ai sensi degli artt. 2497, ss, c.c.) o il controllo finanziario/operativo della società *Holding*.

*“Il Gruppo è oggi la forma di organizzazione che caratterizza l’impresa al raggiungimento di determinate dimensioni funzionali ed operative, cosicché, estendendo la sua attività su vasta scala, essa assume solitamente la configurazione di una pluralità di società operanti sotto la direzione unificante di una società capogruppo o Holding.”*¹³²

Sul punto è stato osservato: *“Il fatto che, formalmente, le società facenti parte del gruppo siano giuridicamente autonome ed indipendenti, non impedisce che l’attività di ciascuna costitui[sca] espressione di una comune politica d’impresa, generalmente voluta dalla Holding partecipante nell’ottica di diversificazione dei rischi.”*¹³³

La giurisprudenza più volte si è pronunciata in materia, cercando di intervenire su una *“lacuna estremamente rilevante e non agevolmente colmabile in via interpretativa.”*¹³⁴

¹³² Boidi e AA.VV., *La disciplina dei gruppi di impresa e il rapporto con il D.lgs. n. 231/2001, anche alla luce della recente sentenza della Corte di Cassazione*, in *Rivista 231*, 2012, cit., 183, p.

¹³³ www.rivista231.it: *Il punto... sulla responsabilità amministrativa da reato nell’ambito dei gruppi societari*, in *Rivista 231*, 2014, cit. 1, p.

¹³⁴ La cit. è di Foffani, viene riportata in A. Presutti, *La responsabilità degli enti*, Cedam, 2008, 71, p.

Il problema trae origine dal fatto che il gruppo non era disciplinato all'interno del nostro ordinamento nel momento in cui fu varata la L. n. 300/2000.

È necessario attendere la legge di riforma del diritto societario (L. n. 6/2003) per avere un primo riconoscimento normativo del gruppo di società.

Una prima pronuncia che si rinviene sul punto è Tribunale di Milano, Sez. G.I.P. Dott. Sechi, Ord. 20 settembre 2004 n. 30382-03;¹³⁵ nella quale viene contestato all'imputato il reato di corruzione aggravata nell'ambito della aggiudicazione di appalti (di cui agli artt. 81, cpv, 319, 321, 319-bis, c.p. e rilevante ex art. 25, D.lgs. n. 231/2001); *“perché l'ente, non avendo predisposto prima della commissione del fatto modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi e comunque non avendo adeguatamente vigilato sull'inosservanza di un ipotetico Modello Organizzativo predisposto al fine di prevenire la commissione di reati, rendeva possibile che in concorso fra loro, con più atti esecutivi del medesimo disegno criminoso, più soggetti con funzioni diverse e appartenenti a società facenti parte dello stesso gruppo ponessero in atto un'attività corruttiva al fine di violare l'imparzialità nell'aggiudicazione di alcune gare di appalto”* nonché veniva contestato lo *“illecito amministrativo di cui all'art. 24, comma 1, d.lgs. 231/2001 con riferimento agli artt. 81 cpv., 110 e 640, II comma, n. 1 c.p., in relazione all'art. 61, n. 7 c.p., perché, non avendo predisposto prima della commissione del fatto modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi e comunque non avendo adeguatamente vigilato sull'inosservanza di un ipotetico Modello Organizzativo predisposto al fine di prevenire la commissione di reati, rendeva possibile che, in concorso fra loro, più soggetti, di cui alcuni sottoposti alla direzione e vigilanza, procurassero un ingiusto profitto alla società di appartenenza, inducendo in errore un Comune.”*¹³⁶

¹³⁵ www.penalecontemporaneo.it

¹³⁶ L'imputazione è anche riportata in G. Cardani, *Spunti di riflessione applicativi a partire dall'ordinanza del tribunale di Milano del 20 dicembre 2004*, in *Rivista* 231, 2006, 165, p.

La pronuncia prende in considerazione varie questioni attinenti la responsabilità amministrativa dell'ente, alcune riguardanti la c.d. "parte speciale" del Decreto Legislativo n. 231 (nomina del commissario giudiziale, presupposti di applicazione delle misure cautelari e impugnazioni) mentre altre concernono la c.d. "parte generale" del Decreto.¹³⁷

Invero, l'importanza del provvedimento in esame è data dal fatto che prende espressamente in considerazione i gruppi di società.

L'ordinanza *de quo, in primis*, individua ed enuclea l'essenza del fenomeno di gruppo: *“Quando l'impresa raggiunge consistenti dimensioni aziendali essa può assumere la configurazione di una pluralità di società operanti sotto la direzione unificante di una società capogruppo o Holding. A ciascuna delle società che compongono il gruppo può corrispondere un distinto settore di attività, una distinta fase del processo produttivo, una diversa zona territoriale di operatività: ma le azioni di ciascuna di queste società appartengono, in tutto o in maggioranza, a una ulteriore società, detta appunto società Holding, alla quale spetta la direzione ed il coordinamento dell'intero gruppo ed all'interno della quale i vari settori sono ricondotti ad economica unità.”*¹³⁸

I giudici fanno poi riferimento alle figure di *Holding-operativa* e di *Holding-gestionale*, sottolineando come la scomposizione dell'attività di impresa potrà determinare la separazione delle principali funzioni imprenditoriali (ossia l'attività di coordinamento o l'attività di produzione o scambio di beni o servizi).¹³⁹

¹³⁷ Attraverso le locuzioni "parte generale" e "parte speciale" del Decreto, si indica la struttura del provvedimento citato, la quali prevedono rispettivamente i presupposti della responsabilità amministrativa dell'ente (Capi I e II) e il procedimento di accertamento e applicazione delle sanzioni amministrative (Capo III).

¹³⁸ G. Cardani, Op. ult. Cit.

¹³⁹ Secondo il giudice si ha una *Holding-gestionale* (o pura) quando la società capogruppo non svolga alcuna attività di produzione o di scambio, ma si limita ad amministrare le partecipazioni azionarie delle società controllate ovvero si a dirigere e a coordinare le società del gruppo.

In merito alla questione specificamente sottoposta alla Corte di merito, il giudice per le indagini preliminari (G.I.P.) osserva che, all'interno dei gruppi di società, l'attività di corruzione perpetrata dall'amministratore della controllante (al fine di aggiudicarsi o rinnovare un appalto di servizi a favore della società controllata) determina la responsabilità della *Holding* ai sensi degli artt. 5, ss, D.lgs. n. 231/2001.

Dalla Corte viene ritenuto sussistente il criterio di imputazione fondato sul concetto di "interesse dell'ente" poiché, secondo il G.I.P., l'operazione era preordinata al soddisfacimento di un "interesse di gruppo".

Osserva il giudice nell'ordinanza *de qua* che le società controllanti avevano esercitato un'attività di impresa per mezzo delle società controllate perseguendo, così, un interesse proprio: "*dagli atti emerge che le controllanti, attraverso i propri amministratori, hanno attivamente partecipato alla fase delle scelte decisionali concernenti la gestione degli appalti e la consumazione degli illeciti.*"

Sulla scia inaugurata da tale pronuncia si pone, poi, l'Ord. del Tribunale di Milano 14 dicembre 2004, nella quale viene ribadito che in caso di reati commessi nell'ambito di un gruppo, qualora la *Holding* commetta un reato nell'interesse comune del gruppo, potrà operare nei sui confronti il meccanismo di responsabilità dell'ente previsto dal D.lgs. n. 231/2001.

Ancora il Tribunale di Milano, Sez. Riesame, si pronuncia in materia di gruppi attraverso l'Ord. 20 dicembre 2004.

Invece, se la società-vertice del gruppo, in forza della posizione rivestita all'interno dello stesso, esercita un'attività di direzione e coordinamento su società controllate di tipo operativo avrà la funzione di dirigere, dal punto di vista strategico e finanziario, il gruppo nel suo complesso. In questo caso, la funzione di coordinamento si separa dall'attività operativa dando vita a una scomposizione delle funzioni al suo interno, le quali verranno esercitate da soggetti diversi e distinti.

Il giudice sottolinea come la *Holding* eserciterà, in via mediata, la medesima attività che le società controllate svolgono in via immediata e diretta; in virtù del meccanismo a cui si è fatto riferimento, l'oggetto sociale della capogruppo è rappresentato dall'esercizio indiretto dell'attività di impresa e non da una mera gestione delle partecipazioni azionarie delle controllate.

Il giudice osserva come *“L’attivarsi di soggetti che non facevano parte in alcun modo delle società controllate e che non avevano alcun ruolo nelle medesime ma solo nella società controllante o in altre società del gruppo - non può che trovare giustificazione nella finalizzazione dell’atto all’interesse dell’intero gruppo di società e, quindi, all’interesse di più società non solo di quelle che direttamente hanno ottenuto l’aggiudicazione degli appalti ma anche delle controllanti nella prospettiva della partecipazione agli utili. In altre parole la responsabilità da illecito amministrativo dipendente da reato può colpire la capogruppo non in modo indiscriminato o irragionevole ma solo quando sussista nei suoi confronti il criterio di imputazione dell’atto all’ente, cioè l’appartenenza qualificata all’ente della persona fisica che ha commesso il reato.”* È quest’ultimo un elemento fondamentale poiché *“garantisce dal rischio di qualsiasi arbitraria e ingiustificata estensione della responsabilità.”*

Da questa pronuncia si evince che ai fini della “responsabilità da reato” dell’ente, la commissione dell’illecito potrà soddisfare allo stesso tempo l’interesse di soggetti diversi purché sia individuabile, quale soggetto attivo del reato, una persona che svolge la funzione di apicale o sottoposto, rilevante ai sensi degli artt. 5-6, D.lgs. n. 231/2001.¹⁴⁰ Solo ove ricorrano le condizioni stabilite dal D.lgs. n. 231/2001, si potrà muovere un addebito nei confronti della capogruppo per i reati commessi dalle società sottoposte all’attività di direzione e coordinamento.

Nella vicenda in esame l’atto corruttivo posto in essere era preordinato a soddisfare *“l’interesse dell’intero gruppo”*, rinvenibile sia nei vantaggi direttamente ottenuti dalle società controllate (le quali materialmente avevano commesso il reato) sia nei vantaggi mediamente conseguiti dalle società controllanti (intesi, questi, come partecipazione agli utili conseguiti in forza dell’accordo corruttivo).

¹⁴⁰ www.rivista231.it: *Il punto... sulla responsabilità amministrativa da reato nell’ambito dei gruppi societari*, in Rivista 231, 2014, 10, ss, p.

Il Tribunale osserva che *“l’interesse di gruppo si caratterizza proprio per questo, per non essere proprio ed esclusivo di uno dei membri del gruppo, ma comune a tutti i soggetti che ne fanno parte.”*

La società *Holding* potrà essere ritenuta responsabile del reato solo quando sia stato commesso un “reato presupposto” da parte di una società controllata, quando sussista un “interesse o un vantaggio” che si riverberi a suo favore e quando vi sia un rapporto di appartenenza qualificata tra l’ente e il soggetto-persona fisica che materialmente ha commesso il fatto-reato.

Ribadendo la rilevanza del concetto di “interesse di gruppo”, la pronuncia in esame afferma che *“l’esistenza di un rapporto qualificato tra controllante e controllata impedisce di considerare quest’ultima un ‘terzo’ e impedisce che gli utili che essa consegua, in conseguenza dell’attività della controllante, possano definirsi [come] conseguiti da un terzo”* (altrimenti non potrebbe essere mosso alcun addebito di responsabilità in virtù del disposto di cui all’art. 5, comma II, D.lgs. n. 231/2001).¹⁴¹

Secondo la Corte di merito, non sono da considerarsi rilevanti i timori

¹⁴¹ Ancora una volta il tribunale attribuisce rilevanza al concetto di interesse di gruppo, rinvenendo un appiglio normativo all’interno degli artt. 2497 e 2497-ter, c.c. e in alcune sentenze della Corte di Cassazione.

La Suprema Corte più volte si è pronunciata sulle nozioni di “interesse e vantaggio”. Per esempio Cass. Sez. II n. 3615/2006 dove in tema di D.lgs. n. 231/2001 si individua nell’interesse e nel vantaggio il presupposto per muovere all’ente un addebito di responsabilità. La Cassazione chiarisce che la locuzione *“non contiene un’endiadi, perché i termini sono concettualmente diversi potendosi distinguere un interesse a monte per effetto di un indebito arricchimento perseguito e magari non realizzato in conseguenza dell’illecito, e un vantaggio a valle inteso come vantaggio obiettivamente conseguito con la commissione del reato, seppur non prospettato ex ante.”*

Ancora, si può ricordare Cass. Sez. VI, n. 32627/2006 la quale prende in esame il caso in cui il reo agisca nel suo interesse esclusivo stabilendo che *“il giudice deve accertare se i soggetti che hanno agito lo abbiano fatto perseguendo o meno un interesse proprio o di terzi. Se questi soggetti perseguono, con la loro condotta, un interesse in alcun modo riconducibile all’ente, allora questo andrà esente da responsabilità”* (in questo caso sarebbe spezzato quel rapporto di “immedesimazione organica” che permette di considerare il soggetto agente quale *longa manus* dell’ente per la commissione del reato).

Ancora più di recente Cass. Pen., sez. V, n. 40380/2012 per la quale *“l’assenza dell’interesse rappresenta, dunque, un limite negativo della fattispecie”*.

sollevati dalla difesa e collegati al riconoscimento dell'interesse di gruppo.¹⁴²

La Corte osserva che *“limite e misura del coinvolgimento della controllante è il criterio di imputazione del reato commesso dalla persona fisica”*¹⁴³ e conclude affermando che *“L'illecito amministrativo da reato può essere addebitato a un ente che rivesta il ruolo di controllante in seno a un gruppo di società, se commesso nell'interesse comune del gruppo, indipendentemente dal fatto che esso ne abbia tratto diretto vantaggio.”*

Un'altra pronuncia che merita di essere segnalata è la sentenza del Tribunale di Milano, 26.02.2007 (c.d. “Caso Unipol”).¹⁴⁴

In questa vicenda veniva contestato all'imputato il reato di aggio su strumenti finanziari, rilevante quale reato-presupposto della responsabilità dell'ente art. 25-sexies, D.lgs. n. 231/2001.

La sentenza in esame ricostruisce, con riferimento al caso concreto, i criteri per l'attribuzione di responsabilità all'ente: *“Il decreto legislativo 231/2001, sanzionando la persona giuridica in via autonoma e diretta con le forme del processo penale, si differenzia dalle preesistenti sanzioni irrogabili agli enti, così da sancire il tramonto del dogma "societas delinquere non potest". E ciò perché, ad onta del "nomen iuris", la nuova responsabilità, nominalmente amministrativa, dissimula la sua natura sostanzialmente penale; forse sottaciuta per non aprire delicati conflitti con i dogmi personalistici dell'imputazione criminale, di rango costituzionale (art. 27 Cost.), interpretabili in accezione riduttiva, come divieto di responsabilità per fatto altrui o, in una più variegata, come divieto di responsabilità per fatto incolpevole [Cass. Pen. n. 3615 del 20.12.2005].”*

Osserva sempre la Corte come il punto di congiuntura tra il fatto costituente

¹⁴² Secondo quest'ultima il riconoscimento di un interesse “allargato” o “di gruppo” provocherebbe un'estensione troppo ampia della responsabilità, difficilmente giustificabile alla luce dei principi costituzionali vigenti in materia.

¹⁴³ Si veda sul punto M. Moretti e P. Silvestri, *Gruppi di impresa e responsabilità ex D.lgs. n. 231/2001 (commento a Cass. Pen., N. 4324, 29 gennaio 2013)*, in rivista 231, 2013, 215-216, p. in nota 2

¹⁴⁴ www.penalecontemporaneo.it

reato e la responsabilità dell'ente è rappresentato dalla commissione di un reato “nell'interesse o a vantaggio dell'ente” da parte di due diverse categorie di “soggetti legittimati”: i soggetti in posizione apicale (art. 5, comma I, lett. a, D.lgs. n. 231/2001) e quelli sottoposti all'altrui vigilanza (art. 5, comma II, lett. b, D.lgs. n. 231/2001).¹⁴⁵

Dopo aver ricostruito lo statuto normativo predisposto dal D.lgs. n. 231/2001, la sentenza prende in espressa considerazione il fenomeno dei gruppi di società, sottolineandone la rilevanza all'interno della moderna organizzazione imprenditoriale: “*I comportamenti illeciti [...] vengono in concreto sempre più spesso realizzati nei mercati regolamentari, dalle più importanti e capitalizzate società commerciali, organizzate secondo i più moderni principi di "ingegneria societaria ed aziendale", i quali prevedono ormai come schemi tipici di organizzazione; quelli del collegamento societario e delle reti aziendali. In particolare, la realtà economica vede sempre più il prosperare dei gruppi di società, la cui caratteristica è quella di corrispondere, sotto il profilo economico, ad un complesso unitario ed organizzato ispirato da indirizzi strategici unitari, che ripete gli schemi di comando e di controllo esistenti all'interno di una singola unità aziendale complessa.*”

La Corte affronta specificatamente il problema posto dal concetto “interesse dell'ente”, interrogandosi se sia configurabile o meno un interesse che trascenda quello delle singole società: “*Ove si aderisse all'interpretazione restrittiva del concetto di "interesse dell'ente", si sposerebbe una visione*

¹⁴⁵ Sempre su questa linea di tendenza troviamo la sentenza del Tribunale di Milano, Sez. G.U.P. Panasiti, ordinanza 7 luglio 2009, secondo la quale “*l'ente o la società devono essere considerati in tutto autori dell'illecito sulla scorta del criterio di collegamento e di attribuzione individuato dalla norma (artt. 5 e 6), e quindi, utilizzando la terminologia dettata dal disposto di cui all'art. 185, c.p., devono essere considerati colpevoli, ovvero, nell'accezione dell'art. 2043, c.c., soggetti che 'hanno commesso il fatto doloso o colposo.'*” Sulla scorta di tali affermazioni Sent. Cass., Sez. VI pen, n. 36083/2009 secondo la quale è sufficiente che il soggetto attivo del reato agisca perseguendo un interesse della società a cui appartiene affinché alla società sia imputabile il reato secondo il meccanismo previsto dal D.lgs. n. 231/2001.

inattuale dell'ente, concepito come una monade isolata all'interno del complesso sistema economico attuale, con conseguenti evidenti lacune di tutela 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.”

La pronuncia rileva come vi siano alcune interpretazioni, in dottrina e in giurisprudenza, tendenti a estendere il concetto di interesse, di cui all'art. 5, D.lgs. n. 231/2001, fino a farvi ricomprendere il c.d. “interesse di gruppo.”

Aderendo agli indirizzi espressi dai giudici e dagli studiosi, la Corte conclude affermando: *“appare evidente che, in presenza di gruppi d'impresa, il perseguire l'interesse di gruppo attraverso la commissione di un reato, realizza una delle condizioni richieste ai fini dell'integrazione dei criteri d'imputazione oggettiva della responsabilità”* e quindi l'illecito amministrativo dipendente da reato potrà essere addebitato in capo alla società controllante se, questa, commetta un reato nell'interesse comune del gruppo.

Sulla scorta di questa sentenza è stato osservato¹⁴⁶ come le nozioni di interesse e vantaggio si riferiscano non solo agli interessi e ai vantaggi conseguiti dalla società a cui appartiene l'autore-persona fisica che ha commesso materialmente il reato, ma tali concetti potranno anche essere intesi in senso lato, ricomprendendo al loro interno il c.d. “interesse di gruppo.”

Infine, la giurisprudenza di merito sembra presupporre che il gruppo abbia una valenza unitaria e distinta rispetto alle società che lo compongono, dato che permette di riconoscere in capo al raggruppamento di imprese un elemento soggettivo autonomo, denominato “interesse di gruppo”.

Alla luce di quest'ultima affermazione, il gruppo potrebbe quindi essere considerato quale *“ente dotato di personalità giuridica”* e quindi rispondere in via immediata e diretta ai sensi del D.lgs. n. 231/2001.

Questo assunto non convince però parte della dottrina, secondo la quale *“non*

¹⁴⁶ Sul punto si veda G. Abbadessa, *La responsabilità degli enti*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2007

può operare l'automatismo per cui, nel caso di un reato commesso dall'amministratore della controllata, che è anche dipendente della controllante, si possa far derivare una conseguente responsabilità della controllante. [...] Bisognerà piuttosto indagare, caso per caso, quale sia l'interesse perseguito ed il soggetto giuridico che intenda trarre beneficio dall'attività delittuosa e non l'interesse o il vantaggio indiretto, che potrebbe ricadere sulla controllante solamente in ragione della catena di controllo."¹⁴⁷

Secondo quest'ultima lettura, fare riferimento al solo interesse di gruppo, quale criterio attributivo di responsabilità, potrebbe determinare rigidi automatismi applicativi che fuoriescono e "cozzano" con i cardini del sistema delineato dal D.lgs. n. 231/2001.

Tali ultime osservazioni sembrano essere fatte proprie dal Tribunale di Napoli nell'Ord. 26 giugno 2007. Nella vicenda in oggetto veniva posta in discussione l'applicazione di una misura cautelare in capo ad una società facente parte di un gruppo.

Secondo la Corte partenopea "essendo la responsabilità amministrativa correlata a presupposti oggettivi riferibili ad una particolare realtà aziendale" l'applicazione di una misura cautelare non potrà essere "genericamente estes[a] a tutte le società del Gruppo."¹⁴⁸

Attraverso tale affermazione si cerca di evitare qualsiasi automatismo applicativo in relazione all'estensione di responsabilità all'interno di un gruppo. In merito alla questione dell'interesse di gruppo la Corte afferma che: "[l'interesse] può essere ipotizzato e valutato solo quando siano offerti specifici elementi probatori in base ai quali sia possibile fondatamente ritenere che i rispettivi soggetti in posizione apicale o i rispettivi dipendenti abbiano contribuito alla commissione dell'illecito in concorso con quelli della

¹⁴⁷ La posizione di questa parte della dottrina è ben espressa in G. Cardani, *Spunti di riflessione applicativi a partire dall'ordinanza del tribunale di Milano del 20 dicembre 2004*, in Rivista 231, 2006, cit. 168, p

¹⁴⁸ Decisione che viene riportata in Boidi e AA.VV., *La disciplina dei gruppi di impresa e il rapporto con il D.lgs. n. 231/2001*

Capogruppo o delle altre società del Gruppo.”¹⁴⁹

Sembra che la pronuncia faccia riferimento e ammetta la possibilità di attribuire l’illecito alla società *Holding* o ad altra società del gruppo, ma sarà necessario che il reato sia attribuibile all’ente dal punto di vista oggettivo e soggettivo, senza fare perno su semplificazioni o “scorciatoie” determinate dall’appartenenza dell’ente a un gruppo di società.

In ultima analisi sembra che, attraverso la pronuncia in esame, venga sancita la necessità di guardare al gruppo non come un autonomo soggetto di diritto, ma come entità derivante dall’aggregazione di più imprese, le quali mantengono intatte le proprie specificità e la propria autonomia.

¹⁴⁹ Boidi e AA.VV., op. ult. Cit., cit 194, p.

3.3. La giurisprudenza di legittimità

Si può notare come la lacuna legislativa in materia di gruppi abbia condotto alla formulazione di diverse interpretazioni e ad alcune pronunce di merito tra loro contrastanti.

La Corte di Cassazione, chiamata a dirimere una questione concernente specificatamente il tema dei gruppi, interviene ponendo chiarezza tra gli orientamenti formati in giurisprudenza in merito all'estensione della responsabilità all'interno dei gruppi.

La prima pronuncia sul punto è della V Sez. Penale della Corte di Cassazione, sent. n. 24583/2011 (c.d. Tosinvest).¹⁵⁰

La questione sollevata prende avvio da un'indagine concernente alcune società appartenenti al medesimo gruppo di imprese, le quali furono chiamate a rispondere del delitto di corruzione posto in essere dagli apicali delle società per ottenere vantaggiosi appalti nella sanità pubblica della regione Puglia.

La vicenda s'inserisce in un'indagine complessa, riguardante molti imprenditori, amministratori e funzionari della Procura della Repubblica di Bari.

All'esito delle indagini la Procura richiese il rinvio a giudizio degli imputati per oltre novanta capi d'imputazione.

Il giudice competente nel merito aveva però ritenuto responsabili solo alcune delle società per cui fu richiesto il rinvio a giudizio, specificando in

¹⁵⁰ La pronuncia è rinvenibile su www.rivista231.it. Ricostruiscono la questione di fatto www.rivista231.it: *Il punto... sulla responsabilità amministrativa da reato nell'ambito dei gruppi societari*, in *Rivista 231*, 2014, 14, ss, p.; Assonime *La responsabilità 231 nei gruppi di impresa: la prima pronuncia della Corte di Cassazione*, in www.assonime.it, 2011; S. Beltrani, *La responsabilità da reato nell'ambito dei gruppi di società (commento a Cass. Pen., sez. V, sent. n. 24583 del 17.11.2010 – 20.06.2001)*, in *Rivista 231*, 2012, 137-144, p.; G. Chiametti, *Gli effetti del D.lgs. n. 231/2001 si allargano sempre più a macchia di leopardo. È interessata la società capogruppo, la ditta individuale e il professionista*, in *Rivista 231*, 2012, 43-48, p.; Boidi e AA.VV., *La disciplina dei gruppi di impresa e il rapporto con il D.lgs. n. 231/2001, anche alla luce della recente sentenza della Corte di Cassazione*, in *Rivista 231*, 2012, 183-202, p.

motivazione che solo alcune di queste avevano tratto un “vantaggio” dal reato che era stato commesso.

Il G.U.P., infatti, deliberò il proscioglimento di quattro società controllate, specificando in motivazione che queste non operavano nel settore sanitario e che non avevano tratto alcun vantaggio dai reati commessi.

Il Pubblico Ministero (P.M.) propose ricorso avverso tale decisione rilevando che, in realtà, doveva essere riconosciuta la responsabilità di tutte le società facenti parte del gruppo, poiché il reato era stato commesso dall'amministratore di fatto della società controllante, a cui tutte le società del gruppo facevano capo.

A questo fine il P.M. dedusse che *“il vantaggio, e quindi l'interesse delle quattro società prosciolte sarebbe emerso proprio nella fase dibattimentale, e che comunque esso era già desumibile, considerando che il predetto soggetto 'leader' era l'amministratore di fatto di tutte le società del gruppo, sia di quelle rinviata a giudizio che di quelle prosciolte.”*

La Corte di Cassazione rigetta il ricorso presentato dal P.M. ritenendo come non sussistenti, per tutte le società del gruppo, i criteri di imputazione previsti dal D.lgs. n. 231/2001.¹⁵¹

La Corte ribadisce che per l'attribuzione della responsabilità in capo all'ente è necessario che ricorrano congiuntamente:

- 1) la commissione di un reato presupposto tra quelli previsti agli artt. 24, ss, D.lgs. n. 231/2001;
- 2) che il reato sia stato commesso da una persona che ricopra una posizione qualificata all'interno dell'ente (apicale o sottoposto);
- 3) la commissione del reato-presupposto nell'interesse o a vantaggio dell'ente.

In merito al punto 1) la suprema Corte osserva che la condizione ricorre nel caso di specie, visto che la corruzione rientra tra i reati elencati all'art 25,

¹⁵¹ www.rivista231.it: *Il punto... sulla responsabilità amministrativa da reato nell'ambito dei gruppi societari*, in Rivista 231, 2014, cit. 14, p.

D.lgs. n. 231/2001.

In merito al punto 2) la Cassazione sottolinea che il D.lgs. n. 231/2001 richiede la sussistenza di una posizione qualificata intercorrente tra il soggetto attivo del reato e l'ente nel cui "interesse o vantaggio" la persona fisica agisce. Inoltre, evidenzia come la responsabilità di una società appartenente al gruppo non comporta sempre e comunque un'estensione di responsabilità alle altre società del gruppo, salvo che "*il soggetto che agisce per conto delle stesse concorra con il soggetto che commette il reato*" (situazione che si verificherà qualora gli apicali o i sottoposti di una società del gruppo concorrano nella commissione del reato, ad esempio mediante un contributo di natura morale o materiale).

La Corte rileva ulteriormente: "[è vero] *che, secondo l'Accusa, l'amministratore della Holding sarebbe stato anche l'amministratore di fatto di tali società e, quindi, sarebbe soddisfatta la condizione alla quale si è fatto prima riferimento. Ma su tale ultimo punto, in verità, il GUP ha posto correttamente in evidenza che non vi era alcun elemento per ritenere che i soggetti in posizione apicale dell'ente, fossero essi amministratori di fatto o di diritto [delle società controllate e che] avessero agito oltre che nell'interesse proprio o di terzi anche nell'interesse concorrente dell'Ente.*"

Nella pronuncia viene osservato come il G.U.P. abbia correttamente escluso la responsabilità di quelle società che non hanno tratto alcun vantaggio dalla corruzione perpetrata, visto che le stesse né hanno concorso alla commissione del reato (tramite propri apicali o sottoposti), né hanno tratto dallo stesso un vantaggio. Queste società, infatti, non avevano tratto dal reato alcun beneficio (dato confermato anche dalle risultanze processuali, dove emerse che nessun collegamento economico fosse riconducibile alla consumazione del reato di corruzione) e inoltre non operavano nel settore sanitario (settore, come si è detto sopra, nel cui ambito era state perpetrate le attività corruttive).

Alla luce di tali indicazioni la Corte rileva come non può considerarsi sufficiente un generico riferimento al gruppo per affermare la responsabilità

della società *Holding* o delle società controllate.

Proprio su quest'ultimo passaggio s'incardina il ragionamento seguito dalla Corte in merito al punto 3).

Quest'ultima, in un passaggio centrale della sentenza, afferma che *“il requisito dell'interesse o vantaggio deve essere verificato in concreto e deve essere riferibile a ogni singola società della quale si intenda affermare la responsabilità, nel senso che la società deve ricevere una potenziale o effettiva utilità, ancorché non necessariamente di carattere patrimoniale, derivante dalla commissione del reato presupposto.”*¹⁵²

Ai fini dell'attribuzione della responsabilità in capo ad un ente inserito all'interno di un gruppo di società, è necessario che venga valutato e che sussista in concreto il criterio di imputazione soggettivo richiesto dall'art. 5 del D.lgs. n. 231/2001, il quale dovrà essere valutato, e correlativamente dovrà sussistere, con riferimento alla singola società inserita all'interno del gruppo e chiamata a rispondere del reato commesso.

In virtù delle considerazioni sopra richiamate, la Corte di Cassazione afferma il principio di diritto per cui *“La società capogruppo [e le altre società facenti parte del gruppo] possono essere chiamate a rispondere, ai sensi del D.lgs. n. 231/2001, per il reato commesso nell'ambito dell'attività di una società controllata, purché nella consumazione concorra una persona fisica che agisca per conto della capogruppo [o delle altre società controllate], perseguendo anche l'interesse di queste ultime.”*¹⁵³

In merito alle questioni affrontate in questa pronuncia della Suprema Corte viene osservato che *“Il decreto 231 non dispone nulla in ordine alla disciplina dei gruppi società. Spetta dunque all'interprete ricostruire la catena della responsabilità in caso di società facente parte di un gruppo, individuandone i*

¹⁵² Sottolinea questo punto anche Assonime, *La responsabilità 231 nei gruppi di impresa: la prima pronuncia della Corte di Cassazione*, in www.assonime.it, 2011, 4, p.

¹⁵³ La massima e il principio di diritto vengono così riportati in www.rivista231.it: *Il punto... sulla responsabilità amministrativa da reato nell'ambito dei gruppi societari*, in *Rivista 231*, 2014, cit. 14, p.

*presupposti, i limiti e le garanzie. A questo proposito appare di fondamentale importanza quanto affermato dalla Cassazione nella sentenza in commento poiché costituisce il primo intervento volto ad individuare concretamente i requisiti necessari ai fini di una responsabilità della holding o di altre società del gruppo ex D.lgs. 231/01.*¹⁵⁴

Viene così riconosciuta, nel nostro ordinamento, la possibilità per cui la società *Holding* o le altre società facenti parte del gruppo possano rispondere dei reati commessi nell'ambito di un raggruppamento di imprese. Per muovere un tale addebito di responsabilità, tuttavia, non è sufficiente fare riferimento a un generico "interesse di gruppo" (elemento valorizzato nelle decisioni della giurisprudenza di merito), ma sarà doveroso e necessario che sia ravvisabile un concorso nel reato tra l'esponente della società controllante e un esponente di una società controllata (sia esso apicale o sottoposto).

Un altro elemento di novità emergente dalla pronuncia in esame concerne la circostanza per cui l'interesse o il vantaggio non dovranno essere considerati in un'ottica "di gruppo" (ossia facendo riferimento agli interessi perseguiti e ai vantaggi conseguiti dal gruppo globalmente considerato). Tali elementi, infatti, dovranno essere valutati singolarmente, facendo riferimento alle singole società del gruppo, al fine di verificare se l'ente possa avere un interesse (o possa ricevere un'utilità di carattere patrimoniale o meno) che sia collegato alla commissione del reato e a questo causalmente collegato; in ultima analisi non si potrà affermare una responsabilità diretta dell'ente derivante dalla commissione di un c.d. "illecito di gruppo."

Infatti, è necessario rilevare come il D.lgs. n. 231/2001 preveda una responsabilità definita come "amministrativa", ma non si potrà negarne, oggi,

¹⁵⁴ A. De Nicola, I. Rotunno, C. Gargano, *Holding soggette agli obblighi del D.lgs. n. 231/2001: Corte di Cassazione, sentenza n. 24583/2011*, in *Corporate Law Alert*, a cura del centro studi del dipartimento italiano di corporate, 2011

la natura fortemente e sostanzialmente afflittiva, sottoposta ai principi costituzionali vigenti in materia penale.¹⁵⁵

¹⁵⁵ Sull'affermazione del carattere penale della responsabilità, a discapito dell'etichetta utilizzata dal legislatore, interviene la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte EDU). Nella sentenza "Grande Stevens c. Italia" (sent. 4 marzo 2014) la Corte Europea si pronuncia in materia di *ne bis in idem*, come disciplinato all'interno dell'art. 4, Protocollo n. 7 della Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e Delle Libertà Fondamentali (CEDU). In forza di tale provvedimento, viene introdotto all'interno del sistema CEDU il principio in virtù del quale nessuno può essere punito più di due volte per uno stesso fatto (si veda sul punto anche l'art. 649, c.p.p. per cui: *"l'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto [...]"*).

Il caso preso in esame dalla corte trae origine da una manipolazione del mercato contestata alla FIAT, poiché la stessa non aveva comunicato al mercato un accordo stipulato tra EXOR (società che detiene le partecipazioni azionarie del gruppo FIAT) e la Banca "Merryl Lynch International" (MYL). La questione s'instaurò nel doppio binario, come previsto dagli artt. 185 e 187, D.lgs. n. 58/1998, uno amministrativo, davanti alla CONSOB, e uno penale, davanti al tribunale di Torino. La complessa vicenda giudiziaria si concluse con la condanna in sede amministrativa del gruppo mentre il correlativo processo penale, dopo un tortuoso iter giudiziale, risultava ancora non definito, data la mancanza di un provvedimento dotato del carattere di definitività.

Dato questo stato di cose, la difesa degli imputati si rivolse alla Corte EDU.

La corte, nella pronuncia citata, stabilisce che "l'etichetta" attribuita dal legislatore sulla natura della responsabilità "[...] ha solo un valore formale e relativo poiché la Corte deve supervisionare sulla correttezza di tale qualificazione alla luce degli altri fattori indicativi del carattere "penale" dell'accusa."

Ai fini di una qualificazione della responsabilità come penale o amministrativa la corte stabilisce che *in primis* "[...] va considerata la natura sostanziale dell'illecito commesso" ossia "a una condotta in violazione di una norma che protegge il funzionamento di una determinata formazione sociale o se è invece preposta alla tutela erga omnes di beni giuridici della collettività"; inoltre "andrà considerato il grado di severità della pena che rischia la persona interessata". Quindi secondo la corte, per valutare una sanzione come penale, si dovrà valutare la natura della violazione, lo scopo e la gravità della sanzione. La vicenda sottoposta alla Corte EDU si concluse con la condanna dello stato Italiano, anche perché, qualificata la natura della responsabilità come "penale", dovevano essere garantiti tutte i diritti spettanti all'imputato nel processo penale (non garantiti nel procedimento davanti alla CONSOB). Inoltre, qualificata la responsabilità in tal senso il doppio binario previsto dal D.lgs. n. 58/1998 (T.U.F.) non si potrà procedere contro lo stesso soggetto davanti al tribunale, se già condannato in sede amministrativa. Sul punto si veda C. Santoriello, *La sentenza IFIL-GRANDE STEVENS, la giurisprudenza comunitaria sul divieto di punire più volte la medesima condotta e le conseguenze sulla responsabilità da reato degli enti collettivi*, in *Rivista* 231, 2014, 43-52, p.; e A. Tripodi, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014

In virtù del riconoscimento della natura “penale” della responsabilità prevista dal D.lgs. n. 231/2001, qualora si ipotizzasse una responsabilità automatica e diretta del gruppo si violerebbe non solo il principio di legalità (art. 25, Cost. e art. 2, D.lgs. n. 231/2001) ma anche il principio di personalità della responsabilità penale (art. 27, comma I, Cost.), dato che il sistema delineato dal Decreto Legislativo n. 231 è ritagliato sulla singola realtà societaria,¹⁵⁶ senza fare alcun riferimento al gruppo. Inoltre, qualora si facesse discendere la responsabilità di quest’ultimo (o di altra società appartenente allo stesso) come conseguenza del reato commesso da una società appartenente al gruppo, indipendentemente dal concorso di altre società del raggruppamento nel reato, si farebbe rispondere un soggetto per un reato che materialmente non ha commesso, violando così in radice il disposto per cui “*La responsabilità penale è personale*” (art. 27, comma I, Cost.).

In materia di “responsabilità amministrativa dipendente da reato” all’interno dei gruppi interviene anche una recente sentenza della Corte di Cassazione (Corte di Cassazione, V Sezione Penale, n. 4324/2013).¹⁵⁷

Il caso prende avvio dall’accusa di aggio e di manipolazione del mercato mossa in capo alla Società Unipol Gruppo Finanziario s.p.a. (società *Holding* del gruppo bancario Unipol).

Si legge in imputazione che la società Meieaurora s.p.a. (società facente parte del gruppo Unipol e sottoposta all’attività di direzione e coordinamento della società *Holding*-imputata) avrebbe acquistato azioni privilegiate della società Unipol Gruppo Finanziario s.p.a..

L’operazione vedeva coinvolte anche altre società del gruppo e avrebbe avuto delle modalità tali da integrare la condotta descritta dall’art. 25-sexies, D.lgs. n. 231/2001 (che a sua volta richiama l’art. 185, D.lgs. n. 58/1998 e l’art. 2637, c.c.). Secondo la Corte di merito l’operazione avrebbe prodotto

¹⁵⁶ Questa viene di conseguenza concepita come monade, conseguenza anche derivante dal mancato riconoscimento del gruppo di imprese all’interno del sistema penale della responsabilità da reato dell’ente

¹⁵⁷ La pronuncia è riportata in www.rivista231.it

un'alterazione del prezzo degli strumenti finanziari, procurando un vantaggio non solo alla società controllata che cedeva le proprie azioni (società Finsoe s.p.a.), ma anche alla società capogruppo “Unipol Gruppo Finanziario s.p.a.” La Corte di Appello di Milano, investita della questione, in parziale riforma della sentenza di primo grado, dichiarò la responsabilità del direttore finanziario dell'Unipol per i reati contestati in imputazione (art. 185, D.lgs. n. 58/1998 e art. 2637, c.c.) i quali furono *“commessi nelle sedute di borsa [...] mediante acquisti da parte della Meieaurora s.p.a., società appartenente allo stesso gruppo Unipol ed amministrata dal D., tramite l'intermediaria Cofiri Sim s.p.a., di azioni Unipol privilegiate, con modalità tali da creare una tendenza al rialzo progressivo [...] del prezzo dei titoli, dei quali un pacchetto di 4,5 milioni veniva venduto [...] dalla Finsoe s.p.a., società controllante la Unipol, con un vantaggio economico di Euro 409.000.”*

Attraverso le condotte perpetrate, il direttore finanziario dell'Unipol aveva determinato una distorsione nel regolare andamento dei titoli, influenzandone il prezzo della vendita per mezzo di condotte artificiose.

Contro tale sentenza fu presentato ricorso per Cassazione, deducendo violazione di legge e difetto di motivazione *“osservando che la condotta veniva realizzata nell'ambito della funzione di gestione del portafoglio titoli affidata [all'imputato] dalla Meieaurora, che la società emittente di un titolo non ha interesse diretto al valore dello stesso, e che irrilevante è l'eventuale interesse della Finsoe, non estendendosi la responsabilità degli enti per illecito amministrativo derivante da reato all'interno dei gruppi di società.”*

La Corte di Cassazione rigetta il ricorso perché infondato, ma affronta comunque la questione riguardante l'affermazione di responsabilità del gruppo Unipol.¹⁵⁸

La Corte premette che *“ai fini di detta responsabilità, è sufficiente che il soggetto autore del reato abbia agito per un interesse non esclusivamente proprio o di terzi, ma anche per un interesse riconducibile alla prima.”*¹⁵⁹

¹⁵⁸ Sent. n. 4324/2013, punto 5.

Secondo la Corte di legittimità, a contrario di quanto i ricorrenti sostengono, l'attribuzione di responsabilità mossa in capo alla società *Holding* è in realtà da riconoscere, *“potendo la società capogruppo rispondere per il reato commesso nell'ambito dell'attività di una società controllata, laddove il soggetto agente abbia perseguito un interesse anche riconducibile alla prima.”*¹⁶⁰

Secondo la Corte è irrilevante che il direttore finanziario dell'Unipol avesse agito su incarico affidatogli dalla società Meieaurora s.p.a, anche se in tale operazione è ravvisabile un interesse della società capogruppo; quest'ultimo viene individuato in relazione alla *“posizione della stessa all'interno del gruppo e al vantaggio che per la stessa ne derivava dall'incremento del valore del titolo.”*

L'importanza della sentenza è stata da più parti evidenziata.

La dottrina osserva che l'originalità della sentenza in commento *“risiede, nel fatto che i Giudici hanno ritenuto responsabili, per i descritti episodi di manipolazione del mercato, non solo l'autore (persona fisica) del reato e le varie società direttamente coinvolte nella vicenda (Finsoe S.p.A. ed altre), ma anche la medesima capogruppo Unipol, sulla base del fatto che, sebbene la persona fisica avesse in realtà agito nell'ambito delle funzioni svolte per la controllata Meieaurora, proprio in virtù del ruolo apicale svolto anche nella controllante Unipol (ovvero quello di direttore finanziario) e a fronte dell'interesse in concreto perseguito anche per conto di quest'ultima (identificabile con l'accrescimento del valore del titolo della controllata medesima), Unipol in pratica avrebbe potuto essere imputata ed in effetti condannata ai sensi del d.lgs. 231/2001.”*¹⁶¹

La sentenza in commento, osserva sempre la dottrina, si porrebbe in un'ottica di continuità con l'orientamento precedente, delineando i requisiti per cui la

¹⁵⁹ La corte richiama la sent. Cass. Sez. VI, n.36083/2009

¹⁶⁰ La corte sul punto richiama la Sent. Cass, sez. V. pen, n.24583/2011 (Tosinvest)

¹⁶¹ M. Moretti e P. Silvestri, *Gruppi di impresa e responsabilità ex D.lgs. n. 231/2001 (commento a Cass. Pen., N. 4324, 29 gennaio 2013)*, in rivista 231, 2013, cit. 214, p.

partecipazione al reato commesso dalla società *Holding* nell'ambito di gruppo assuma rilevanza ai fini del D.lgs. n. 231/2001.

Dall'orientamento emergente dalla giurisprudenza di legittimità sembra che il gruppo non possa rispondere in via autonoma e diretta ai sensi del D.lgs. n. 231/2001 e quindi non potrà essere considerato quale "ente" ai sensi dell'art. 1, D.lgs. n. 231/2001.

Dall'analisi della giurisprudenza sembra infine emergere un andamento altalenante e ondivago in tema di attribuzione di responsabilità all'interno del gruppo.

Mentre la giurisprudenza di merito cerca di far risaltare il fenomeno di gruppo e i rapporti che in esso s'instaurano, ammettendo una correlativa rilevanza dell'interesse di gruppo, la giurisprudenza di legittimità tende a non valorizzare l'interesse aggregato delle società appartenenti al raggruppamento di imprese, negando quegli automatismi legati al riconoscimento del c.d. "illecito di gruppo."

Il presente lavoro vuole indagare e prendere in considerazione l'assunto per cui sia riconoscibile o meno un interesse di gruppo con correlativa rilevanza all'interno del D.lgs. n. 231/2001.

La risposta alla questione posta all'inizio del capitolo non potrà prescindere dai referenti costituzionali vigenti in materia penale, applicabili qualora si sposasse l'idea per cui, ad onta del "*nomen iuris*" della responsabilità prevista all'interno del D.lgs. n. 231/2001, l'interprete si troverebbe davanti a una responsabilità sostanzialmente penale.

Capitolo 4

L'illecito di gruppo

Sommario: 4.1. Il concetto di interesse di gruppo anche alla luce della recente giurisprudenza della Corte di Cassazione – 4.2. La responsabilità del gruppo: può questo rispondere del reato in via immediata e diretta in virtù del riconoscimento dell'interesse di gruppo? 4.3. Le responsabilità all'interno del gruppo: la società capogruppo (o Holding) e le società controllate – 4.3.1. segue: Il problema posto dall'art. 4, D.lgs. n. 231/2001 - 4.3.2. segue: È configurabile una responsabilità del gruppo per il fatto commesso in Italia? – 4.4. Il mancato riconoscimento della responsabilità immediata e diretta del gruppo: tra tutela dei principi costituzionali e problematiche criminologiche

4.1. Il concetto di interesse di gruppo anche alla luce della recente giurisprudenza della Corte di Cassazione

Più volte è stato evidenziato come parte della dottrina e della giurisprudenza cerchi di aggirare e risolvere il problema dell'estensione di responsabilità all'interno del gruppo facendo ricorso al concetto di “interesse di gruppo”.

In forza di tale lettura, quando un ente commette un reato, il quale riverbera i suoi vantaggi non solo a favore della società che materialmente commette l'illecito ma anche nei confronti dell'interno gruppo di imprese, sarebbe soddisfatto il requisito di cui all'art. 5, D.lgs. n. 231/2001, il quale richiede che il reato-presupposto sia commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente. *“L'interesse di gruppo si caratterizza proprio per questo, per non essere proprio ed esclusivo di uno dei membri del gruppo, ma comune a tutti i soggetti che ne fanno parte.”*¹⁶²

¹⁶² La citazione è tratta dall'Ord. Trib. Milano, 20 dicembre 2004, rinvenibile su www.penalecontemporaneo.it; ma sulla stessa linea troviamo anche Ord. Trib. Milano 26 febbraio 2007.

Da tali affermazioni sembrerebbe desumibile che il D.lgs. n. 231/2001 riconosca l'interesse aggregato delle società che compongono il gruppo, il quale assommerebbe non solo *“il quid pluris economico che deriva dalla realizzazione del reato ma anche delle controllanti, nella prospettiva – mediata- della partecipazione agli utili.”*¹⁶³

Secondo questa lettura si potranno distinguere sostanzialmente tre tipi di interesse:

- 1) il primo si caratterizzerebbe per essere esclusivo delle persone fisiche che commettono il reato per conto dell'ente;
- 2) il secondo sarebbe proprio dell'ente e distinto da quello della persona fisica che agisce;
- 3) il terzo sembrerebbe un interesse, definibile come “misto” o di “gruppo”, il quale deriva dalla sommatoria degli interessi della persona fisica, dell'ente e delle varie entità facenti parte del gruppo.

La caratteristica principale dell'interesse di gruppo è quella di identificarsi come interesse comune di tutte le società facenti parte dello stesso poiché: *“l'esistenza di un rapporto qualificato tra controllante e controllata impedisce di considerare quest'ultima un 'terzo' e impedisce che gli utili che essa consegua, in conseguenza dell'attività della controllante, possano definirsi [come] conseguiti da un terzo.”*¹⁶⁴

Di conseguenza, qualora si accerti che il reato è stato commesso da una società facente parte di un gruppo di imprese, l'interesse nonché i vantaggi perseguiti dalla stessa potranno riverberarsi a vantaggio dell'intero gruppo globalmente considerato.

Un corollario derivante dalle affermazioni di cui sopra è la possibilità di concepire il gruppo come un'unica entità, giuridicamente indistinta rispetto alle società che lo compongono; quindi il fatto illecito, rilevante ai sensi del

¹⁶³ A. Astrologo in Cerqua e AA.VV., *Diritto penale delle società: profili sostanziali e processuali*, CEDAM, Cap. XXV, *I gruppi di società*, 2014, cit. 1047, p.

¹⁶⁴ Ord. Trib. Milano, cit.

D.lgs. n. 231/2001, commesso da una società appartenente a un raggruppamento di imprese, sarebbe in realtà commesso direttamente dal gruppo.

In ultima analisi, il meccanismo imperniato sul riconoscimento dell'interesse di gruppo pretenderebbe di individuare, in capo al gruppo, un'autonoma e distinta soggettività giuridica, tale per cui sarebbe riconoscibile in capo allo stesso un autonomo "interesse" rispetto agli interessi delle società che lo compongono, riconoscendo così un "nuovo" soggetto di diritto: il "gruppo di società".

La tesi che pretende di riconoscere un unico e indistinto "interesse di gruppo" trascura, tuttavia, la lettura che dello stesso viene data dalla giurisprudenza di legittimità.

È proprio la prima pronuncia in materia della Corte di Cassazione ad affermare che lo *"interesse e vantaggio devono essere verificati in concreto, nel senso che la società deve ricevere una potenziale o effettiva utilità, ancorché non necessariamente di carattere patrimoniale, derivante dalla commissione del reato-presupposto"* (Cass., V Sezione Penale, n. 24583/2011).¹⁶⁵

Secondo la Suprema Corte, infatti, non è possibile fare riferimento a un generico "interesse di gruppo" per fondare la responsabilità del raggruppamento ai sensi del D.lgs. n. 231/2001.¹⁶⁶

Sarà all'uopo necessario che l'interesse o il vantaggio siano riguardati con riferimento alle singole società che compongono il gruppo e non attraverso semplificazioni probatorie basate su presunzioni (o "massime di comune esperienza") tratte dall'esercizio dell'attività di direzione unitaria esercitata all'interno dei gruppi.¹⁶⁷

Infine, secondo la lettura fornita dalla Corte di Cassazione, non è possibile

¹⁶⁵ Rinvenibile in www.rivista231.it

¹⁶⁶ Così anche Cass., V Sezione Penale, n. 4324/2013, in www.rivista231.it

¹⁶⁷ In questo senso G. Amato, *L'attribuzione della responsabilità amministrativa ex D.Lgs. 231/2001 all'interno dei gruppi d'impresa*, in *Rivista 231*, 2015

fare riferimento a un generico “interesse di gruppo” per fondare la responsabilità dell’aggregazione di imprese.

Alla luce delle indicazioni provenienti dalle pronunce della Suprema Corte di legittimità si può notare come si debbano rifuggire tutte quelle semplificazioni probatorie derivanti dalle dinamiche e dai rapporti infragruppo e come, in merito all’estensione di responsabilità in capo al raggruppamento di imprese “*non si può fare indiscriminatamente affidamento su un concetto, quale quello dell’interesse di gruppo, che appare troppo ambiguo.*”¹⁶⁸

Gli interessi di volta in volta enucleabili dovranno essere valutati caso per caso, individuando le situazioni in cui gli “scopi” delle varie società del gruppo coincidano oppure divergano. Gli interessi dovranno essere valutati in un’ottica di specificità, concretezza e attualità non essendo sufficienti meri richiami a formule generiche.

È stato correttamente osservato che “*In tale prospettiva ciò che rileva ai fini del criterio d’imputazione oggettiva di cui all’art. 5 non è in alcun modo un generico e non meglio precisato interesse di gruppo immanente a tutte le società che lo compongono [...], ma quello della singola società rispetto alla commissione del reato.*”¹⁶⁹

La questione, pertanto, è se alla luce delle indicazioni fornite sia possibile o meno predicare una responsabilità diretta e autonoma del gruppo ai sensi del D.lgs. n. 231/2001, e quindi riconoscere il raggruppamento di imprese quale autonomo soggetto di diritto destinatario delle disposizioni previste all’interno del Decreto Legislativo n. 231.

¹⁶⁸ E. Scaroina *La responsabilità del gruppo di imprese ai sensi del D.lgs. n. 231/2001: problemi risolti e questioni aperte*, in *Rivista del diritto commerciale del diritto generale delle obbligazioni*, Vol. 1, 2013, cit. 28, p.

¹⁶⁹ E. Scaroina, *op. ult. Cit.*, cit. 29, p.

4.2. La responsabilità del gruppo: può questo rispondere del reato in via immediata e diretta in virtù del riconoscimento dell'interesse di gruppo?

“L’innegabile lacuna normativa che caratterizza la disciplina [in merito ai gruppi] ha dato luogo a un ampio dibattito e a una certa disomogeneità applicativa che [...] solo parzialmente può dirsi risolta da una recente presa di posizione della Cassazione.”¹⁷⁰

Non essendo il gruppo preso in considerazione da alcuna disposizione del D.lgs. n. 231/2001, può questo rispondere quale soggetto autonomo rispetto agli enti che lo compongono? Ossia, può riconoscersi in capo al gruppo un’autonoma e distinta soggettività giuridica, idonea a fondarne la responsabilità ai sensi del D.lgs. n. 231/2001?

La questione, quindi, prende avvio dalla considerazione per cui a discapito di qualsiasi riconoscimento normativo del gruppo, ci si chiede se questo sia qualificabile come ente ricompreso tra quelli di cui all’art. 1, D.lgs. n. 231/2001, in forza del quale: *“Le disposizioni in esso previste si applicano agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica. Non si applicano allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale.”*

Per rispondere a tale interrogativo è necessario preliminarmente domandarsi su quale sia la natura della responsabilità prevista dal D.lgs. n. 231/2001, espressamente qualificata come “amministrativa dipendente da reato”.

Scrivendo Vincenzo Maiello sul punto: è questa *“Una truffa delle etichette*

¹⁷⁰ Così E. Scaroina, Op. ult. Cit., cit. 8, p.. L’autrice sottolinea inoltre come la totale mancanza di una disciplina in materia di gruppi all’interno del Decreto Legislativo n. 231 sia dovuta non a una scelta del Legislatore, ma bensì a una sua dimenticanza; circostanza anche confermata dal fatto che nella dettagliata “Relazione Ministeriale al D.lgs. n. 231/2001” non venga fatto alcun riferimento al fenomeno di gruppo, nemmeno per fornire le spiegazioni di tale scelta.

davvero innocua?”¹⁷¹

Si riscontrano sostanzialmente tre orientamenti sul punto: il primo volto a riconoscere la natura “amministrativa” della responsabilità *de qua*, il secondo penale e il terzo individua la possibilità che possa configurarsi un “*tertium genus*” di responsabilità (frutto della fusione degli elementi caratterizzanti gli altri due orientamenti).

L’adesione a uno o a un altro degli orientamenti prospettati determina conseguenze di non poco momento, poiché la soluzione della questione in merito alla natura della responsabilità permette di individuare i principi costituzionali applicabili e vigenti in materia.¹⁷²

La tesi della natura amministrativa della responsabilità prende le mosse, *in primis*, dal “*nomen iuris*” del D.lgs. n. 231/2001, che qualifica espressamente la responsabilità come “amministrativa”.

Un altro argomento utilizzato dalla tesi in esame è quello per cui alcuni degli istituti previsti all’interno del Decreto Legislativo n. 231 sono modellati sulla normativa vigente all’interno del sistema amministrativo; gli istituti che vengono richiamati concernono:

- 1) la prescrizione (la quale ai sensi dell’art. 22, D.lgs. n. 231/2001 è quinquennale, come quella prevista dalla L. n. 689/1981 in materia di “Sanzioni Amministrative”);¹⁷³

¹⁷¹ 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. Ec., 2002, 881-914, p.

¹⁷² Sulla questione si vedano ¹⁷² G. Lattanzi e AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti, Guida al Dlgs 8 giugno 2001, n. 231*, Giuffrè 2010, cap. I; De Vero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, 2008; 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. Ec., 2002, 881-914, p.

¹⁷³ A norma dell’articolo citato:

“1. Le sanzioni amministrative si prescrivono nel termine di cinque anni dalla data di consumazione del reato.

2. Interrompono la prescrizione la richiesta di applicazione di misure cautelari interdittive e la contestazione dell’illecito amministrativo a norma dell’articolo 59.

2) “*l’inesistenza di meccanismi di sospensione condizionata*”;¹⁷⁴

3) la contestazione dell’illecito (ai sensi dell’art. 59, D.lgs. n. 231/2001 che sembra richiamare l’istituto di cui all’art. 14 della L. n. 689/1981).

Aderendo a questa lettura si dovrebbe propendere per l’applicabilità dei principi costituzionali vigenti nel sistema amministrativo:¹⁷⁵ l’art. 24, comma I e II, Cost., i quali rispettivamente garantiscono il diritto all’azione (“*Tutti possono agire in giudizio per la tutela di propri diritti soggettivi e interessi legittimi*”) e il diritto alla difesa in giudizio (“*La difesa è un diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento*”); l’art. 111, comma II, Cost., il quale garantisce il diritto al giusto processo, che a sua volta implica il principio del contraddittorio e il diritto alla difesa; e ancora i principi inerenti l’azione e l’assetto della giurisdizione amministrativa (artt. 100, ss, Cost).

La seconda tesi sostiene che in realtà, ad onta della qualificazione della responsabilità come “amministrativa”, quella configurata dal D.lgs. n. 231/2001 sarebbe una responsabilità di natura sostanzialmente “penale”.

Questa lettura sarebbe corroborata da una serie di argomenti logici e sistematici.

In primis, analizzando con scrupolo il titolo del D.lgs. n. 231/2001, si potrà notare come la responsabilità venga qualificata come “amministrativa”, ma questa è “dipendente da reato”.

Da questa osservazione si potrebbe desumere il fatto che la responsabilità “dipendente da reato” è collegata alla commissione di un fatto illecito, al quale seguirà un addebito penale; si sarebbe di conseguenza davanti a una

3. Per effetto della interruzione inizia un nuovo periodo di prescrizione.

4. Se l’interruzione è avvenuta mediante la contestazione dell’illecito amministrativo dipendente da reato, la prescrizione non corre fino al momento in cui passa in giudicato la sentenza che definisce il giudizio.”

¹⁷⁴ G. Lattanzi e AA.VV., *Ult. Op. cit.*, cit. 15, p.

¹⁷⁵ Sul punto A. Travi, *Lezioni di Giustizia Amministrativa*, G. Giappichelli, Torino, 2014, 96, ss, p.

responsabilità sostanzialmente penale e non amministrativa.¹⁷⁶

Un altro argomento, che deporrebbe a favore della natura penale della responsabilità, è quello per cui la cognizione dell'illecito è stata devoluta alla competenza del giudice penale ai sensi dell'art. 36, D.lgs. n. 231/2001,¹⁷⁷ la quale oltretutto permane anche qualora non si possa procedere a carico della persona fisica.¹⁷⁸

Ancora, a favore della tesi della responsabilità penale prevista dal D.lgs. n. 231/2001 propendono: il criterio di imputazione oggettiva e soggettiva dell'illecito in capo all'ente (il quale trova il suo fondamento nel principio di colpevolezza), la punibilità dell'ente anche solo se il reato è meramente tentato e infine il sistema sanzionatorio e di commisurazione della pena (ai sensi degli artt. 9, ss., D.lgs. n. 231/2001).¹⁷⁹

Il corollario derivante dall'orientamento in esame è che troveranno applicazione, in tema di responsabilità dell'ente, i principi costituzionali vigenti in materia penale: il principio di personalità della responsabilità penale

¹⁷⁶ Già Falzea osservava nel lontano 1982 che “*a decidere della qualificazione giuridica di un comportamento illecito sta la natura dell'interesse violato, non la natura del soggetto che ha commesso la violazione.*” G. Lattanzi, op. ult. Cit. cit.13, p. il quale per la citazione richiama Falzea, *la responsabilità penale delle persone giuridiche*, in AA.VV. Studi per Lorenzo Campagna, Giuffrè, 1982, 291, p.

¹⁷⁷ L'articolo in esame prevede che:

“1. *La competenza a conoscere gli illeciti amministrativi dell'ente appartiene al giudice penale competente per i reati dai quali gli stessi dipendono.*

2. *Per il procedimento di accertamento dell'illecito amministrativo dell'ente si osservano le disposizioni sulla composizione del tribunale e le disposizioni processuali collegate relative ai reati dai quali l'illecito amministrativo dipende.*”

¹⁷⁸ Ipotesi che si verificherà tutte quelle volte in cui ricorra uno dei casi elencati all'interno dell'art. 8, D.lgs. n. 231/2001. Inoltre, argomentando anche attraverso l'art. 8, L. n. 689/1981, la cognizione del giudice penale si giustificerebbe in virtù di un accertamento non solo più completo del fatto ma anche maggiormente garantista del diritto alla difesa dell'imputato.

¹⁷⁹ Il sistema di commisurazione delle sanzioni è strutturato in modo da assicurarne un'afflittività progressiva. Le sanzioni si dividono in pecuniarie e interdittive: mentre le prime si articolano in un sistema per quote a struttura “bifasica” (ricalcate sul modello del *Tagessatzsystem* tedesco, sistema basato su tassi giornalieri), le seconde potranno essere applicate solo qualora siano espressamente previste, poiché si caratterizzano per un'elevata capacità afflittiva.

e il principio di non colpevolezza (art. 27, Cost.); il principio di legalità (art. 25, comma II, Cost. “*Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso*”) e i principi concernenti il giusto processo (art. 111, Cost.).

Un terzo orientamento, in materia di qualificazione della responsabilità ex D.lgs. n. 231/2001, evidenzia come si stia sviluppando un “*tertium genus*” di responsabilità.

Viene affermato che il Legislatore del 2001 avrebbe predisposto un sistema avente natura “mista”, a metà strada tra il sistema penale e quello amministrativo.

Dal primo trarrebbe lo stigma della sanzione che viene inflitta, nonché la gravità delle conseguenze sanzionatorie che discendono in capo all’ente,¹⁸⁰ dal secondo trarrebbe, invece, il “*nomen*” e alcuni profili di disciplina (come, ad esempio, la prescrizione e la contestazione dell’illecito).

La tesi che però sembra trovare maggiormente accoglimento in dottrina e in giurisprudenza¹⁸¹ è quella della natura penale della responsabilità,¹⁸² confermata anche dal grado di afflittività delle sanzioni (chiaro indice in ordine della natura della responsabilità alla luce delle indicazioni provenienti sul punto dalla Corte EDU, Sentenza Grande Stevens contro Italia, 4 marzo

¹⁸⁰ Si pensi solo alle sanzioni interdittive che possono essere irrogate nei confronti dell’ente, le quali possono spaziare dal “divieto di contrattare con la Pubblica Amministrazione” fino alla “interdizione dall’esercizio dell’attività” ai sensi degli artt. 12-13, D.lgs. n. 231/2001.

¹⁸¹ “*la nuova responsabilità, nominalmente amministrativa, dissimula la sua natura sostanzialmente penale; forse sottaciuta per non aprire delicati conflitti con i dogmi personalistici dell'imputazione criminale, di rango costituzionale.*” (Cass. II Sezione Penale, n. 3615/2005) www.penalecontemporaneo.it

¹⁸² “*Al di là, infatti, della classificazione formale operata dal legislatore, ossia dell’etichetta che si attribuisce a una forma di responsabilità (amministrativa, civile, penale), ciò che rileva ai fini del sistema di garanzie da applicare è il carattere punitivo o meno delle sanzioni che conseguono al suo accertamento non tanto [...] dalla qualificazione operata dal legislatore, ma da un’approfondita disamina sulla reale natura dell’infrazione.*” La cit. è di E. Scaroina, *La responsabilità del gruppo di imprese ai sensi del D.lgs. n. 231/2001: problemi risolti e questioni aperte*, in *Rivista del diritto commerciale del diritto generale delle obbligazioni*, Vol. 1, 2013, 6-7, p.

2014).¹⁸³

Analizzando gli istituti applicabili in relazione all'estensione di responsabilità in materia di gruppi, non si potrà prescindere dai principi costituzionali vigenti in materia penale, primo tra tutti il “principio di personalità della responsabilità penale” ex art. 27, Cost, sotto il profilo del “divieto di responsabilità per fatto altrui” e del principio di “responsabilità per fatto proprio colpevole.”¹⁸⁴

Alla luce delle affermazioni di cui sopra, si può affermare che nel nostro ordinamento il gruppo di società non può rispondere per effetto di automatismi applicativi o semplificazioni probatorie basate su presunzioni collegate all'attività di direzione e coordinamento effettuata dalla capogruppo, e quindi bisognerà verificare se, in concreto, sussistono le condizioni per l'addebito dell'illecito previsto dal D.lgs. n. 231/2001.

*“La mancanza di una effettiva signoria dell'agire [...] in capo alla Holding [...] rafforza la conclusione che l'imputazione automatica e indiscriminata alla prima della responsabilità in relazione a reati commessi nel contesto di gruppo si ponga inevitabilmente in contrasto con il principio di personalità dell'illecito sancito dall'art. 27, Cost.”*¹⁸⁵

Per poter estendere la responsabilità a una società facente parte di un gruppo, sia essa *Holding* o controllata, non basterebbe quindi evocare un generico interesse di gruppo ma occorrerebbe *“una puntuale dimostrazione della ricorrenza – per tutte le società coinvolte – delle [...] condizioni previste per l'addebito amministrativo. L'appartenenza al gruppo può, a volte, fornire un*

¹⁸³ Si veda sul punto il Capitolo 3, par. 3.3. del presente lavoro.

¹⁸⁴ In virtù del disposto di cui all'art. 27, Cost. *“La responsabilità penale è personale”* la Corte Costituzionale, attraverso le sentt n. 364/1988 e 1085/1988, definisce e riconosce il c.d. “principio di colpevolezza” e chiarisce come, per non violare il principio di personalità della responsabilità penale, sia necessario che tutti gli elementi concorrenti ad attribuire il disvalore alla fattispecie dovranno essere causalmente collegati all'agente dal punto di vista oggettivo e soggettivo; V. Manes, *Principi costituzionale in materia penale (Diritto penale sostanziale)*, in Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti Costituzionali italiana, spagnola e portoghese, Madrid 13-15 Ottobre 2011, 2011, 1-76, p.

elemento indiziario a supporto, ma certo non potrebbe bastare da sola a fondare un giudizio di responsabilità.”¹⁸⁶

Inoltre, l’interesse di gruppo non sarebbe un meccanismo idoneo a fondare la responsabilità del raggruppamento dato che, attraverso tale espediente, si violerebbe non solo l’art. 27, Cost. ma anche l’art. 5, D.lgs. n. 231/2001 (il quale richiede che il reato venga commesso “*nell’interesse o a vantaggio dell’ente.*”)

Questa conclusione sarebbe anche confermata dal fatto che al gruppo di società viene riconosciuto un rilievo solo dal punto di vista economico, prescindendo da un suo qualsiasi riconoscimento dal punto di vista giuridico. Il fenomeno, di conseguenza, viene riguardato solo dal punto di vista dei rapporti “economici” che si svolgono e si sviluppano all’interno del raggruppamento di imprese; al gruppo non si riconosce alcuna autonoma e distinta soggettività giuridica rispetto alle società che lo compongono.

Da ciò si desume che non essendo il gruppo un soggetto autonomo e distinto rispetto alle società che lo compongono, non potrà rispondere in via automatica per un reato-presupposto commesso da una società facente parte dello stesso, poiché non sarebbe rispettato il requisito di imputabilità di cui all’art. 5 del D.lgs. n. 231/2001.

Si vuol affermare, in ultima analisi, che non avendo il gruppo una sua autonoma e distinta soggettività giuridica, non potrà rispondere in via immediata, autonoma e diretta del reato commesso da una società facente parte dello stesso.

Soluzione del resto anche confermata dal fatto che, ragionando *a contrario*, si violerebbe il principio posto dall’art. 27, comma I, Cost., applicabile, come visto, in *subiecta materia*.

Secondo i principi desumibili dall’articolo citato, non si potrà applicare una sanzione conseguente alla commissione di un reato in assenza di una condotta

¹⁸⁶ G. Amato, *L’attribuzione della responsabilità amministrativa ex D.Lgs. 231/2001 all’interno dei gruppi d’imprese*, in Rivista 231, 2015, cit. 2, p.

colpevole da parte del soggetto agente perché, altrimenti, si farebbe rispondere penalmente un soggetto per un reato che, in realtà, è stato commesso da altri, violando così il significato minimo della disposizione costituzionale citata (nell'accezione del divieto di responsabilità per fatto altrui).

Inoltre, ragionando diversamente si violerebbe anche il principio di legalità posto dall'art. 2, D.lgs. n. 231/2001 in forza del quale *“L'ente non può essere ritenuto responsabile per un fatto costituente reato se la sua responsabilità amministrativa in relazione a quel reato e le relative sanzioni non sono espressamente previste da una legge entrata in vigore prima della commissione del fatto.”*

Secondo tale disposizione un ente potrà rispondere ai sensi del Decreto Legislativo n. 231 solo qualora lo stesso sia riconducibile all'interno del novero dei soggetti destinatari della normativa *de qua*; soluzione non prospettabile per il gruppo di società, non essendo lo stesso *“fornito di personalità giuridica”* rispetto alle società che lo compongono.

In conclusione *“La responsabilità degli enti postula [...] un giudizio di personalità dell'illecito che, non diversamente da quanto avviene per le persone fisiche, si fonda su un duplice presupposto che concorre a rendere il fatto proprio dell'ente: accanto al requisito oggettivo dell'appartenenza organica, il Legislatore italiano, [...] ha introdotto un complesso criterio di imputazione fondato, come noto, sul concetto di colpa di organizzazione.”*¹⁸⁷

È necessario ora rispondere alla domanda posta all'inizio del presente paragrafo: può riconoscersi in capo al gruppo un'autonoma soggettività giuridica, idonea a fondarne la responsabilità ai sensi del D.lgs. n. 231/2001?

L'art. 1, comma II, D.lgs. n. 231/2001 statuisce che le disposizioni previste all'interno del Decreto Legislativo si applicano a quegli enti che sono *“forniti di personalità giuridica”* e inoltre alle *“società e associazioni anche prive di*

¹⁸⁷ E. Scaroina, *La responsabilità del gruppo di imprese ai sensi del D.lgs. n. 231/2001: problemi risolti e questioni aperte*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, Vol. 1, 2013, cit. 32, p.

personalità giuridica.”

In forza delle affermazioni di cui sopra, il gruppo non potrà essere definito quale “ente” poiché questa qualificazione presuppone un’autonomia organizzativa e strutturale dotata di una certa stabilità e con un patrimonio, un interesse e un’organizzazione autonomi. Predicati, questi, non presenti all’interno di un gruppo di società, poiché il raggruppamento di imprese è il frutto di una “aggregazione di imprese” e quindi il risultato della sommatoria di un “agglomerato” di soggetti che rimangono tra loro autonomi e distinti.

Infine, al gruppo manca, a parere di chi scrive, quella *“sovrastuttura organizzativa necessaria ad attribuire allo stesso una personalità giuridica, la quale presuppone la presenza di risorse e strutture che siano riconducibili a un unico soggetto di diritto e non a tanti soggetti che si uniscono ma che, comunque, rimangono distinti gli uni dagli altri.”*

Si può quindi concludere affermando che *“il gruppo non può considerarsi ricompreso nel novero degli enti che, ai sensi dell’art. 1 del Decreto, sono destinatari della disciplina e delle relative sanzioni”*: infatti *“il gruppo non è menzionato né richiamato tra gli enti responsabili dall’art. 1, D.lgs. n. 231/2001 non potendo [...] acquisire personalità giuridica, né essere riconosciuto titolare di un’autonoma soggettività giuridica.”*¹⁸⁸

Il gruppo in quanto tale, ossia distinto dalle società che lo compongono, è privo di un’autonoma soggettività giuridica e non è considerabile quale “autonomo centro di imputazione” del reato.

Di conseguenza, il raggruppamento di imprese non potrà rispondere in via autonoma e diretta ai sensi delle disposizioni previste dal Decreto Legislativo n. 231/2001, *“In mancanza di un’espressa presa di posizione da parte del Legislatore sembra quindi doversi escludere che il D.lgs. n. 231 del 2001 possa sortire, a livello di illecito amministrativo dipendente da reato, quell’effetto di unificazione delle responsabilità che neppure la disciplina civilistica di riferimento consente, in quanto pur sempre incentrata*

¹⁸⁸ E. Scaroina, op. ult. Cit., cit. 88, p.

*sull'autonomia giuridica degli enti coinvolti nelle diverse forme di collegamento strutturale o negoziale.*¹⁸⁹

Ma a questo punto sorge un altro interrogativo: visto che il gruppo non è un soggetto ricompreso nel novero dei destinatari del D.lgs. n. 231/2001, le società che fanno parte dello stesso potranno rispondere penalmente nel caso in cui commettano un reato-presupposto della responsabilità dell'ente?

*“Al quesito sulla possibile configurabilità della responsabilità amministrativa della capogruppo e/o di altra società del gruppo può risponderci positivamente, ma a ben determinate condizioni.”*¹⁹⁰

L'unico modo per far rispondere una società facente parte del gruppo (non essendo predicabile una responsabilità autonoma dello stesso) è fare riferimento ai requisiti di cui al D.lgs. n. 231/2001, riferendoli di volta in volta alle singole realtà facenti parte del raggruppamento di imprese.

Esemplificando quanto sopra riferito, si ponga il caso in cui vi sia un gruppo (denominato T.) composto dalle società “*Beta, Gamma e Delta*” sottoposte all'attività di direzione e coordinamento da parte della società capogruppo *Alfa*.

Qualora fosse commesso un reato da *Beta* non risponderebbe del reato stesso l'intero gruppo T., ma bisognerà verificare se il reato:

- 1) è qualificato come presupposto della responsabilità dell'ente ai sensi degli artt. 24, ss, D.lgs. 231/2001;
- 2) è stato commesso da un c.d. “agente qualificato”; ossia da un soggetto che all'interno della società riveste la posizione di apicale o sottoposto ai sensi dell'art. 5, D.lgs. n. 231/2001;
- 3) è stato commesso nell'interesse o a vantaggio di *Beta*.

Qualora abbia concorso nella commissione del reato (attraverso un contributo materiale o morale) anche la società capogruppo *Alfa*, allora anche

¹⁸⁹ D. Piva, *Concorso di persone e responsabilità dell'ente: vuoti normativi, incertezze giurisprudenziali e prospettive di riforma*, in *Archivio Penale* 2016, n. 1, Cit. 33, p.

¹⁹⁰ G. Amato, op. ult. Cit., 174, p.

quest'ultima risponderà del reato in concorso con *Beta*; invece le rimanenti società del gruppo T. (*Gamma e Delta*) non risponderanno del reato perpetrato in concorso da *Alfa e Beta* (altrimenti si violerebbe il disposto di cui all'art. 27, Cost.).

Pare questa, per ora, l'unica soluzione rispettosa dei principi vigenti all'interno del nostro sistema penale.

4.3. Le responsabilità all'interno del gruppo: la società capogruppo (o Holding) e le società controllate

Viste le conclusioni a cui si è pervenuti nel paragrafo precedente, è necessario ora fare un po' di chiarezza in merito all'attribuzione della responsabilità alle società facenti parte di un gruppo di imprese ai sensi del D.lgs. n. 231/2001.

Punto comune di avvio di ogni riflessione è che ai fini di un'eventuale ascrizione di responsabilità all'ente è necessaria la commissione di un reato-presupposto della responsabilità dell'ente (artt. 24, ss, D.lgs. n. 231/2001), il quale potrà consistere in un fatto illecito punito a titolo di dolo o a titolo di colpa.

Ancora, sarà necessaria la sussistenza di un rapporto qualificato ente-persona fisica e che, infine, sia individuabile un interesse o un vantaggio dell'ente nel reato commesso dalla persona fisica (artt. 5-7, D.lgs. n. 231/2001).

Viene predisposta dal Legislatore una responsabilità autonoma dell'ente (art. 8, D.lgs. n. 231/2001) in cui il reato è legato a quello commesso dalla persona fisica; questo meccanismo è volto a evitare qualsiasi distorsione in punto di responsabilità della persona giuridica, tale per cui *“la promessa di impunità della persona fisica si traducesse in un incentivo a commettere il reato.”*¹⁹¹

Partendo dall'ipotesi in cui venga commesso un reato doloso, si pensi al caso in cui la società capogruppo (e i relativi soggetti apicali) siano qualificabili

¹⁹¹ O. Di Giovane in G. Lattanzi e AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti, Guida al Dlgs 8 giugno 2001, n. 231*, Giuffrè 2010, cap. I, 135, p.

come amministratori di fatto della società controllata, la quale cooperi nella commissione del reato che viene posto in essere dalla società sottoposta all'attività di direzione e coordinamento.

Per muovere un addebito di responsabilità in capo alla *Holding*, è necessario che vengano rispettati i requisiti quantitativi e qualitativi previsti all'art. 2639, comma I, c.c. ai fini dell'equiparazione della qualifica di fatto alla qualifica formale; in questo caso si potrà sostenere che la società capogruppo rappresenta un apicale della società controllata e che, quindi, sussiste quel rapporto di immedesimazione organica necessario per l'attribuzione di responsabilità in capo all'ente.

Soluzione, questa, che si pone in linea con il dettato normativo e idonea a fondare la responsabilità della società capogruppo per il reato commesso da parte della società controllata.

Un'altra via per estendere la responsabilità all'interno del gruppo fa perno sull'istituto del concorso di persone nel reato.

In virtù del disposto di cui all'art. 110, c.p. si potrà affermare la responsabilità della società capogruppo e della controllata qualora sia ravvisabile un concorso, morale¹⁹² o materiale, della *Holding* nel reato della società sottoposta all'attività di direzione e coordinamento.

Si faccia riferimento al caso in cui la società capogruppo abbia dotato la società controllata delle risorse necessarie per corrompere un pubblico ufficiale. In questo caso la *Holding*, attraverso la propria attività, avrebbe

¹⁹² È necessario precisare che ai fini del riconoscimento del un concorso morale di soggetti appartenenti alla *Holding* in reati commessi dalle controllate, le istigazioni provenienti dalla società capogruppo devono essersi tradotte in concrete direttive illecite concernenti specifiche prescrizioni rivolte ai vertici delle controllate, oppure direttive che contenevano già *in nuce* gli elementi essenziali delle singole condotte successivamente poste in atto, in tal senso E. Stampacchia, *La responsabilità "amministrativa" degli enti con sede all'estero*, in *Diritto penale Contemporaneo*, 2013. "La partecipazione psichica consiste nell'aver provocato o rafforzato l'altrui proposito criminoso e cioè l'attività del partecipe deve influenzare la commissione del reato o perché provoca o rafforza il proposito criminoso (istigazione) o perché ne facilita la preparazione o l'attuazione (agevolazione)" (Corte di Cassazione, Sez. I, n. 128/1987)

concorso nel reato poi materialmente commesso dalla controllata poiché ha “concorso nel medesimo reato” e quindi “soggiace alla pena per questo stabilita.”

In questo caso sarà ravvisabile una responsabilità dell’ente per mezzo del combinato disposto degli artt. 110, ss, c.p. e artt. 24, ss, D.lgs. n. 231/2001; soluzione che permette di non violare i principi in materia di responsabilità penale, primo tra tutti quello di cui all’art. 27, Cost. (principio di personalità della responsabilità penale) sotto le declinazioni del “divieto di responsabilità per fatto altrui” e di “responsabilità per fatto proprio colpevole.”

Qualora, invece, il fatto sia punito a titolo di colpa, il panorama applicativo del decreto n. 231 diventa ancor meno limpido.

L’introduzione, tra i reati-presupposto, dell’omicidio e delle lesioni colpose con violazione della norme a tutela della salute e della sicurezza sul lavoro (ai sensi dell’art. 25-septies, D.lgs. n. 231/2001)¹⁹³ ha determinato una serie di problematiche, attinenti non solo alla parte generale del D.lgs. n. 231/2001, ma anche alla parte speciale del decreto, mettendo a dura prova la tenuta del

¹⁹³ Art. 25-septies, D.lgs. n. 231/2001:

Omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro

“1. In relazione al delitto di cui all'articolo 589 del codice penale, commesso con violazione dell'articolo 55, comma 2, del decreto legislativo attuativo della delega di cui alla legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di salute e sicurezza sul lavoro, si applica una sanzione pecuniaria in misura pari a 1.000 quote. Nel caso di condanna per il delitto di cui al precedente periodo si applicano le sanzioni interdittive di cui all'articolo 9, comma 2, per una durata non inferiore a tre mesi e non superiore ad un anno.

2. Salvo quanto previsto dal comma 1, in relazione al delitto di cui all'articolo 589 del codice penale, commesso con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro, si applica una sanzione pecuniaria in misura non inferiore a 250 quote e non superiore a 500 quote. Nel caso di condanna per il delitto di cui al precedente periodo si applicano le sanzioni interdittive di cui all'articolo 9, comma 2, per una durata non inferiore a tre mesi e non superiore ad un anno.

3. In relazione al delitto di cui all'articolo 590, terzo comma, del codice penale, commesso con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro, si applica una sanzione pecuniaria in misura non superiore a 250 quote. Nel caso di condanna per il delitto di cui al precedente periodo si applicano le sanzioni interdittive di cui all'articolo 9, comma 2, per una durata non superiore a sei mesi”

sistema (dato che prima della L. 123/2007 i reati-presupposto previsti dal Decreto n. 231 erano per lo più dolosi).

In merito all'estensione di responsabilità nel caso in cui venga commesso un reato colposo, bisogna fare riferimento alla disciplina del concorso in materia di reato colposo: la c.d. cooperazione colposa, disciplinata dall'art. 113, c.p.:

“Nel delitto colposo, quando l'evento è stato cagionato dalla cooperazione di più persone, ciascuna di queste soggiace alle pene stabilite per il delitto stesso.

La pena è aumentata per chi ha determinato altri a cooperare nel delitto, quando concorrono le condizioni stabilite nell'art. 111 e nei numeri 3 e 4 dell'art. 112.”

La dottrina¹⁹⁴ sottolinea la necessità di considerare se la società posta al vertice del gruppo abbia espresso o meno una politica aziendale ovvero abbia impartito specifiche direttive alle società appartenenti al gruppo.

Qualora la società controllante non abbia impartito alcuna direttiva di gruppo oppure non abbia predisposto una politica aziendale comune, non sussisterà alcuna responsabilità a norma del D.lgs. n. 231/2001.

Infatti, il Decreto Legislativo n. 231 predispone un sistema che trova il suo baricentro nella c.d. “colpa di organizzazione”, la quale richiede la predisposizione di apposite cautele, che siano adeguate, effettive e idonee di prevenire la commissione di un reato.

In questo caso non sarebbe possibile far rispondere penalmente la società capogruppo per una condotta colposa tenuta dalla controllata, perché altrimenti si violerebbe il principio di personalità della responsabilità penale ex art. 27, comma I, Cost (“*La responsabilità penale è personale*”).¹⁹⁵

¹⁹⁴ O. Di Giovane in G. Lattanzi e AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti, Guida al Dlgs 8 giugno 2001, n. 231*, Giuffrè 2010, cap. I, 133, ss, p.

¹⁹⁵ In materia di cooperazione colposa vige il principio di affidamento, definito come “*limite alla tipicità colposa mono-soggettiva*”; in virtù di questa affermazione si può notare come non si ha l'obbligo di prevenire anche il fatto colposo altrui.

Infatti, le regole cautelari ricadenti su un soggetto non possono estendersi fino al rispetto

Se si sostenesse l'opinione contraria (favorevole all'estensione di responsabilità nel caso in esame) si creerebbe un sistema fondante una sorta di "posizione di protezione"¹⁹⁶ di tipo originario, derivante dal solo dato fattuale (rappresentato dalla posizione ricoperta dalla *Holding* all'interno del gruppo) e non da un obbligo giuridico, determinante una responsabilità fondata su un mero "*versari in re illicita*".

Soluzione questa in totale dispregio di quei requisiti normativi necessari per configurare una posizione di garanzia¹⁹⁷ in capo alla società *Holding* ¹⁹⁸(criterio fondamentale ai fini dell'addebito di una responsabilità colposa per omesso impedimento dell'evento).

delle stesse da parte di altri, per cui ogni soggetto risponderà in relazione alla regola cautelare riferentesi alla sua specifica posizione. È pacifico che la colpa si sostanzia nella violazione di una regole cautelari (positivizzate e non) che prevengono la possibile emersione di eventi dannosi al bene giuridico tutelato (è questa la c.d. "essenza normativa della colpa"). La dottrina si interroga se il principio sopra espresso sia estensibile nelle ipotesi di cooperazione colposa. La risposta è affermativa in tutti quei casi in cui vi sia la consapevolezza della comune violazione di una regola cautelare, ossia se vi sia la concreta consapevolezza in relazione al compimento di un'azione che amplia il dovere di diligenza richiesto fino a ricomprendere il fatto di un terzo, il quale non sarà più considerato come tale, perché il comportamento sarà imputabile anche a questo; ossia il comportamento sarà comune. Nel caso in esame però, non essendo stata predisposta alcuna "politica o direttiva di gruppo non vi è alcun elemento che permetta di ritenere che il fatto commesso dal terzo (ossia da una delle società del gruppo) si sostanzia nella violazione di regole cautelari anche da parte delle altre società del gruppo.

Si potrà quindi concludere affermando che non sussisterà alcuna responsabilità ai sensi del D.lgs. n. 231/2001.

¹⁹⁶ Con la locuzione si intende una posizione volta a "*preservare determinati beni giuridici da tutti i pericoli che possono minacciarne l'integrità, quale che sia la fonte da cui scaturiscano*"; la cit. si rinviene in Fiandaca-Musco, *Diritto*, p.g., 2004, 602, p. come riportato in G. Lattanzi ed E. Lupo, op. ult. Cit., 45, p.

¹⁹⁷ L'obbligo giuridico di impedire l'evento poggia sulla sussistenza di una posizione di garanzia, il cui fondamento risiede nel fatto che ad alcuni soggetti venga affidata la protezione e la salvaguardia di alcuni beni giuridici, stante l'incapacità del titolare di proteggere autonomamente il bene giuridico. L'obbligo giuridico di impedire l'evento non può derivare da comuni regole di diligenza e prudenza (come affermato da Cass. Sez. IV, n. 9311/2003); tale posizione dovrà avere una natura giuridica e fattuale e deve essere volta a impedire eventi del genere di quello verificatosi. Sul punto si veda S. Beltrani in G. Lattanzi ed E. Lupo, *Codice Penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Vol. II, 2010, 42, ss, p.

¹⁹⁸ In tal senso anche E. Scaroina, *Il problema del gruppo di imprese, Societas delinquere potest*, Giuffrè 2006, 244, ss, p.

Infatti, per poter legittimamente fondare una posizione di garanzia è necessario che vi sia una concreta disposizione di legge regolante la posizione del soggetto chiamato a vigilare sulla condotta altrui, la quale si esplicherà attraverso quei poteri-doveri di tipo giuridico e fattuale predisposti al fine di impedire l'evento.

È invece più problematico il caso in cui la società *Holding* abbia espresso una politica di gruppo.

Si potrebbe pensare a una situazione in cui la società posta al vertice del gruppo impartisca una generica politica aziendale, preordinata all'ottenimento di un risparmio di spesa in materia di misure di sicurezza e protezione dei lavoratori.¹⁹⁹

Frequentemente si rinvencono nella prassi politiche societarie fondate sul c.d. “*management by objectives*”. Ancora non si rinviene una definizione univoca del fenomeno, ma esso consiste in un processo attraverso il quale i dirigenti di un'organizzazione stabiliscono obiettivi comuni, definendo le singole responsabilità e i risultati da raggiungere, anche nell'ottica di valutazione dei contributi dei singoli.²⁰⁰

Questo modello di pianificazione dell'attività imprenditoriale deve prevedere e imporre una serie di obiettivi, i quali siano concretamente raggiungibili dalle singole società.

Qualora gli *standard* imposti siano conseguibili solo attraverso attività delittuose, si potrà estendere la responsabilità per il reato commesso anche ai vertici della capogruppo; in questo caso la natura cautelare della colpa potrebbe estendersi fino a ricomprendere eventi in cui non sia direttamente

¹⁹⁹ Il riferimento è a quelle società che operano nell'edilizia o in attività preordinate alla realizzazione di opere.

²⁰⁰ La nozione riportata è rinvenibile in Mosley-Pietri, *Managemnt. Concetti e applicazioni*, Franco Angeli, 2003, 247, ss, p. come riportato in E. Scaroina, ult. Op. cit. sul punto 258, p., nota n. 100

coinvolta la società *Holding*.²⁰¹

La lettura di cui sopra però non sembra meritevole di accoglimento.

Infatti, così ragionando non vi sarebbe alcun collegamento, sotto il profilo della colpevolezza, tra il reato commesso e l'attività esercitata dalla *Holding* e quindi, fare riferimento a una generica politica di risparmio di spesa, non corroborata da alcun oggetto o direttiva specifica, è difficilmente inquadrabile nel meccanismo della cooperazione colposa, poiché "*l'evento*" deve essere "*cagionato dalla cooperazione di più persone.*"

L'ultima ipotesi da prendere in considerazione è quella in cui la società capogruppo impartisca direttive e ordini precisi alle società del gruppo, le quali trovano puntuale esecuzione.

In questo caso la soluzione potrebbe rinvenirsi direttamente all'interno dell'istituto della "cooperazione colposa" ai sensi dell'art. 113, c.p.; in questo caso si dovrebbero valorizzare gli incisi presenti nel comma I ("*l'evento è stato cagionato dalla cooperazione di più persone*") e nel comma II ("*La pena è aumentata per chi ha determinato altri a cooperare nel delitto*").

Si pensi al caso in cui la *Holding*, operante nel settore cantieri mobili, abbia impartito una specifica direttiva, attraverso la quale impartisca alle controllate di non acquistare "elmetti protettivi", anche se negli impianti in cui operano le società vi è un elevato "rischio di caduta" di materiali dall'alto, giustificando la scelta in un'ottica di risparmio di spesa.

Qualora gli strumenti prevenzionistici imposti dal D.lgs. n. 81/2008²⁰² non vengano acquistati dalle società controllate come conseguenza delle direttive provenienti dalla capogruppo, potrà operare il meccanismo di cui all'art. 113, comma I, c.p. poiché, in questo caso, l'evento morte o lesione è dato dalla cooperazione della società controllata e della controllante; queste, di conseguenza, dovranno rispondere del fatto illecito commesso nonché

²⁰¹ Si pensi al caso in cui la *Holding* imponga alle società controllate la realizzazione di opere in una determinata zona del Paese, ma queste potranno unicamente ottenere l'appalto per mezzo della corruzione del funzionario all'uopo incaricato.

²⁰² Il D.lgs. n. 81/2008 costituisce il "T.U. in materia di sicurezza e prevenzione sul lavoro".

sottostare alle relative pene come disposto dall'art. 25-septies, D.lgs. n. 231/2001.

Una soluzione in parte diversa da quelle di cui sopra, invece, si rinviene nel caso di c.d. “gruppo apparente”; in questo caso si “*dà vita a una pluralità di società di capitali, le cui azioni o quote appartengono ai medesimi soggetti, al solo scopo di eludere l'applicazione di norme imperative di legge.*”²⁰³

In questa situazione, di natura eccezionale, la controllante esercita un dominio assoluto nei confronti delle controllate, le quali diventano mere esecutrici delle direttive impartite dalla prima; è un fenomeno caratterizzato da un'elevatissima e significativa ingerenza della *Holding* nell'attività esercitata dalle controllate, tale per cui l'autonomia caratterizzante i singoli enti societari si traduce nell'essere una mera “*fictio iuris.*”

Solo in questa situazione, osserva attenta dottrina,²⁰⁴ gli amministratori della società controllante (o di altra società del gruppo), potranno rispondere direttamente in sede penale insieme alle società nel cui interesse o a cui vantaggio abbiano agito, essendo individuabile uno specifico rapporto “inter-organico” tra gli esponenti della *Holding* e delle controllate.

In conclusione, si può notare come, in materia di responsabilità delle società facenti parte di uno stesso raggruppamento di imprese, gli istituti idonei a fondare la responsabilità degli enti che fanno parte del gruppo sono:

- 1) l'istituto che prevede l'estensione della qualifica formale alla qualifica di fatto ove siano rispettati i requisiti di cui all'art. 2639, c.c.;
- 2) quello del concorso di persone nel reato, ex artt. 110, ss, c.p.,

²⁰³ F. Galgano, *I gruppi di società*, Utet 2001, 199, p., situazione che rileva all'interno del D.lgs. n. 231/2001 come specificato nella “Relazione Ministeriale” al Decreto, ove si riconosce tra le funzioni di controllo di cui all'art. 5, D.lgs. n. 231/2001 il socio non amministratore che dall'esterno guida la politica aziendale ed emana direttive in tal senso.

²⁰⁴ E. Scaroina, *Corruzione e responsabilità nel gruppo di imprese*, in A. Del Vecchio e P. Severino, *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, in Collana di studi Luiss Guido Carli, Dipartimento di Giurisprudenza, Padova, Cedam, 2014, 94-95, p.

meccanismo idoneo a fondare la responsabilità della capogruppo e delle società controllate, aggirando così le problematiche dall'art. 27, Cost., sotto il profilo del divieto di responsabilità per fatto altrui e della responsabilità per fatto proprio colpevole.²⁰⁵

Mentre una conclusione in parte diversa, come visto sopra, si rinviene in caso di “gruppo apparente”.

4.3.1. Segue: Il problema posto dall'art. 4, D.lgs. n. 231/2001

Una questione di fondamentale importanza, che è necessario affrontare quando si analizzano le responsabilità enucleabili all'interno di un gruppo, riguarda le problematiche poste dall'art. 4, D.lgs. n. 231/2001.

L'articolo citato prevede un'estensione di responsabilità per tutti gli enti che hanno la loro sede principale in Italia, i quali commettono un reato all'interno di uno stato estero (si pensi per esempio a una corruzione perpetrata da una società petrolifera al fine di ottenere i permessi di trivellazione in uno stato straniero, oppure al fine di ottenere un appalto per la costruzione di un oleodotto).

Viene così delineato dal Legislatore un criterio di collegamento spaziale tra il reato commesso dall'ente e il territorio in cui questo si consuma, fondato su una sorta di “stato di cittadinanza dell'ente”.

L'art. 4, D.lgs. n. 231/2001 stabilisce che *“Nei casi e alle condizioni previsti dagli articoli 7, 8, 9 e 10 del codice penale, gli enti aventi nel territorio dello Stato la sede principale rispondono anche in relazione ai reati commessi all'estero, purché nei loro confronti non proceda lo Stato del luogo in cui è stato commesso il fatto. Nei casi in cui la legge prevede che il colpevole sia*

²⁰⁵ In questo senso anche E. Scaroina, *Corruzione e responsabilità nel gruppo di imprese*, in A. Del Vecchio e P. Severino, *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, in Collana di studi Luiss Guido Carli, Dipartimento di Giurisprudenza, Padova, Cedam, 2014,

punito a richiesta del Ministro della giustizia, si procede contro l'ente solo se la richiesta è formulata anche nei confronti di quest'ultimo.”.

La *ratio legis* è di dare riconoscimento a fenomeni che trovano un'elevata diffusione a livello criminologico ed evitare qualsiasi elusione della normativa imposta dal decreto n. 231.

A tal fine l'articolo in esame prevede la punibilità incondizionata dell'ente per il reato commesso all'estero²⁰⁶ (anche in ossequio alla graduale affermazione del principio di universalità della giurisdizione in ambito internazionale)²⁰⁷ al ricorrere dei presupposti di cui agli artt. 7, 8, 9, 10, c.p.²⁰⁸ e degli artt. 1, ss, D.lgs. n. 231/2001.

Il limite a questo meccanismo è però dato dall'ultimo inciso dell'art. 4, D.lgs. n. 231/2001: *“Purché nei loro confronti non proceda lo Stato del luogo in cui è stato commesso il fatto”*; in questo caso si vede come sia stata delineata una giurisdizione di tipo residuale dello Stato italiano nell'accertamento del fatto che resta subordinata alla circostanza per cui lo stato in cui il reato si è

²⁰⁶ Utili indicazioni sul punto provengono dalla Relazione Governativa al D.lgs. n. 231/2001, par. 3.1.

²⁰⁷ In forza di tale principio qualsiasi Stato può esercitare la propria giurisdizione sul reo, in deroga ai normali criteri della territorialità e della nazionalità del reo o della vittima; ed è proprio a questo fine che l'art. 4, D.lgs. n. 231/2001 richiama le disposizioni degli artt. 7-10, c.p., poiché, queste, rappresentano una deroga al principio di territorialità.

²⁰⁸ Le disposizioni di cui agli artt. 7-10, c.p. prendono in considerazione il caso del reato commesso all'estero. L'art. 7, c.p. prevede la punibilità del cittadino italiano o dello straniero che commetta all'estero uno dei reati elencati nei numeri 1-5 del comma I (delitti contro la personalità dello stato, contraffazione di sigilli, falsità in monete o in valori o bolli, delitti commessi da un pubblico ufficiale dello stato oppure reati per cui la legge o convenzioni internazionali prevedono l'applicabilità della legge italiana). L'art. 8, c.p. prende in considerazione il caso in cui venga commesso un delitto politico in territorio estero. Se questo non è ricompreso all'interno del n.1 dell'art. 7, c.p. sarà punibile a richiesta del Ministro della Giustizia. Se il delitto è punibile a querela, sarà necessario che questa venga presentata oltre alla richiesta di cui sopra. Gli artt. 9-10, c.p. prendono in considerazione i casi in cui venga commesso un delitto comune del cittadino o dello straniero all'estero. Nel primo caso la punibilità secondo la legge italiana è determinata qualora il soggetto attivo si trovi nel territorio dello stato e che, per il reato commesso, siano previste delle sanzioni elevate in via edittale o comunque dal punto di vista sanzionatorio. Così anche per il secondo caso, dove sono previste condizioni più stringenti qualora il reato venga commesso a danno delle *“comunità europee, di uno stato estero o di uno straniero”* (art.10, comma II, c.p.).

consumato non abbia provveduto al relativo accertamento.

Il comma II dello stesso articolo prevede inoltre che *“nei casi in cui la legge prevede che il colpevole sia punito a richiesta del Ministro della Giustizia, si procede contro l’ente solo se la richiesta è formulata anche nei confronti di quest’ultimo.”*

Secondo tale inciso, ai fini della procedibilità del reato commesso dall’ente (avente la sede principale in Italia) in uno Stato estero, ove la legge preveda la richiesta al Ministro della Giustizia ai fini della procedibilità del reato, questa dovrà essere ottenuta non solo per procedere nei confronti della persona fisica, ma anche per poter agire nei confronti dell’ente nel cui interesse o a cui vantaggio il reato è stato commesso.²⁰⁹

Il Legislatore sembra aver previsto che, in ultima analisi, nel caso in cui venga commesso un reato all’estero l’ente sarà sottoposto alla giurisdizione italiana, se ivi vi abbia la sede principale e quindi se in Italia si è realizzata la lacuna organizzativa che ne fonda il rimprovero ai sensi del D.lgs. n. 231/2001.

Il Legislatore vuole così creare una condizione di “sanità” dell’ente ovunque lo stesso si trovi ad operare.

A questo punto è necessario chiedersi cosa si intenda con la locuzione “sede principale dell’ente”. Il Legislatore fa riferimento al solo luogo di costituzione dell’ente o anche al luogo in cui vengono prese le scelte gestionali rilevanti per la società?

Per la soluzione della questione è utile richiamare un caso recentemente risolto dalla Corte di Cassazione, riguardante un abuso del diritto di stabilimento.²¹⁰

La Cassazione, al fine di evitare *“costruzioni di puro artificio volte ad abusare indebitamente, a fini fiscali, del diritto di libertà di stabilimento”*²¹¹ afferma che vi sono alcuni parametri che indicano se la società sia o meno italiana, al di là della residenza formale.

²⁰⁹ Saranno, in ultima analisi, necessarie due richieste distinte.

²¹⁰ Cass. Sent. n. 43809/2015, c.d. “caso D&G” rinvenibile su www.penalecontemporaneo.it

²¹¹ Sent. ult. Cit., par. 16, cit.

Tale pronuncia indica, come utile parametro volto a verificare se i redditi prodotti all'estero siano "estero-vestiti"²¹², il criterio in forza del quale se il luogo in cui vengono prese le decisioni strategiche della società è in Italia, allora la società sarà sostanzialmente italiana.

In virtù della lettura proposta, ai fini dell'applicabilità dell'art. 4, D.lgs. n. 231/2001, per verificare la "nazionalità" dell'ente non bisognerà attenersi al solo dato formale del luogo di costituzione, ma bisognerà verificare in concreto dove si trova la sede principale della società, ossia quella in cui vengono prese le decisioni strategiche in merito alla gestione e alla direzione della stessa.

Sarà quindi il centro di direzione amministrativa e organizzativa dell'impresa a fondarne la sede principale, anche in relazione al disposto dell'art. 46, c.c., il quale statuisce il principio di effettività "*Nei casi in cui la sede stabilita ai sensi dell'articolo 16 o la sede risultante dal registro è diversa da quella effettiva, i terzi possono considerare come sede della persona giuridica anche quest'ultima.*"²¹³

Tuttavia, l'art. 4 del D.lgs. n. 231/2001 fa riferimento solo al caso in cui il reato venga commesso in uno stato estero da un ente avente la sede principale in Italia.

Il problema che gli interpreti e la giurisprudenza si pongono sul punto è proprio il caso inverso: cosa accade qualora venga commesso in Italia un reato-presupposto della responsabilità dell'ente da parte di una società straniera?

²¹² Ossia non realizzati in Italia e quindi non sottoposti al relativo regime fiscale.

²¹³ I criteri individuati per stabilire la cittadinanza dell'ente e la correlativa normativa applicabile sono: 1) indicazione della sede principale nell'atto costitutivo della società o dagli accordi degli associati o dal luogo di iscrizione nel registro delle imprese; 2) in caso di mancanza delle indicazioni i cui al n. 1) il centro di direzione amministrativa e organizzativa della società; 3) in caso di contrasto tra la sede effettiva e la sede formale prevale il criterio della sede effettiva (opponibile ai terzi). Si veda sul punto D. Fondaroli, *La responsabilità dell'ente straniero per il reato-presupposto commesso in Italia. Le succursali italiane di banche estere*, In rivista 231, 53, ss, p.

*“Ci si chiede, cioè, se l’ente straniero possa essere considerato fra i soggetti destinatari del microcodice e, conseguentemente, punito alla stregua di esso per il caso in cui sia commesso in Italia, dai soggetti indicati all’art. 5, comma 1, lett. a) e b), un reato inserito nel catalogo dei reati presupposto nell’interesse o a vantaggio dell’ente stesso.”*²¹⁴

Tale interrogativo si fa ancora più impellente in materia di gruppi-multinazionali (o transnazionali).²¹⁵

In tali realtà occorrerà domandarsi: cosa accade se *“l’esponente aziendale della Holding con sede all’estero abbia concorso con l’esponente aziendale della controllata con sede in Italia”*²¹⁶ alla commissione di un reato qualificato come presupposto dal Decreto n. 231?

In merito all’applicabilità delle disposizioni del D.lgs. n. 231/2001 alle imprese estere operanti in Italia, si possono evidenziare essenzialmente due orientamenti tra loro contrapposti: il primo è volto ad ammettere rilevanza al fenomeno; mentre il secondo è volto a negare l’ingresso di siffatto meccanismo estensivo della responsabilità all’interno del nostro ordinamento.

Il primo orientamento trova il suo perno in alcune pronunce giurisprudenziali e afferma che le disposizioni del D.lgs. 231/2001 si applichino anche alle imprese straniere operanti in Italia, indipendentemente dal fatto che ivi abbiano o meno la loro sede principale.

Tale affermazione è mutata dalla ord. del Tribunale di Milano, Sez. G.I.P. (Salvini), 27 aprile 2004, c.d. *“Caso Siemens A.G.”*²¹⁷

Il caso faceva riferimento a una società avente la sede principale in Germania ma che svolgeva la propria attività lavorativa all’interno di una *“Associazione*

²¹⁴ E. Stampacchia, *La responsabilità “amministrativa” degli enti con sede all’estero*, in *Diritto penale Contemporaneo*, 2013, cit. 8, p.

²¹⁵ Sui gruppi-multinazionali si veda Cap. 1, ult. Par. del presente lavoro.

²¹⁶ E. Stampacchia, op. ult. Cit., cit. 8, p.

²¹⁷ L’ordinanza è riportata in www.rivista231.it

Temporanea di Imprese” (ATI)²¹⁸ operante in Italia.

In tale vicenda il P.M. richiese l’applicazione di una misura cautelare interdittiva in capo alla società “Siemens”.

La difesa si oppose, denunciando che il provvedimento richiesto dalla procura sarebbe esorbitante rispetto ai limiti territoriali della giurisdizione italiana.

La società “Siemens”, affermò la difesa, era una società tedesca che era sottoposta alla normativa tedesca²¹⁹ in materia di responsabilità degli enti,²²⁰ e concluse affermando che volendo applicare il D.lgs. n. 231/2001 e le relative sanzioni alla società “Siemens” vi sarebbe stata un’evidente violazione del principio di legalità e di territorialità della legge poiché, in assenza di una qualsivoglia disposizione che consentisse di perseguire imprese estere per fatti commessi in Italia, sarebbe equivalso ad affermare che la società è italiana.

La Corte investita della questione affermò come le imprese operanti in Italia *“hanno il dovere di osservare e rispettare la legge italiana e, quindi, anche il d.lgs. 231/2001, indipendentemente o meno dall’esistenza, nel Paese di appartenenza, di norme che regolano in modo analogo la stessa materia.”*

²¹⁸ Con il termine “associazione temporanea di imprese” (o “raggruppamento temporaneo di imprese”) si intende una struttura giuridica in cui più società si uniscono per realizzare congiuntamente un’opera o un affare complesso (come per esempio per la partecipazione a una gara d’appalto, ove le singole società non siano dotate delle necessarie capacità operative, le necessarie competenze e risorse finanziarie richieste dal bando); si consente così il concorso tra più imprese nella realizzazione di un’opera. È questo un fenomeno largamente diffuso a livello internazionale (c.d. “*joint ventures*”). Per evitare distorsioni e allargamenti in tema di responsabilità sovente vengo stipulati i cc.dd. “accordi reciproci di cooperazione” in cui viene predisposta un’offerta congiunta e, spesso, si affida a un’unica impresa (detta “capofila”) il compito di gestire i rapporti con il committente e di coordinare i lavori nella fase di realizzazione dell’opera. Il nostro legislatore recepisce questo stato di cose in alcuni settori attività: art. 6, D.lgs. n. 28/2004 (accordi di cooperazione internazionale per la produzione di opere cinematografiche; art 18, L. n. 613/1967 e art. 12, L. n. 221/1990 (concessioni per la ricerca e coltivazione di giacimenti di idrocarburi e minerali); D.lgs. n. 163/2003 (c.d. “codice degli appalti pubblici”). Sul punto G.F. Campobasso, *Diritto Commerciale. Diritto dell’impresa*, Vol. 1, Utet, 2012, 286-291, p.

²¹⁹ L’impianto normativo, denominato “Owig” 1968, non prevede né sanzioni interdittive né la possibilità di adottare modelli organizzativi aventi efficacia esimente.

²²⁰ Sul punto anche Pernazza, *I modelli di organizzazione ex D.Lgs n. 231/2001 e le società estere: il caso Siemens AG*, in riv. Trim. dir. pen. ec., 2004

Quindi, per i giudici investiti della questione, sussiste la responsabilità della società Siemens per il reato ascrittale.²²¹

Per esemplificare tale concetto la Corte fa riferimento alle norme inerenti alla circolazione stradale.²²² potrebbe accadere che la disciplina sulla circolazione stradale di uno Stato estero non preveda che le autovetture, per circolare, abbiano l'obbligo di essere dotate delle cinture di sicurezza, ma questo non vuol dire che le stesse potranno circolare in Italia, perchè nel nostro ordinamento la dotazione a bordo del veicolo di tali dispositivi di sicurezza è obbligatoria.

Seguendo questo ragionamento, sussisterebbe la regola della "*lex loci*", ossia si dovrebbe osservare la disciplina del luogo in cui l'attività viene svolta.

Su questa linea di tendenza si rinviene anche un'altra giurisprudenza di merito, l'Ord. del Tribunale di Milano, Sez. G.I.P. (Tacconi), 13 giugno 2007.

Secondo tale pronuncia, il D.lgs. n. 231/2001 all'art. 1 sancirebbe l'ambito applicativo della normativa *de quo* sia in positivo che in negativo.

Il D.lgs. n. 231/2001 non prevedrebbe alcuna esclusione di responsabilità per gli enti con sede all'estero; inoltre tali enti sarebbero ricompresi all'interno del comma II dell'articolo in esame, il quale sancisce che le disposizioni del decreto n. 231/2001 si applicano agli enti "*forniti di personalità giuridica e alle società ed associazioni anche privi di personalità giuridica*".

Secondo il provvedimento in esame, il silenzio serbato dall'art. 4, D.lgs. n. 231/2001, in merito all'estensione della giurisdizione italiana nel caso in cui in ente avente sede principale all'estero commetta un reato in Italia, non sarebbe

²²¹ Molti però i dubbi che si potrebbero sollevare in merito all'applicabilità all'estero di sanzioni interdittive. Nel caso di specie la misura *de quo* concerneva il divieto di contrattare con una pubblica amministrazione (ovviamente italiana). Le sanzioni, in ossequio al principio di effettività, potranno valere con riferimento all'attività che viene svolta in Italia, ma ne risulterebbe priva ove la società sposti all'estero lo stabilimento in cui è stato commesso il reato, con conseguente perdita di innumerevoli risorse e possibile investimenti nel nostro paese.

²²² Sul punto anche P. M. Gemelli, *Società con sede all'estero e criteri di attribuzione della responsabilità ex D.Lgs. 231/2001: compatibilità e incompatibilità*, in Rivista 231, 2012, 9, ss, p.

sufficiente a determinare l'incompetenza dei giudici italiani nell'accertamento del fatto.²²³

Anzi, ragionando *a contrario*, dalle osservazioni di cui sopra si potrebbe ricavare il principio “*della sussistenza della giurisdizione dal complesso del sistema normativo*” predisposto dal D.lgs. n. 231/2001.²²⁴

All'uopo la corte richiama gli artt. 34 (“*Per il procedimento relativo agli illeciti amministrativi dipendenti da reato, si osservano le norme di questo capo nonché, in quanto compatibili, le disposizioni del codice di procedura penale e del decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271*”) e 36 del D.lgs. n. 231/2001 (“*La competenza a conoscere gli illeciti amministrativi dell'ente appartiene al giudice penale competente per i reati dai quali gli stessi dipendono. 2. Per il procedimento di accertamento dell'illecito amministrativo dell'ente si osservano le disposizioni sulla composizione del tribunale e le disposizioni processuali collegate relative ai reati dai quali l'illecito amministrativo dipende*”).

Le disposizioni citate rimandano alle norme del codice di procedura penale in merito alla competenza del giudice penale; da ciò si desume come “*la scelta del Governo è stata, dunque, quella di privilegiare il procedimento penale come luogo di accertamento e di applicazione delle sanzioni, collocando l'ente nella stessa condizione dell'imputato.*”²²⁵

In ultima analisi, sancendo il principio generale della competenza del giudice penale, il Legislatore avrebbe previsto che ai fini della determinazione della competenza per l'illecito *de qua* bisogna fare riferimento al *locus* in cui il reato-presupposto sia stato commesso.

Così anche l'Ord. del Tribunale di Milano, Sez. G.I.P., 23 aprile 2009, secondo la quale il criterio secondo il quale si radica la competenza per decidere della responsabilità amministrativa dipendente da reato è il luogo di

²²³ Riporta tale pronuncia anche D. Cerqua, *La responsabilità amministrativa degli enti collettivi: prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Rivista* 231, 2007, 177-185, p.

²²⁴ P. M. Gemelli, *ult. Op. cit.*, cit. 10, p

²²⁵ Rel. Min. al D.lgs. n. 231/2001, cit. 15.

commissione del reato-presupposto e non, invece, nel luogo in cui si trova la “*sede principale*” dell’ente. Quindi l’ente, indipendentemente dal luogo di costituzione, dovrà adeguarsi alla normativa italiana qualora voglia svolgere la sua attività in Italia.

Dalla dottrina, a conferma dell’assunto proposto in giurisprudenza, viene osservato che il D.lgs. n. 231/2001 si basa sul concetto di “colpa di organizzazione” in forza del quale il dovere di prevenzione del reato (c.d. “dovere di diligenza” come alle volte è stato definito) rileva in quanto viene commesso un reato.

Da qui la conclusione per cui qualora un ente straniero volesse operare in Italia dovrà uniformarsi alla normativa vigente all’interno dello Stato italiano, altrimenti “*si attribuirebbe [all’ente] una sorta di auto-esenzione dalla normativa italiana in contrasto con il principio di territorialità della legge, in particolare con l’art. 3 c.p.*”²²⁶

Qualora, dunque, la mancata organizzazione dell’ente abbia reso possibile la realizzazione di un reato in Italia (per il cui accertamento è competente il giudice penale ex artt. 34 e 36, D.lgs. n. 231/2001), si potranno applicare le sanzioni previste dal Decreto Legislativo n. 231.

Il secondo orientamento delineatosi in merito alla questione in esame, propende invece per l’inapplicabilità della normativa predisposta dal D.lgs. n. 231/2001 agli enti operanti in Italia, ma aventi la sede principale all’estero. L’assunto di fondo di questa lettura fa perno sul fatto che “*l’inclusione di questi ultimi [ossia degli enti stranieri] fra i destinatari delle norme del codice della responsabilità amministrativa degli enti potrebbe comportare una sorta di concorrenza sleale fra i Paesi, che finirebbe per allontanare i capitali stranieri e che sembra inaccettabile alla luce dei principi comunitari.*”²²⁷

In virtù di quest’osservazione si determinerebbe una disparità di trattamento

²²⁶ P. M. Gemelli, op. ult. Cit., cit. 10, p.

²²⁷ E. Stampacchia, *La responsabilità “amministrativa” degli enti con sede all’estero*, in diritto penale contemporaneo, 2013, cit. 14, p.

per le imprese estere operanti in Italia che hanno, o meno, nello Stato italiano la loro sede principale.²²⁸

In forza di tale lettura, prevedere la sottoposizione *in toto* delle imprese estere alla normativa predisposta dal D.lgs. n. 231/2001 determinerebbe l'obbligo per le stesse di predisporre una struttura normativa e organizzativa *ad hoc*, giustificata dal solo operare nel mercato italiano,²²⁹ con un conseguente e significativo aggravio economico.²³⁰

Un argomento a sostegno della tesi in esame fa perno sull'art. 8, D.lgs. n. 231/2001, il quale sancisce il principio di autonomia della responsabilità dell'ente.

Viene evidenziato che se l'illecito amministrativo dipendente da reato è unico, quindi lo stesso per persona fisica ed ente, allora bisognerà fare riferimento al criterio della *lex loci*, ossia al luogo in cui l'illecito è stato commesso, indipendentemente dal luogo in cui si trova la sede principale dell'ente.²³¹

Analizzando però le caratteristiche dell'illecito, come disciplinato dal D.lgs. n. 231/2001, si dovrà necessariamente affermarne la natura composita dello stesso, tale per cui la responsabilità dell'ente non si configura come meramente accessoria rispetto a quella della persona fisica, ma è da questa autonoma e distinta.

Avendo il Legislatore del 2001, infatti, predisposto un sistema fondato sulla c.d. "colpa di organizzazione" e accertato che l'illecito ha natura composita, si

²²⁸ È necessario ricordare che la *ratio* e *l'animus* del trattato di Roma (1957), istitutivo della "Comunità Economica Europea" (CEE), oggi "Unione Europea", è la creazione di un mercato unico e unificato a livello europeo, con condizioni di libera concorrenza tra le imprese a parità di condizioni di scambio di prodotti e servizi. Tale condizione di parità di trattamento sarebbe violata tutte quelle volte in cui a una società operante in uno stesso mercato non sarebbero applicabili le stesse condizioni non solo economiche, ma anche normative (in virtù della "parità sostanziale tra i prestatori di servizi europei", in Corte di Giustizia dell'Unione Europea [CGUE] nella sent. 24 gennaio 2002).

²²⁹ Osservazione che si rinviene in Alessandri, *Attività di impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005

²³⁰ Si sottolinea, inoltre, come questo sistema risulterebbe disincentivante per tutte quelle imprese estere che vogliono operare in Italia.

²³¹ E. Stampacchia, op. ult. Cit., 15, ss, p.

dovrà concludere che il “luogo del commesso reato” non è individuabile semplicemente nel luogo ove questo si realizza (o consuma); infatti, la “colpa di organizzazione” e i relativi presupposti dovranno essere valutati in relazione al luogo in cui questa si è verificata, ossia presso la sede principale dell’ente.

Non sussisterebbe così la competenza del giudice italiano per tutte quelle omissioni organizzative realizzate interamente all’estero o presso enti che abbiano la loro sede principale in uno Stato estero.²³²

Infatti, anche qualora fosse redatto un modello da parte di una società straniera, questo non sarebbe passibile di accertamento e valutazione da parte del giudice italiano.

Questo dato sarebbe desunto dal fatto che essendosi la condotta incriminata consumata fuori dal territorio dello Stato italiano, il relativo accertamento sarebbe sottratto alla competenza del giudice italiano; assunto anche confermato dal fatto che il modello organizzativo, ove redatto, dovrà essere validato dalle associazioni di categoria (art. 6, comma III, D.lgs. n. 231/2001) secondo il procedimento delineato dalle disposizioni attuative al decreto n. 231.²³³ Ebbene, anche sotto questo profilo emerge l’incompetenza in ordine all’accertamento del fatto da parte del giudice italiano; questa discenderebbe dal fatto che il modello predisposto dalla società straniera non potrebbe essere sottoposto al “sindacato” di un’associazione di categoria, anche se il modello fosse analogo o coincidente con altri presenti all’interno del sistema.²³⁴

Confermerebbe tale assunto anche l’interpretazione letterale dell’art. 4, D.lgs.

²³² In questo senso anche D. Fondaroli, *La responsabilità dell’ente straniero per il reato-presupposto commesso in Italia. Le succursali italiane di banche estere*, In rivista 231, cit. 55, p. “se la responsabilità dell’ente è autonoma e fondata su un fatto ed una colpa che attengono alla struttura organizzativa dell’ente stesso, questa non può che trovare espressione all’estero, nella sede principale dell’ente, ove vengono decise le politiche aziendali nonché le modalità di organizzazione e gestione dell’attività”

²³³ La questione viene compiutamente affrontata all’interno del capitolo 2 del presente lavoro.

²³⁴ P. M. Gemelli, *Società con sede all’estero e criteri di attribuzione della responsabilità ex D.Lgs. 231/2001: compatibilità e incompatibilità*, in Rivista 231, 2012.

n. 231/2001, interpretazione da privilegiare ai sensi dell'art. 12, Disp. Prel. al Codice Civile,²³⁵ in forza della quale “l'art. 4 d.lgs. 231/2001 disciplina espressamente il caso di reati commessi all'estero da un ente avente sede principale sul territorio italiano, il caso inverso, cioè di un ente con sede principale all'estero, non è disciplinato”²³⁶ e quindi subordinare “la punibilità dell'ente per i reati commessi all'estero al criterio della sede principale [...], il legislatore ha indubbiamente ancorato il luogo e il tempo di commissione dell'illecito dipendente dal reato al luogo in cui si è verificato il difetto di organizzazione, ovvero al luogo in cui avrebbe dovuto essere posto in essere il comportamento alternativo lecito.”²³⁷

Quest'ultima soluzione (alla quale si ritiene di dover aderire) sarebbe più in linea con il principio di legalità e di tassatività previsti in materia penale. Infatti, l'art. 4 del D.lgs. n. 231/2001 non prevedendo alcuna disciplina in merito agli enti con sede principale all'estero, non consentirebbe l'estensione di responsabilità anche a questi ultimi; un siffatto procedimento interpretativo sarebbe fondato su un'analogia *in malam partem*, non ammessa nel nostro ordinamento in forza del combinato disposto degli artt. 25, Cost. e 14, Disp. Prel. al Codice civile.

Quindi, volendo ricercare una soluzione in grado di ovviare a tale conclusione, si potrebbe ipotizzare una novella legislativa al Decreto Legislativo n. 231 che

²³⁵ Art. 12, Cit. “*Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio dalle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore.*”

Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello stato.”

²³⁶ Amodio, *Rischio penale dell'impresa e responsabilità degli enti nei gruppi multinazionali*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen, 2007, cit. 1287, p.

²³⁷ E. Stampacchia op. ult. Cit., cit. 17, p.; in questo senso anche P. M. Gemelli, *Società con sede all'estero e criteri di attribuzione della responsabilità ex D.Lgs. 231/2001: compatibilità e incompatibilità*, in Rivista 231, 2012, 9, ss, p.; D. Cerqua, *La responsabilità amministrativa degli enti collettivi: prime applicazioni giurisprudenziali*, in Rivista 231, 2007, 177-185, p.; E. Scaroina, *Il problema del gruppo di imprese, Societas delinquere potest*, Giuffrè 2006,

preveda la punibilità delle imprese estere per i fatti commessi in Italia.

Un esempio potrebbe trarsi da una disposizione del seguente tenore:

“Le disposizioni del D.lgs. n. 231/2001 si applicano tutti gli enti operanti in Italia, indipendentemente dal luogo in cui gli stessi hanno la loro sede principale, salvo le limitazioni previste dalla legge”; oppure “Il D.lgs. n. 231/2001 obbliga tutti coloro, cittadini o stranieri, che si trovano ad operare nel territorio dello stato” (lettura mutuata dall’art. 3, c.p., ai sensi del quale: “La legge penale italiana obbliga tutti coloro che, cittadini e stranieri, si trovano nel territorio dello stato, salve le eccezioni stabilite dal diritto pubblico interno o dal diritto internazionale. La legge penale italiana obbliga altresì tutti coloro che, cittadini o stranieri, si trovano all’estero, ma limitatamente ai casi stabiliti dalla legge medesima o dal diritto internazionale”).

4.3.2. segue: È configurabile una responsabilità del gruppo estero per il fatto commesso in Italia?

Dopo aver affrontato la questione in merito all’applicabilità dell’art. 4, D.lgs. n. 231/2001 agli enti esteri operanti in Italia, è necessario ora tentare di dare una risposta a un secondo interrogativo: cosa accade se *“l’esponente aziendale della Holding con sede all’estero abbia concorso con l’esponente aziendale della controllata con sede in Italia”*²³⁸ alla commissione di un reato-presupposto previsto dal Decreto Legislativo n. 231?

Visti i limiti applicativi vigenti in materia di estensione di responsabilità al gruppo di imprese, bisogna ora verificare quali siano i rapporti enucleabili all’interno di un gruppo multinazionale (o transnazionale) operante in Italia.

L’appartenenza di società del gruppo *“a distinti ordinamenti giuridici rende ancora più evidente l’inesistenza di rapporti societari, tali da far concepire la*

²³⁸ E. Stampacchia, op. ult. Cit., cit. 8, p.

*capogruppo come titolare di un dovere di vigilare per prevenire i reati commessi dalle controllate straniere.*²³⁹

Si ponga il caso in cui venga commesso in Italia un reato-presupposto della responsabilità dell'ente da parte di una società controllata con sede in Italia, mentre la società capogruppo abbia la sede principale all'estero: la società *Holding alfa*, con sede in Inghilterra, costituisce un fondo nero che verrà utilizzato dalla società controllata *beta*, con sede in Italia, per corrompere un pubblico ufficiale italiano.²⁴⁰

La soluzione della questione non potrà che prendere mosse dall'art. 4, D.lgs. n. 231/2001.

Fermo l'assunto per cui il gruppo non si configura come un unico soggetto giuridico ma come "un'aggregazione derivante dalla sommatoria delle imprese che ne fanno parte" (le quali mantengono una loro distinta e autonoma soggettività giuridica), bisogna affermare che la "sede principale" del gruppo non può essere individuata nel luogo in cui la *Holding* ha stabilito la sua sede; infatti, bisogna parametrare il giudizio, in merito alla nazionalità dell'ente, non con riferimento al gruppo globalmente e singolarmente considerato, ma con riferimento alle singole entità che ne fanno parte.

Sarà quindi necessario fare riferimento alle singole sedi delle società nel cui interesse o a cui vantaggio il reato è stato commesso.²⁴¹

Riferendosi al caso prospettato, qualora sia ravvisabile un concorso nel reato tra un esponente della società "*Alfa*" e un esponente della società "*Beta*", solo nei confronti della seconda sarà possibile muovere un addebito di responsabilità; invece non si potrà procedere nei confronti della prima stante, allo stato normativo attuale, la mancanza di un criterio che consenta di

²³⁹ E. Stampacchia, op. ult. Cit, cit. 8, p.

²⁴⁰ Non rileva, quindi, il caso in cui l'ente abbia la propria sede principale all'estero e il reato sia stato commesso all'estero. In questo caso non sussiste alcun criterio di collegamento idoneo a fondare la competenza del giudice italiano.

²⁴¹ Sulla tematica sempre E. Stampacchia, op. ult. Cit. 17, ss, p.; Amodio, op. ult. Cit. 1288, ss, p.; Cerqua, op. ult. Cit. 177, ss, p.

estendere le disposizioni di cui al D.lgs. n. 231/2001 alle società non aventi la loro sede principale in Italia.²⁴²

La dottrina si è interrogata su quali siano i possibili rimedi normativi alla situazione qui in esame, foriera, come visto, di un vuoto normativo sicuramente non irrilevante.

Un'indicazione si potrebbe ricavare dal sistema inglese, il quale ha recentemente approvato un testo normativo (il "*Bribery Act*" del 2010) applicabile anche alle società non inglesi che svolgano la propria attività (o parte di questa) nel Regno Unito, prescindendo dal luogo di costituzione dell'ente e dal *locus commissi delicti*.²⁴³

Attraverso il provvedimento citato, l'ordinamento britannico ha aggiornato la normativa in materia di corruzione, ritenuta ormai troppo lacunosa e inadeguata dalla "*Organization for Economic Co-operation and development* (OECD)."²⁴⁴

²⁴² A una diversa conclusione, invece, si perviene qualora si consideri il reato commesso all'estero da una società appartenente a un gruppo avente la sede principale in Italia. In questo caso la società risponderà, secondo la legge italiana, qualora venga dimostrato il concorso di un esponente della stessa nell'illecito commesso in tutto o in parte all'estero; mentre se il reato viene commesso in Italia si dovrà concludere per la completa competenza e giurisdizione del giudice italiano. Situazione dove inoltre non bisognerà sottovalutare i problemi collegati al principio del *ne bis in idem* (garantito anche all'interno della normativa CEDU, art. 4, protocollo n. 7), poiché potrebbe accadere che una società venga perseguita per uno stesso fatto in più stati. Sulle problematiche qui esposte si veda A. Scarcella, *La internazionalizzazione della responsabilità da reato degli enti*, in *Rivista* 231, 2016, 1-8, p.

²⁴³ D. Fondaroli, *La responsabilità dell'ente straniero per il reato-presupposto commesso in Italia. Le succursali italiane di banche estere*, in *rivista* 231, 54-55, p. e O. Faggiano, *La responsabilità delle imprese nel UK BRIBERY ACT: prime riflessioni su strategie di compliance e implicazioni per le società italiane*, in *rivista* 231, 2011, 21-28, p.

²⁴⁴ L'impianto normativo predisposto dal provvedimento citato prevede una responsabilità penale dell'impresa basata su una "*strict-liability*" (ossia una responsabilità diretta e immediata della società) per mancanza dell'adozione delle misure prevenzionistiche in materia di corruzione. La *Section 8* prevede che la società risponde per le azioni commesse per suo conto da persone alla stessa collegate ("*associated person*"); tra queste e la società non è necessario che intercorra un rapporto contrattuale né che l'impresa eserciti un grado di controllo sulla persona che agisce. È necessario, alla luce del provvedimento in esame, valutare tutte le circostanze del caso concreto e i criteri di collegamento sostanziali tra il soggetto agente e l'impresa.

L'aspetto più significativo del "*Bribery Act*" è la sua extra-territorialità.

Le previsioni in esso contenute si applicano non solo alle società inglesi operanti nel Regno Unito ma anche nei confronti di quelle non operanti in questo Stato, nonché si applica anche alle società non inglesi che svolgano la propria attività nel Regno Unito (indipendentemente dal luogo di costituzione e dal luogo il cui viene commesso il reato).

Alla luce di tali indicazioni, nel caso in cui vi sia una società italiana operante in Inghilterra (per esempio attraverso una propria società controllata o nel caso in cui vi operi mediante agenti, distributori o raggruppamenti temporanei di imprese) si può "*ipotizzare l'applicazione delle previsioni del Bribery Act e l'eventuale sottoposizione alle indagini da parte degli organi di Polizia Giudiziaria per conto delle agenzie investigative britanniche.*"²⁴⁵

Si pensi al caso in cui vi sia una società con sede in Italia ma facente parte di un gruppo con sede in Inghilterra; stante il meccanismo applicativo predisposto dal *Bribery Act*, si potrà ipotizzare come le relative sanzioni saranno irrogate, a seguito dell'accertamento della responsabilità per il reato commesso, non solo nei confronti della capogruppo, ma anche nei confronti della società controllata (ossia la società italiana) qualora il reato si sia realizzato nell'ambito dell'attività da questa svolta.

In ossequio alle disposizioni previste dal *Bribery Act* e dal D.lgs. n. 231/2001 la società dovrà così fornire la prova di aver predisposto un sistema di prevenzione e protezione adeguato, volto a prevenire i reati della specie di quello verificatosi e in linea con le normative citate.²⁴⁶

Secondo quanto previsto dal testo di legge in esame, la società non è ritenuta responsabile per le azioni dei soggetti che operano per conto della stessa, qualora riesca a dimostrare di aver adottato delle procedure adeguate ("*adequate procedure*") al fine di prevenire i reati di corruzione attiva, passiva, nonché di corruzione commessa nei confronti tanto dei soggetti privati che pubblici.

²⁴⁵ O. Faggiano, op. ult. Cit., cit. 27, p.

²⁴⁶ Si veda come in questo caso la società italiana dovrà andare a parametrare le proprie procedure di *compliance* non solo ai fini della normativa di cui al D.lgs. n. 231/2001 ma anche ai fini del testo di legge britannico. Sarà così necessario un ripensamento del modello

In ultima analisi si può osservare come il sistema e i problemi posti dall'art. 4, D.lgs. n. 231/2001 sarebbero arginabili attraverso un intervento del Legislatore, il quale pare ad oggi più che mai necessario.

Un intervento del Legislatore sul punto avrebbe il pregio di evitare facili elusioni delle disposizioni del D.lgs. n. 231/2001 e consentirebbe di evitare rigide preclusioni in ordine alla perseguibilità di reati commessi in Italia.²⁴⁷

4.4. Il mancato riconoscimento della responsabilità immediata e diretta del gruppo: tra tutela dei principi costituzionali e problematiche criminologiche

In merito alle responsabilità che si possono riconoscere e che residuano all'interno di un gruppo di imprese ai sensi del D.lgs. n. 231/2001, è sicuramente da condividere il ragionamento seguito dalla Corte di Cassazione. È questa, infatti, una soluzione interpretativa rispettosa dei principi costituzionali vigenti in materia penale: far rispondere sempre e comunque la società capogruppo per un reato commesso da una società controllata (o per un'omissione organizzativa della stessa) equivarrebbe a fondarne una responsabilità contrastante con il principio di personalità della responsabilità penale.

L'osservazione che però si ritiene a questo punto di dover fare è che i principi applicabili all'interno della legislazione penale, enucleabili dalla carta costituzionale, sono ritagliati sull'agire delle persone fisiche e non su quello

organizzativo della società che tenga conto delle specificità provenienti dalla legge straniera applicabile.

²⁴⁷ Un esempio potrebbe essere tratto dall'art. 3, L. n. 146/2006 il quale richiede che ai fini del riconoscimento della transnazionalità di un reato, è indispensabile il coinvolgimento di un "gruppo criminale organizzato", ossia di una struttura dotata di un minimo di organizzazione, la non occasionalità o estemporaneità, la costruzione in vista del perseguimento di un vantaggio finanziario o materiale. In A. Astrologo, *La giurisprudenza della cassazione a sezioni unite in materia di transnazionalità. I (possibili) riflessi in tema di responsabilità degli enti*, in *Rivista* 231, 121 – 127p.

delle persone giuridiche o delle società.

Non è irrilevante come il varo della Costituzione sia avvenuto nell'ormai lontano 1948, in uno Stato a economia prevalentemente agricola, dove le uniche grandi imprese esistenti erano il portato dello sforzo bellico di pochi anni precedente. Un sistema ancorato a precisi valori, frutto della resistenza alle forze nazi-fasciste, che si traducono in grandissime e splendide affermazioni di principio come *“La repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”* (art. 2, Cost.).

Dopo sessantotto anni dall'entrata in vigore della Costituzione la cultura, il modo di vivere e i valori della Repubblica sono inevitabilmente cambiati.

Tra questi l'abbandono del brocardo *“Societas delinquere non potest”* è di fondamentale importanza, perchè conferma l'acquisita consapevolezza da parte del Legislatore del 2001 che non solo le persone fisiche, ma anche le persone giuridiche e le società sono capaci di delinquere.

La “pratica” sembra mostrare sempre più di frequente come l'attività imprenditoriale riesca a “trapassare” le maglie del diritto penale, riuscendo a elaborare nuovi metodi per eludere le norme regolanti l'attività d'impresa.

È questa una situazione difficilmente contrastabile solo per mezzo dell'attività ermeneutica del giudice; qualora si riuscissero a elaborare nuovi principi, valevoli per un “moderno diritto penale delle società”, si potrebbe concepire il gruppo come un'unica entità e non solo come frutto dell'aggregazione di più imprese tra loro distinte.

Quindi, allo stato, l'unica soluzione possibile è quella seguita dalla Suprema Corte di Cassazione, la quale però si pone come fonte di alcune lacune a livello di disciplina.²⁴⁸

²⁴⁸ E. Scaroina, *La responsabilità del gruppo di imprese ai sensi del D.lgs. n. 231/2001: problemi risolti e questioni aperte*, in *Rivista del diritto commerciale del diritto generale delle obbligazione*, Vol. 1, 2013, 36-38, p.

Quali saranno per esempio le sanzioni applicabili in capo alla società capogruppo qualora sia ravvisabile un concorso nel reato commesso dalla controllata?

In merito alle sanzioni applicabili il D.lgs. n. 231/2001 stabilisce all'art. 10 che “*Per l'illecito amministrativo dipendente da reato si applica sempre la sanzione pecuniaria*”, la quale dovrà essere determinata dal giudice, ai sensi dell'art. 11, D.lgs. n. 231/2001, tenendo conto:

- 1) del grado della responsabilità dell'ente;
- 2) della gravità del fatto;
- 3) dell'attività svolta per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto e per prevenire la commissione di ulteriori illeciti.

Una problematica che, a parere di chi scrive, pare enucleabile con riferimento all'irrogazione della sanzione pecuniaria consiste nella necessità di considerare, ai fini della commisurazione, il grado della colpa. Questa comunemente dovrà essere valutata facendo riferimento al contributo e all'intensità del coinvolgimento dell'ente nell'illecito.²⁴⁹

Si vuole evidenziare come sarà particolarmente difficile, per il giudice, valutare il “grado” o il “contributo” della *Holding* nel reato perpetrato dalla società controllata, tutte quelle volte in cui l'autore del reato non sia stato individuato ai sensi dell'art. 8, D.lgs. n. 231/2001.

Infatti, risulterebbe quasi impossibile ricostruire la posizione dei soggetti attivi all'interno degli organigrammi aziendali e inoltre sarebbe impossibile identificare le relazioni intercorrenti tra l'esponente della controllata e la *Holding*.

Il tutto si ripercoterebbe nell'irrogazione di una sanzione svincolata dalla valutazione dei requisiti di cui all'art. 11, D.lgs. n. 231/2001 e finirebbe per risolversi in una semplificazione probatoria, fondata nuovamente sulla mera

²⁴⁹ A. Presutti e A. Bernasconi, *Manuale della responsabilità degli enti*, Giuffrè, 2013, 182-184, p.

appartenenza dell'ente a un'impresa di gruppo.

Ancora, all'art. 13 del D.lgs. n. 231/2001 indica quali siano i criteri per poter applicare le sanzioni interdittive di cui all'art. 9, comma II, D.lgs. n. 231/2001:

- 1) devono essere espressamente previste in relazione al reato commesso;
- 2) l'ente deve aver tratto dal reato un profitto di rilevante entità e il reato è stato commesso da un apicale o da un sottoposto (il fatto illecito in questo caso deve essere stato determinato o agevolato da gravi carenze organizzative);
- 3) nel caso in cui vi sia una reiterazione degli illeciti (ai sensi dell'art. 20, D.lgs. n. 231/2001).²⁵⁰

In merito ai criteri di scelta delle sanzioni interdittive interviene poi l'art. 14, D.lgs. n. 231/2001 ai sensi del quale *“Le sanzioni interdittive hanno ad oggetto la specifica attività alla quale si riferisce l'illecito dell'ente. Il giudice ne determina il tipo e la durata sulla base dei criteri indicati nell'articolo 11, tenendo conto dell'idoneità delle singole sanzioni a prevenire illeciti del tipo di quello commesso.”* Specifica la Relazione Ministeriale al Decreto Legislativo n. 231 che *“Le sanzioni, per quanto possibile, devono colpire il ramo di attività in cui si è sprigionato l'illecito, in omaggio ad un principio di economicità e di proporzione. La necessità di questa selezione - conviene ripeterlo - deriva proprio dalla estrema frammentazione dei comparti produttivi che oggi segna la vita delle imprese ed è inoltre destinata a rivelarsi preziosa in sede di disciplina della sorte delle sanzioni interdittive applicate nei confronti degli enti soggetti a vicende modificative.”*²⁵¹

Come indicato dal Decreto n. 231 e come chiarito dalla relazione, nel caso in cui venga applicata una sanzione interdittiva, questa dovrà riferirsi alla specifica attività dell'ente in cui è stato realizzato l'illecito.

Difficile in questo caso parametrare tale disposizione con il fenomeno del

²⁵⁰ Art. 20, D.lgs. n. 231/2001. *“Reiterazione di illeciti. Si ha reiterazione di illeciti quando l'ente, già condannato in via definitiva almeno una volta per un illecito dipendente da reato, ne commette un altro nei cinque anni successivi alla condanna definitiva.”*

²⁵¹ Rel. Min. al D.lgs. n. 231/2001 rinvenibile su www.codice231.com

gruppo di società, all'interno del quale sovente accadrà che l'attività svolta dalla società controllata e quella svolta dalla *Holding* siano diverse²⁵² (mentre la questione non si pone qualora l'attività esercitata dalla controllante e dalle controllate sia la medesima).²⁵³

In questo caso *quid iuris?* Quale sanzione dovrà essere applicata alla società capogruppo?

Appare necessario una presa di posizione del Legislatore sul punto, anche per evitare che la lacuna possa ingenerare meccanismi distorsivi, tali per cui si finisca per applicare la sanzione più grave (l'interdizione dall'esercizio dell'attività, ex art. 9, comma II, lett. a), D.lgs. n. 231/2001) alla società che esercita l'attività di direzione e coordinamento.²⁵⁴

In questo caso si può sottolineare come sovente l'attività esercitata dalla capogruppo non sia assimilabile a quella svolta dalla controllata e, quindi, non meritevole di sanzione, non essendosi il reato realizzato nel contesto di tale attività.

Infine, si deve notare la necessità di meccanismi idonei a fondare la responsabilità dell'ente in sede penale, come quella oggi predisposta dal D.lgs. n. 231/2001.

Il *punctum dolens*, in ultima analisi, può essere individuato nella circostanza per cui il sistema predisposto dal Legislatore del 2001 risulta strutturato “*sulla commissione del reato da parte di un unico soggetto (apicale o sottoposto)*”

²⁵² Si pensi al caso in cui l'attività della controllata consista nella produzione di beni, mentre quella della controllante consista nella gestione delle partecipazioni azionarie.

²⁵³ Il fenomeno viene analizzato da E. Scaroina, *La responsabilità del gruppo di imprese ai sensi del D.lgs. n. 231/2001: problemi risolti e questioni aperte*, in *Rivista del diritto commerciale del diritto generale delle obbligazione*, Vol. 1, 2013, 37-38, p.

²⁵⁴ E. Scaroina, *Il problema del gruppo di imprese, Societas delinquere potest*, Giuffrè 2006, 214-216, p. e sempre E. Scaroina, op. ult. Cit.. L'autrice sul punto fa riferimento alla sentenza del G.U.P. del Trib, Milano, 26.02.2007, in cui il giudice affermò che vista la natura della capogruppo e i molteplici settori in cui la stessa operava, non essendo possibile limitare l'interdizione dell'esercizio dell'attività a specifici settori, si doveva concludere per l'irrogazione della sanzione all'intera attività esercitata; soluzione qualificata come estrema, iniqua e del tutto ingiustificata.

nell'ambito di un ente singolarmente considerato e si presta quindi a generare fenomeni di moltiplicazione indifferenziata delle responsabilità in caso di collegamento societario o negoziale, senza apprestare adeguati meccanismi di raccordo tra le diverse posizioni (individuali o collettive) e il corrispondente trattamento sanzionatorio."²⁵⁵

È necessario che l'ordinamento italiano si renda conto che l'angolo di visuale non dovrà essere limitato solo sull'ente singolarmente considerato; è necessario che il Legislatore acquisisca una compiuta consapevolezza in merito alla diffusione del fenomeno del raggruppamento di imprese in Italia e nel mondo, e come, correlativamente, l'ente non possa più essere considerato come entità isolata e autonoma; quest'ultimo trae nuova "linfa vitale" dalle relazioni che riesce a instaurare con altre realtà societarie, inserendosi in contesti sempre più ampi e complessi.

Una possibile soluzione ai problemi affrontati potrebbe essere quella di predisporre una specifica disposizione in materia di responsabilità delle società attraverso una disciplina specifica in materia di illeciti commessi nel contesto di gruppo, la quale sia comunque rispettosa del principio di libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41, Cost..²⁵⁶

Gli interventi in materia dovranno sicuramente prendere atto dei dirompenti cambiamenti e delle questioni che si sono poste e continueranno a porsi nei contesti di gruppo in seguito all'abbandono del brocardo "*Societas delinquere non potest*".

²⁵⁵ D. Piva, *Concorso di persone e responsabilità dell'ente: vuoti normativi, incertezze giurisprudenziali e prospettive di riforma*, in *Archivio Penale* 2016, n. 1, Cit. 34, p.

²⁵⁶ Art. 41, Cost:

"L'iniziativa economica privata è libera.

Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.

La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali."

Conclusioni

Dallo studio condotto, si è giunti alla conclusione che il gruppo di società non può rispondere autonomamente ai sensi del D.lgs. n. 231/2001.

Questo è un diretto corollario del riconoscimento della natura sostanzialmente “penale” della responsabilità prevista in materia di criminalità di impresa dal Legislatore del 2001 e delle conseguenze che tale principio irradia all’interno del nostro sistema, valido sia per le persone fisiche sia per le persone giuridiche.

Una conclusione che si palesa come rispettosa dei principi costituzionali vigenti in materia penale; principi che però sono ritagliati sull’agire delle persone fisiche e non su quello delle persone giuridiche o delle società.

A parere di chi scrive, alla luce della situazione normativa e giurisprudenziale oggi vigente, sono due le problematiche che paiono emergere dallo studio effettuato:

- 1) il mancato riconoscimento del gruppo come autonomo soggetto di diritto all’interno del D.lgs. n. 231/2001 e
- 2) la formulazione dell’art. 4, D.lgs. n. 231/2001 e i vantaggi conseguenti per i gruppi e le società con sede all’estero operanti in Italia.

In merito al primo punto è necessario sottolineare come l’approccio personalistico mutuato dall’art. 27, Cost. presenta indubbi vantaggi per le organizzazioni complesse, poiché consente loro di mantenere inalterata la struttura organizzativa, le regole vigenti al loro interno e il sistema dei rapporti di potere. Tale situazione è frutto di una logica accusatoria volta a individuare le singole responsabilità, omettendo però di analizzare le strutture e i centri di potere vigenti all’interno delle organizzazioni complesse.

Si presenta quindi necessaria una modifica al D.lgs. n. 231/2001 volta a specificare i criteri di imputazione e le sanzioni irrogabili in caso di reati commessi all’interno di un contesto organizzativo complesso, come quello dei

gruppi di società.

Il D.lgs. n. 231/2001 sconta un *deficit* di determinatezza rilevante in merito alla definizione di gruppo, inteso come attività di direzione e coordinamento ai sensi degli artt. 2497, ss, c.c.. Nulla vieta però al Legislatore di elaborare criteri di imputazione ulteriori e diversi rispetto a quelli previsti dall'art 5, D.lgs. n. 231/2001, attraverso la valorizzazione delle connessioni che si instaurano all'interno delle organizzazioni complesse, rilevando i vantaggi concretamente conseguibili dal gruppo in quanto tale.

Tale situazione però non può più essere lasciata alla giurisprudenza poiché è compito del Legislatore dover prevedere i casi in cui un ente può essere considerato responsabile per un fatto costituente reato e legittimare l'irrogazione delle sanzioni ad esso connesse (ai sensi dell'art. 2, D.lgs. n. 231/2001).

Si potrebbe a tal fine pensare a una disposizione simile a quella inserita all'interno del "Progetto Grosso" secondo la quale *"Se il fatto è commesso nell'ambito di un'attività sottoposta alla direzione o al coordinamento da parte di un'altra persona giuridica, la responsabilità ai sensi di questo titolo si estende alla persona giuridica che esercita la direzione e il coordinamento, se il fatto è commesso nell'interesse o vantaggio di quest'ultima."*²⁵⁷ Tale soluzione non si addentra nelle problematiche definitorie di un fenomeno complesso e difficilmente cristallizzabile in pochi enunciati, ma potrebbe essere un buon bilanciamento tra i principi di tassatività, determinatezza e personalità della responsabilità penale (anche se, forse, una norma definitoria in materia di gruppi potrebbe risolvere molti nodi problematici).

In merito al secondo punto è necessario un intervento del Legislatore per colmare quelle lacune di disciplina che più volte si sono richiamate nel presente lavoro, al fine di far rispondere le società facenti parte di un gruppo

²⁵⁷ La disposizione del Progetto citato è rinvenibile in E. Scaroina, *Il problema del gruppo di imprese, Societas delinquere potest*, Giuffrè 2006, cit. 218, p.

in relazione al reato commesso in Italia o all'estero.

La mancanza di una norma volta a estendere le disposizioni del D.lgs. n. 231/2001 anche alle società estere operanti in Italia si presenta oggi come un vuoto normativo intollerabile, anche con riferimento alle problematiche connesse ai gruppi multinazionali, determinante un *vulnus* alla tenuta del sistema general-preventivo in materia di criminalità d'impresa.

Anche qui potrebbe ipotizzarsi una novella al D.lgs. n. 231/2001 del seguente tenore: *“Le disposizioni del D.lgs. n. 231/2001 si applicano a tutti gli enti operanti in Italia, indipendentemente dal luogo in cui gli stessi hanno la loro sede principale, salvo le limitazioni previste dalla legge.”*

Riferendosi specificatamente ai gruppi, si potrebbe prospettare una soluzione normativa in un'ottica comparatistica, mutuando le soluzioni elaborate sul punto dall'ordinamento anglosassone attraverso il *“Bribery Act”* del 2010.

Il testo normativo citato prevede un'estensione di responsabilità per il reato commesso dal gruppo estero nel Regno Unito, ipotizzando una disposizione del tipo: *“Se il fatto è commesso in Italia nell'ambito di un'attività sottoposta alla direzione o al controllo da parte di persona giuridica straniera, la responsabilità, ai sensi del presente decreto, si estende alla persona giuridica che esercita la direzione e il coordinamento, indipendentemente dal luogo di costituzione”*.

Sono ancora molte e impegnative le sfide che attendono la nostra giurisprudenza nel settore della responsabilità delle persone giuridiche con riferimento specifico ai gruppi di società, settore che chiama prepotentemente in causa principi di rilievo costituzionale, come quello di personalità della responsabilità penale e quello della libertà di iniziativa economica privata; una situazione che induce a interrogarsi su quale sia il corretto bilanciamento di tali principi, quali siano le loro interazioni e quali i loro eventuali limiti.

Un compito che forse il Legislatore demanda con troppa facilità alla magistratura, ma chissà se i tempi non siano ormai maturi per un'espressa presa di posizione sul tema.

Note Bibliografiche

- Abbadessa G., *La responsabilità degli enti*, in Diritto penale contemporaneo, 2007
- Abbadessa P., *La responsabilità della capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in Banca, borsa e titoli di credito, 2008, 279 – 292, p.
- Alberti G. B., *Fondamenti aziendalistici della responsabilità degli enti ai sensi del D.lgs. 231/2001*, in Le società, 2002, 540 p.
- Amato G., *L'attribuzione della responsabilità amministrativa ex D.Lgs. 231/2001 all'interno dei gruppi d'impresa*, in Rivista 231, 2015, 163 – 177, p.
- Amodio E., *Rischio penale dell'impresa e responsabilità degli enti nei gruppi multinazionali*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen, 2007, 1288-1299, p.
- Assonime, *La responsabilità 231 nei gruppi di impresa: la prima pronuncia della Corte di Cassazione*, in www.assonime.it, 2011
- Assumma F., *La responsabilità amministrativa degli enti nei gruppi d'impresa: problemi e prospettive*, in Rivista 231, n.3, 2011, 7 – 16, p.
- Astrologo A., *La giurisprudenza della cassazione a sezioni unite in materia di transnazionalità. I (possibili) riflessi in tema di responsabilità degli enti*, in Rivista 231, 121 – 127, p.
- Barbetta G., Piga C., Vivarelli M., *il fenomeno dei gruppi di imprese in Italia: n.6*, in quaderni di politica industriale, 1996
- Bastia P., *Implicazioni organizzative e gestionali della responsabilità amministrativa delle società*, in, AA.VV. ; in *societas puniri potest., La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Cedam, 2003
- Beltrani S., *La responsabilità da reato nell'ambito dei gruppi di società (commento a Cass. Pen., sez. V, sent. n. 24583 del 17.11.2010 – 20.06.2001)*, in Rivista 231, 2012, 137-144, p
- Beltrani S., *La responsabilità da reato nell'ambito dei gruppi di società*, in Rivista 231, 2011, 137 – 143, p.
- Bevilacqua F. C., *Responsabilità da reato ex Dlgs. N. 231/2001 e gruppi di società*, Milano, EGEEA, 2010, in collana di diritto penale dell'economia, Vol. 10
- Boidi M. e AA.VV., *La disciplina dei gruppi di impresa e il rapporto con il D.lgs. n. 231/2001, anche alla luce della recente sentenza della Corte di Cassazione*, in Rivista 231, 2012, 183-202, p.

- Bussoletti M. e La Marca M., *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, In rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, 2010, N.1, 66 – 148, p.
- Campobasso G. F., *Diritto Commerciale. Diritto dell'impresa*, Vol. I, Utet, 2012, 286-291, p.
- Campobasso G. F., *Diritto commerciale, Vol II, Diritto delle società*, Utet, 2014
- Campobasso G. F., *Diritto commerciale Vol. III, contratti, titoli di credito, procedure concorsuali*, Utet, 2012, 437 – 448, p.
- Cardani C., *Spunti di riflessione applicativi a partire dall'ordinanza del tribunale di Milano del 20 dicembre 2004*, in Rivista 231, 2006.
- Cecchi M., *Aggregazioni, gruppi e bilancio consolidato*, Milano, Angeli, 2010, in collana di studi economico aziendali Alberto Mirabelli, Fasc. 43
- Cerqua D., *La responsabilità amministrativa degli enti collettivi: prime applicazioni giurisprudenziali*, in Rivista 231, 2007, 177-185, p.
- Cerqua L. e AA.VV., *Diritto penale delle società: profili sostanziali e processuali*, CEDAM, 2014
- Chiametti G., *Gli effetti del D.lgs. n. 231/2001 si allargano sempre più a macchia di leopardo. È interessata la società capogruppo, la ditta individuale e il professionista*, in Rivista 231, 2012, 43-48, p.
- Cirri L. e AA.VV., *La responsabilità penale dell'impresa*, Napoli, Jovene, 2009
- Conti P., *Responsabilità penale degli amministratori e politiche di gruppo*, Riv. Trim. Dir. Pen. Ec. 1995, 435-455, p.
- Corso S. M., *Codice della responsabilità da reato degli enti – annotato con la giurisprudenza*, II ediz., Giappichelli, 2014, XIII – 566, p.
- D' Avirro A. e Di Amato A., *La responsabilità da reato degli enti*, Volume 10, 2009, 152-153, p.
- De Francesco G. A., *Gli enti collettivi: soggetti dell'illecito o garanti dei precetti normativi?*, in dir. Pen. Proc., 2005, 753 ss., p.
- De Nicola A., Rotunno I. e Gargano C., *Holding soggette agli obblighi del D.lgs. n. 231/2001: Corte di Cassazione, sentenza n. 24583/2011*, in Corporate Law Alert, a cura del centro studi del dipartimento italiano di corporate, 2011
- De Simone F., *I profili sostanziali della responsabilità amministrativa degli enti*, in AA.VV., Societas, Milano, 2002
- De Vero G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè,

2008

- Di Giovine O., *La responsabilità degli enti: un rapporto controverso*, in A. Manna, in *Diritto e Impresa*, Giuffrè, 2004, 423 – 568, p.
- Di Majo A., *I gruppi di società: responsabilità e profili concorsuali*, Milano, Giuffrè, 2012, in *il nuovo diritto societario*, Vol. XIII, 183, p.
- Faggiano O., *La responsabilità delle imprese nel UK BRIBERY ACT: prime riflessioni su strategie di compliance e implicazioni per le società italiane*, in *rivista 231*, 2011, 21-28, p.
- Fiandaca G. e Musco E., *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli Editore, 2014
- Fiorella M., *La responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche nei gruppi di società*, *Annali*, 2013, Vol. 15, 579-611, p.
- Foffani L., *I gruppi di società e il conflitto di interessi, profili penalistici*, in AA.VV. *gruppi di società* Giuffrè 1996, Vol II, (1249), 429 – 440, p.
- Fondaroli D., *La responsabilità dell'ente straniero per il reato-presupposto commesso in Italia. Le succursali italiane di banche estere*, In *rivista 231*, 49 – 60, p.
- Fossati E., *Direzione e controllo nei gruppi aziendali*, Milano, 1990
- Galgano F., *I gruppi di società*, Utet 2001
- Galgano F., *Le società in genere, le società di persone, e società di capitali, i gruppi di società, il fallimento e le altre procedure concorsuali, indici generali*, VOL. IV, Cedam 2015
- Gemelli P. M., *Società con sede all'estero e criteri di attribuzione della responsabilità ex D.Lgs. 231/2001: compatibilità e incompatibilità*, in *Rivista 231*, 2012, 9 – 20, p.
- Giarda A. e AA.VV, *Responsabilità penale delle persone giuridiche*, in edizione 231, Ipsoa, 2007
- Gilotta S., *Interesse sociale, interesse di gruppo e interesse collettivo nella regola sulla responsabilità per abuso di direzione unitaria*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2014, 41, 176 – 214, p.
- Giovannini S., *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, in *quaderni di Giur. Comm.* 366-406 p., Giuffrè, 2007
- Giovannini S., *Responsabilità della capogruppo, vantaggi compensativi e onere della prova*, in *Riv. di Dir. Dell'impresa*, 2009, 366 – 406, p.
- Jorio A., *I gruppi*, In *La riforma delle società, profili della nuova*

- disciplina, a cura di S. Ambrosini, Torino, 2003
- Lattanzi G. e AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti, Guida al Dlgs 8 giugno 2001, n. 231*, Giuffrè, 2010
 - Lattanzi G. e Lupo E., *Codice Penale, rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Vol. II, 2010, 42, ss, p.
 - Lecis U., *L'organismo di vigilanza nei gruppi di società*, in Rivista 231 n.2, 2006
 - Maiello V., *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. Ec., 2002, 881-914, p.
 - Manes V., *Principi costituzionale in materia penale (Diritto penale sostanziale)*, in Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti Costituzionali italiana, spagnola e portoghese, Madrid 13-15 Ottobre 2011, 2011, 1-76, p.
 - Marchegiani R., *La morfologia dei Gruppi Aziendali*, in Nozioni fondamentali, Napoli, 2011, 1-24, p.
 - Maugeri M., *Interesse sociale, interesse dei soci e interesse del gruppo*, in Giur. Commerciale: società e fallimento., V.39, A. 2012, P.1, 66-89, p.
 - Menditto M., *In tema di responsabilità della società capogruppo*, in Il foro italiano, 2009, fasc. 6, 1960 – 1962, p.
 - Montalenti P., *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in Rivista della società, 2007, fasc. 2-3, 317 – 344 p.
 - Montalenti P., *Organismo di vigilanza n.231 e gruppi di società*, Age 2009, 383-395, p.
 - Moretti M., *Gruppi d'impresa e responsabilità ex D.lgs. 231/2001*, in Rivista 231, 2013, 213 – 222, p.
 - Moretti M. e Silvestri P., *Gruppi di impresa e responsabilità ex D.lgs. n. 231/2001 (commento a Cass. Pen., N. 4324, 29 gennaio 2013)*, in rivista 231, 2013, 213-222, p.
 - Musco E., *I nuovi reati societari*, Giuffrè, 2007
 - Paliero C. e Piergallini C., *La colpa di organizzazione*, in Resp. Amm. Soc. ent., 3, 2006.
 - Panucci M. e La Rotonda C., *Il ruolo delle associazioni di imprese: l'esperienza di Confindustria*, in Analisi giuridica dell'economia, fasc. 2, 2009, 315-335, p.
 - Pasculli M. A., *La responsabilità da 'reato' degli enti collettivi*

- nell'ordinamento italiano. Profili dogmatici e applicativi.*, 2005, bari, 283, ss, p. anche in *Rivista Italiana Dir. e Proc. Pen.*, fasc. 1, 2006, 272, ss, p.
- Pecorella C., *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in AA.VV., *la Responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002
 - Pernazza F., *I modelli di organizzazione ex D.Lgs n. 231/2001 e le società estere: il caso Siemens AG*, in *riv. Trim. dir. pen. ec.*, 2004, 991 ss., p.
 - Petriccione R. M., *Gruppi di società* in *Digesto Italiano*, in Sez. Comm. VI, Utet, 2015, 429 – 440, p.
 - Piergallini C., *Societas delinquere et puniri potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Ec.*, 2002.
 - Piva D., *Concorso di persone e responsabilità dell'ente: vuoti normativi, incertezze giurisprudenziali e prospettive di riforma*, in *Archivio Penale* 2016, n. 1, 1-35, p.
 - Presutti A., *La responsabilità degli enti*, CEDAM, 2008
 - Presutti A. e Bernasconi A., *Manuale della responsabilità degli enti*, Giuffrè, 2013
 - Pulitanò D., *La responsabilità da reato degli enti nell'ordinamento italiano*, in AA. VV., *responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse*, supplemento al N.6 di *Cass. Pen.* 2003
 - *Relazione Ministeriale al Dlgs n.6/ 2003*, in *Riv. Soc.*, 2003, 129, ss, p.
 - Romano M., *Societas delinquere non postest*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1995, 1031, ss., p.
 - Ruggiero G., *Capacità penale e responsabilità degli enti. Una rivisitazione della teoria dei soggetti nel diritto penale*, Torino, 2004
 - Sandei C., *La responsabilità della holding nei gruppo di società*, in *Studium Iuris*, 2010, fasc. 1, 34 – 35, p.
 - Santoriello C., *Gruppi di società e sistema sanzionatorio del D.lgs. n. 231/2001*, in *Rivista 231*, 2007, 1-6, p.
 - Santoriello C., *La sentenza IFIL-GRANDE STEVENS, la giurisprudenza comunitaria sul divieto di punire più volte la medesima condotta e le conseguenze sulla responsabilità da reato degli enti collettivi*, in *Rivista 231*, 2014, 43-52, p.
 - Sbisà G., *Sui poteri della capogruppo nell'attività di direzione e coordinamento*, in *Contratto e impresa*, 2011, fasc. 2, 369 – 393, p.

- Scafidi A., *La prevenzione della responsabilità amministrativa degli enti nell'ambito dei gruppi societari italiani e internazionali (seconda parte)*, in Rivista 231, 2012, 167 – 183, p.
- Scarcella A., *La internazionalizzazione della responsabilità da reato degli enti*, in Rivista 231, 2016, 1-8, p.
- Scaroina E., *Il problema del gruppo di imprese, Societas delinquere potest*, Giuffrè 2006
- Scaroina E., *La responsabilità del gruppo di imprese ai sensi del D.lgs. n. 231/2001: problemi risolti e questioni aperte*, in Rivista del diritto commerciale del diritto generale delle obbligazione, Vol. 1, 2013, 1-39, p.
- Scaroina E., *Corruzione e responsabilità nel gruppo di imprese*, in Del Vecchio A. e Severino P., *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, in Collana di studi Luiss Guido Carli, Dipartimento di Giurisprudenza, Padova, Cedam, 2014, 71-103, p.
- Serrao d'Aquino P., *La nozione di direzione unitaria e la dipendenza economica della società*, in Giurisprudenza di merito, 2010, fasc. 10, 2748 – 2765, p.
- Sfameni P., *Idoneità dei modelli organizzativi e sistema di controllo interno*, In analisi giuridica dell'economia, fasc. 2, 2009, 265-285, p.
- Sgubbi F., *Gruppo societario e responsabilità delle persone giuridiche ai sensi del D.lgs. n. 231/2001*, in Rivista 231, 2006
- Spada P., *L'amministrazione delle società per azioni tra interesse sociale ed interesse di gruppo*, in Riv. Dir. Civ, 1989, Vol. I
- Stampacchia E., *La responsabilità "amministrativa" degli enti con sede all'estero*, in diritto penale contemporaneo, 2013
- Stile A.M. e AA.VV., *La responsabilità da reato negli enti collettivi a dieci anni dal Dlgs n. 231/2001: problemi applicativi e prospettive di riforma*, Napoli, Jovene, 2013, XVIII
- Tettamanzi P., *Il bilancio consolidato: costruzione e interpretazione*, Ipsoa, 2014, 16-30, p.
- Travi A., *Lezioni di Giustizia Amministrativa*, G. Giappichelli, Torino, 2014, 96, ss, p
- Tripodi A. F., *"Situazione organizzativa" e "colpa di organizzazione": alcune riflessioni sulle nuove specificità del diritto penale dell'economia*, in riv. Trim. Dir. Pen. Ec., 2004
- Tripodi A. F., *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata*

per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato,
in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014 Cerqua L. e AA.VV., *Diritto penale delle società: profili sostanziali e processuali*, CEDAM, 2014

- Venturi C., *L'attività di direzione e coordinamento: la pubblicità dei gruppi nella riforma del diritto societario*, In *La riforma del diritto societario*, 2005, 1 – 8, p.
- www.rivista231.it, *Il punto... sulla responsabilità amministrativa da reato nell'ambito dei gruppi societari*, in *Rivista 231*, 2014

Ringraziamenti

L'università è un cammino lungo, tortuoso e complicato che pone sempre nuovi problemi, nuove ansie e nuove paure.

Fortunatamente, però, durante questo percorso, si incontrano tante persone che, ognuna a modo suo, contribuiscono alla tua crescita spirituale e intellettuale, aiutandoti a capire come affrontare i problemi e a far tuoi valori e i principi che ti porterai dentro di te in futuro.

Dopo questi cinque anni passati a giurisprudenza mi sento in dovere di ringraziare tutti coloro che li hanno resi più ricchi, aiutandomi a superare i momenti difficili e a farmi apprezzare i momenti più belli.

Ringrazio Francesco ed Edoardo per aver condiviso con me i momenti più belli di questi cinque anni sin dalla giornata della matricola e per avermi sostenuto nella preparazione degli esami più difficili, mostrandomi come gli amici siano importanti sia nei momenti più bui che nei momenti più felici; e ringrazio Andrea per avermi sempre fatto tornare il sorriso e per esserci stato ogni volta che ne ho avuto bisogno.

Ringrazio Ludovica e Fabiana per tutte le serate passate a ripetere, per il continuo sostegno che ci siamo dati durante tutte le sessioni di esame e per avermi sempre fatto sentire importante.

Ringrazio Serena per avermi mostrato come non arrendermi davanti agli ostacoli che l'università ti pone davanti e per avermi ricordato come anche i problemi si affrontano con il sorriso.

Ringrazio Sofia per avermi ricordato che non sempre si vince, ma che l'importante è battersi per quello che credi sia giusto.

Ringrazio Egidio per aver affrontato insieme il profilo specialistico, per la sua amicizia e per avermi mostrato come prendere le cose con più leggerezza.

Grazie ad Anna, Mattia e Paola perché hanno sopportato tutte le mie paturnie, per aver instaurato una bellissima amicizia, al di là del fatto che viviamo

insieme; e grazie a Paola per avermi insegnato come “l’autoironia”, in realtà, faccia bene.

Grazie a tutti quelli che mi hanno accompagnato in questo percorso e a tutti coloro che ci saranno anche dopo, grazie per essermi vicini, di questo ve ne sono davvero grato, perchè non mi avete mai fatto sentire solo.