

PECULIARITÀ APPLICATIVE IN MATERIA DI GRUPPI DI IMPRESA

Avv. Claudio Coratella

Name – Partner Coratella – Studio Legale

Il decreto legislativo 8 giugno 2001 n. 231 ha introdotto nell'ordinamento giuridico italiano la prima, compiuta, disciplina della responsabilità amministrativa da reato.

Il suo grande merito, come si è avuto modo sin qui di constatare, è di aver dato voce a quella esigenza, da tempo avvertita, di colmare un'evidente lacuna legislativa del nostro ordinamento, che, in assoluta antinomia con l'andamento giuridico degli altri grandi Paesi Europei, continuava a mantenere in vita l'antico brocardo “*societas delinquere non potest*”.

Le ragioni di questa importante inversione normativa ruotano attorno non tanto, ad una sia pur condivisibile, esigenza di omogeneità e armonizzazione tra i diversi ordinamenti giuridici, quanto piuttosto alla consapevolezza che le più attuali e pericolose manifestazioni delittuose sono poste in essere proprio da soggetti legati ad una struttura organizzata e complessa.

Non si deve dimenticare, infatti, che il ragguardevole incremento dei reati dei c.d. colletti bianchi ha, recentemente, prodotto un sopravanzamento delle illegalità di impresa sulle illegalità individuali, tale da indurre un vero e proprio capovolgimento del noto brocardo, nel senso che, ad oggi, deve ritenersi che la *societas* non solo possa ma, spesso, voglia delinquere.

Preme sottolineare, tuttavia, che il superamento di tale principio è intervenuto in Italia con una normativa, quale quella contenuta nel decreto *de quo* che, se per molti versi rappresenta un progetto ambizioso, per molti altri ostenta ancora ampi limiti.

Si pensi, per esempio, al novero dei reati ivi previsti – concussione, corruzione, frode – nel quale non rientrano altri importanti tipologie di illeciti, quali i reati ambientali, per i quali, invece, l'azione delittuosa dell'impresa può portare a gravi quanto irrimediabili conseguenze.

Si pensi ancora all'ambito soggettivo di applicazione del decreto, che, attualmente, si estende soltanto a determinate categorie di enti, ponendo, quindi, grandi difficoltà per l'interprete.

L'art. 1, infatti, dopo aver specificato l'oggetto di disciplina del decreto, al II comma, individua quelli che sono i soggetti destinatari delle relative disposizioni, quali gli enti forniti di personalità giuridica, le società e le associazioni anche prive di personalità giuridica.

Tralasciando, in questa sede le due categorie di più facile comprensione, ovvero società e associazioni prive di personalità giuridica, preme soffermarsi brevemente sulla categoria degli enti forniti di personalità giuridica.

Si tratta di una premessa essenziale per risolvere alcuni insidiosi problemi applicativi, per i quali si renderà necessario un nuovo intervento legislativo volto a fornire una corretta interpretazione di quello che è il c.d. ambito soggettivo di applicazione del decreto.

Ebbene, la prima questione che, in questo senso, si pone è l'eccessiva ampiezza del concetto di “ente”. Manca, infatti, una definizione normativa espressa del termine, che andrà perciò ricavata attraverso l'interpretazione sistematica delle altre disposizioni del decreto. A tal fine essenziale sarà individuare quelli

che sono i caratteri minimi ed essenziali perchè si possa parlare di “ente” ai fini della disciplina contenuta nel decreto legislativo.

Orbene, dagli art. 5, 6 e 7, D.lgs. n. 231/2001, emerge innanzitutto che l'ente si caratterizza per essere rappresentato, o amministrato, diretto o gestito da persone fisiche e, quindi, per essere dotato di una sua autonoma organizzazione.

Ma non solo.

Per essere ritenuto assoggettabile alla disciplina di cui al D.lgs. n.231/2001, ai sensi dell'art. 27, l'ente dovrà essere necessariamente dotato di un patrimonio o di un fondo comune, distinti e separati da quelli dell'individuo che agisce.

Infine, dal combinato disposto dagli artt. 5 e 12, comma I, lett. a), D.Lgs. n. 231/2001, discende che l'ente si caratterizza per avere un proprio “interesse” o “vantaggio”, da intendersi come qualcosa di diverso e distinto da quello del soggetto che agisce per conto proprio.

Ciò premesso, i caratteri distintivi dell'ente imputabile ai sensi del D.lgs. n. 231/2001 possono così riassumersi: a) autonomia organizzativa; b) autonomia patrimoniale; c) presenza di un interesse o di un vantaggio nell'azione illecita che si pone in essere.

Pertanto, rientrano tra i soggetti imputabili: le persone giuridiche private, le società di persone e di capitali – incluse le società di fatto - gli enti pubblici economici, le associazioni non riconosciute, i comitati, gli enti pubblici economici – la cui imputabilità può desumersi *a contrario* dalla esclusione espressa degli enti pubblici non economici – le società estere con sede secondaria nel territorio dello Stato italiano.

Orbene, se si guarda a questo elenco, ciò che chiaramente emerge all'attenzione del giurista è l'assenza di un riferimento al fenomeno dei gruppi di società e, più esattamente, alla sorte degli illeciti amministrativi dipendenti da reati commessi nell'interesse o a vantaggio di aziende esterne, ovvero di quelle aziende – le c.d. società capogruppo – che godono di una posizione di dominanza strategica nei confronti della società a cui appartiene la persona fisica autrice dell'illecito penale.

Ovvia è la conseguenza di questo silenzio legislativo: la facoltà per i gruppi di imprese di sfruttare strumentalmente la diversa soggettività degli enti che compongono l'insieme e, quindi, porre in essere illeciti nel suo interesse o a proprio vantaggio, con la certezza quasi assoluta, oserei dire, di rimanere impuniti.

L'impressione che si ha di primo acchito è che il Legislatore del 2001 non abbia voluto “osare”. Non si deve dimenticare, infatti, che una simile forma di responsabilità per i gruppi di impresa era già prevista nel Progetto di Codice Penale redatto dalla Commissione Grosso. Nella specie, vi si affrontava la questione inerente la rilevanza della posizione di controllo della *holding* nell'ambito del gruppo ai fini dell'applicazione della disciplina sulla responsabilità amministrativa degli enti, disponendone l'estensione alla persona giuridica controllante per i fatti commessi nell'ambito dell'attività sottoposta alla sua direzione o controllo.

La proposta prevedeva, dunque, la circolazione della colpevolezza all'interno del gruppo, in particolare ponendo la responsabilità finale a capo della società che effettivamente esercita il potere di direzione e controllo sull'attività nel cui ambito il reato è stato commesso, indipendentemente dall'eventuale distinta soggettività di questa rispetto alla società di appartenenza del reo.

Orbene, poiché tale previsione non è stata riprodotta nel D.lgs. n. 231/2001, il problema che si pone è se sia possibile estendere la responsabilità dell'ente – laddove si tratti di una *holding* – oltre i limiti indicati nell'art. 5.

L'art. 5 del decreto *de quo*, infatti, dispone che “l'ente e' responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio: a) da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unita' organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonche' da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso; b) da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a)”.

Ebbene, il problema che si pone è se del fatto illecito realizzato dalla controllata, persona giuridica, possa rispondere la controllante, posto che il D.lgs. n. 231/2001 parla di responsabilità degli enti per reati

commessi da persone c.d. “*in posizione apicale*” o “*subordinata*”, ma persone fisiche, nonché, laddove si risponda positivamente a tale questione, se l'illecito realizzato dalla controllata sia da ritenersi comunque commesso nell'interesse o a vantaggio della controllante e quindi ad essa imputabile, proprio in ragione della partecipazione al gruppo o, al contrario, sia necessario una verifica effettiva e concreta della finalizzazione del reato ad un'utilità per la capogruppo.

Ma partiamo dall'ultima delle problematiche evidenziate.

Preliminarmente, sarà necessario chiarirsi sui concetti di “*interesse*” e “*vantaggio*”, richiamati dall'art. 5. A tal fine si può, sinteticamente, affermare che mentre l’“*interesse*” dell'ente presuppone sempre una verifica *ex ante* del comportamento delittuoso tenuto dalla persona fisica, il “*vantaggio*”, invece, da accertarsi *ex post*, può essere tratto dall'ente anche quando la persona fisica non abbia agito nel suo interesse.

Ciò detto, il quesito che ci si è posti è se i concetti di “*interesse*” o “*vantaggio*”, così come appena evidenziati, possano trovare applicazione anche in merito al fenomeno dei gruppi societari. La questione sorge, ovviamente, proprio per la particolare conformazione e configurazione del gruppo, trattandosi di forma societaria che, da sempre, ha posto numerose problematiche, e a livello dottrinale e a livello giurisprudenziale.

Il gruppo di società, infatti, - frutto dell'inventiva imprenditoriale e non di creazione legislativa - nasce dall'esigenza di dare una organizzazione unitaria e completa a quelle imprese che, unite da interessi economici comuni, raggiungono consistenti dimensioni aziendali. L'obiettivo è chiaramente la separazione dei rischi imprenditoriali e, quindi, dei rischi connessi a ciascun settore o a ciascun mercato. Ne consegue che ogni società del gruppo è, di fronte ai terzi, un soggetto di diritto distinto dalle altre componenti del gruppo, ciascuna responsabile, dunque, dei debiti da essa assunti.

Tutto ciò considerato, risulta chiaro che a seconda della soluzione che si offre al problema della esatta definizione dei limiti rinvenibili in seno all'art. 5 del decreto *de quo*, diverse potrebbero essere le articolazioni proprio con riguardo al variegato fenomeno delle attività di coordinamento, nonché di direzione e organizzazione di una pluralità di enti, come accade per i gruppi di società.

Si pensi, per esempio, alle possibili estensioni di responsabilità che indubbiamente si verificherebbero laddove si ritenesse di poter trarre dal semplice verificarsi di un beneficio, anche indiretto, per il gruppo di imprese, il suo coinvolgimento nel sistema disciplinato dal D.lgs. n. 231/2001.

Ancor più rilevante il tema inerente il criterio dell'interesse. In tal caso, infatti, due sarebbero le questioni da affrontare, ovvero: la riconducibilità dei fenomeni considerati alla nozione di ente collettivo, rilevante per l'applicabilità del decreto *de quo*, così come testè evidenziato, nonché l'autonomia del relativo concetto di interesse dalle posizioni sostanziali che fanno capo ai diversi enti coinvolti.

Ebbene, partiamo dalla prima delle questioni poste.

In una recente pronuncia del Tribunale di Milano sul problema della ascrivibilità alla società controllante di una serie di illeciti – nella specie si trattava di reati di corruzione – commessi nell'interesse di alcune società controllate, il giudice ha di fatto enucleato l'*interesse di gruppo* quale concreta ed ammissibile estrinsecazione del criterio di imputazione dell'interesse, sulla base della interpretazione che di tale nozione dà l'ordinamento generale, in specialmodo, quello civilistico¹.

Per comprendere, tuttavia, la decisione del GIP di Milano, da cui traspare l'assoluta specialità della rilevanza del fenomeno “*gruppo*” nel decreto in esame, occorre fare alcune premesse.

Abbiamo detto che 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, pertanto, può corrispondere un distinto settore di attività, una distinta fase del processo produttivo, una diversa zona territoriale di operatività: ma le azioni di

¹ *Ordinanza GIP Milano, 20 settembre 2004, n. 3032-03, in Corriere del Merito, n. 1/2005, 85 ss..*

ciascuna di queste società appartengono in tutto o in maggioranza, ad una società ulteriore, detta appunto *holding*, alla quale spetta la direzione e il coordinamento dell'intero gruppo ed all'interno della quale i vari settori sono ricondotti ad economica unità.

Ebbene, la scomposizione dell'impresa può portare a separare fra loro, facendone oggetto di separate società, le due fondamentali funzioni imprenditoriali: l'attività di direzione, (*governance*) da un lato, e l'attività di produzione o scambio (*operation*), dall'altro. Sarà così possibile avere una società capogruppo – c.d. *holding* pura – che non svolge alcuna attività di produzione o di scambio ma che si limita ad amministrare le proprie partecipazioni azionarie, cioè a dirigere le società del proprio gruppo (società operanti).

Oppure, potrà verificarsi che la *holding*, che detenga una propria partecipazione di controllo in altre società, eserciti sulle controllate operative una vera e propria attività di direzione e coordinamento, ponendosi così a capo di un gruppo di società. In questo caso la funzione della *holding* è essa stessa funzione imprenditoriale corrispondente alla funzione di direzione strategica e finanziaria presente in ogni impresa.

Mentre, infatti, nelle imprese isolate questa funzione si somma alle funzioni operative; nei gruppi, invece, essa si separa da queste funzioni dando luogo a quel fenomeno per cui l'impresa si scompone in una pluralità di fasi separate, esercitate ciascuna da un soggetto diverso. In altre parole, la *holding* esercita, in modo mediato, la medesima attività di impresa che le controllate esercitano in modo immediato e diretto. Conferma se ne rinviene nella normativa sulla redazione dei bilanci che nel distinguere tra partecipazioni di controllo, quali immobilizzazioni finanziarie, e partecipazioni di controllo, quali attivo circolante, all'art. 2424 *bis*, comma II, c.c., individua una vera e propria presunzione. La norma considera, infatti, le partecipazioni in società controllate o collegate come immobilizzazioni, ossia partecipazioni miranti ad esercitare una influenza dominante sulla controllata, o una influenza notevole sulla collegata, e non meri valori di scambio ossia partecipazioni acquistate in vista della loro successiva rivendita.

E' evidente, dunque, come in casi di questo tipo l'oggetto della *holding* non si riduce alla mera gestione di partecipazioni azionarie in quanto tali, ma si concreta nell'esercizio indiretto di un'attività d'impresa.

Ciò premesso, posto che per l'addebitabilità del fatto di reato l'art. 5 richiede che l'illecito sia stato realizzato nell'interesse o a vantaggio dell'ente, il problema che si pone per l'inserimento dei gruppi di imprese tra i soggetti imputabili ai sensi del D.lgs. n. 231/2001, è se l'illecito realizzato dalla controllata possa essere imputato alla *holding*, in quanto posto in essere nell'interesse infragruppo; o, al contrario, se lo stesso debba essere considerato come un interesse terzo rispetto alla compagine societaria

E' chiaro che tutto ruota attorno al significato che si dà alla nozione di interesse del gruppo.

Ebbene, proprio tale concetto è stato espressamente preso in considerazione nella legge delega per la riforma del diritto delle società di capitali, che ha determinato l'inserimento nel codice civile delle norme di cui agli artt. 2497 *ter* c.c. e ss..

Sul tema è, altresì, intervenuta la giurisprudenza della Suprema Corte che è giunta ad una prima importante conclusione sul concetto di interesse del gruppo, affermando che la società controllante che agisca in ausilio di altra società del gruppo non soddisfa un interesse altrui, bensì realizza un proprio interesse. A questo risultato si è pervenuti proprio mediante l'analisi di una serie di istituti privatistici applicati alla realtà dei gruppi societari.

Si guardi, ad esempio, all'istituto della remissione del debito, nel qual caso l'atto realizzato da parte della *holding* a favore di una sua controllata, non potrà certo ritenersi tassabile, quale atto di mera liberalità, stante che qui la *holding* agisce spinta da un proprio interesse patrimoniale: ridurre il passivo della controllata e salvarla dal rischio di fallimento. (Cass. 20/3/68 n. 2215; Cass. 2/4/69 n. 1963, Cass. 20/10/69, n. 907).

Ugualmente, non potrà qualificarsi quale atto di liberalità, come tale revocabile ai sensi dell'art. 64 l. fall., la cessione gratuita di crediti verso terzi da una società all'altra del medesimo gruppo, trattandosi di atto che ubbidisce ad una logica di gruppo e, quindi, espressione di politica imprenditoriale volta al perseguimento di obiettivi che trascendono quelli delle singole società partecipanti. (Cass. Civile, Sez. I, 11 marzo 1996 n. 2001). Né tantomeno potrà considerarsi atto di liberalità, agli effetti dell'art. 64 l. fall., la fideiussione

infragruppo. *“Gli interventi gratuiti compiuti da una società a favore di un'altra società giuridicamente autonoma dalla prima, ma ad essa collegata, infatti, debbono presumersi - qualora ricorrano particolari circostanze che rivelino unitarietà di finalità e di amministrazione - non già come espressione di spirito di condiscendenza e di liberalità, bensì come atti preordinati al soddisfacimento di un proprio interesse economico, sia pure mediato e indiretto, ma giuridicamente rilevante”*. (Cass. Civile, Sez. I, 29 settembre 1997 n. 9532).

Orbene, proprio sulla base di tali premesse, si è affermata la unicità dell'interesse di gruppo, destando tuttavia svariate questioni. Non vi è, infatti, unanimità di consensi in merito, né a livello dottrinale né a livello giurisprudenziale.

Invero, parte della giurisprudenza fa coincidere l'*interesse* con quello della controllante alla partecipazione degli utili che la controllata avrebbe potuto ricavare dalla realizzazione del reato stesso, qualificandolo, dunque, come interesse non distinto da quello della capogruppo al perseguimento del profitto.

Altra parte della giurisprudenza, invece, guarda a questo interesse come qualcosa di trascendente le singole componenti del gruppo; interesse alla cui tutela verrebbe preposta, quindi, proprio la controllante, in virtù dei suoi poteri di direzione e coordinamento del gruppo.

Anche questa conclusione, tuttavia, ha sollevato svariate problematiche. E' stato avanzato da alcuni studiosi il dubbio che, nel caso di specie, non sia completamente integrato il criterio indicato nell'art. 5 del decreto, ovvero il verificarsi di un vantaggio attuale. Ciò in quanto l'ipotetico vantaggio ricavabile dalla controllante da un arricchimento della controllata sarebbe solo eventuale e comunque futuro, legato alla successiva distribuzione degli utili di gestione o alla ancor più incerta rivalutazione della partecipazione detenuta dalla controllante.

Ma l'incertezza del vantaggio ricavabile dalla commissione di un illecito e persino il mancato conseguimento *tout court* di un vantaggio non sono circostanze sufficienti ad escludere l'interesse dell'ente alla commissione del reato.

Per radicare la responsabilità amministrativa dell'ente collettivo, infatti, è sufficiente che la condotta sia stata realizzata al fine di recare un vantaggio all'ente collettivo medesimo. E, nel caso di specie, la futura ripartizione degli utili conseguiti dalle controllate - ad esempio, a seguito di un appalto illecitamente ricevuto - rappresenta senz'altro un *“vantaggio”* per l'ente.

Tutto ciò considerato, la conclusione cui può giungersi è che, alla luce della normativa penalistica, del reato integrato risponderanno le persone fisiche che lo hanno commesso; ma, a norma del D.lgs. n. 231/2001, dello stesso risponderà anche la società dagli stessi amministrata, nonché le società che la controllano, essendo stato l'illecito realizzato anche nell'interesse di queste ultime.

In merito, la giurisprudenza ha aggiunto che *“l'attivarsi di soggetti che non fanno parte in alcun modo delle società controllate e che non hanno alcun ruolo nelle medesime ma solo nella società controllante o in altre società del gruppo costituisce elemento sintomatico della finalizzazione dell'atto all'interesse dell'intero gruppo di società e, quindi, all'interesse di più società”*, non solo, quindi, di quelle che direttamente hanno posto in essere il reato, come per esempio l'illecita aggiudicazione di appalti, ma anche delle controllanti, proprio nella prospettiva della partecipazione agli utili. (Trib. Milano, Sez. Riesame, 14 dicembre 2004, n. 2233-4).

Ebbene, alla luce dei principi fin qui esposti, possiamo cercare di fissare alcuni punti rilevanti.

In primo luogo, è da ritenersi che, nel caso in cui sia provata l'effettiva esistenza di un gruppo e dalla commissione di un reato derivino effetti favorevoli immediati per la controllata, non necessariamente deve ritenersi che l'illecito si sia consumato nel suo esclusivo interesse, atteso che il risultato della sua gestione si riflette inevitabilmente in quello del gruppo a cui appartiene.

In tal caso, infatti, il coinvolgimento del vertice apicale della controllante nella commissione del reato inevitabilmente determinerà la sua responsabilità, stante che, proprio in forza dei poteri di direzione e controllo che dalla sua posizione discendono, di quell'*interesse di gruppo* la controllante dovrà ritenersi in

qualche modo la vera depositaria. Non v'è dubbio che l'interesse della controllata è comunque anche quello della controllante, la quale ricava sicuramente un vantaggio economico dal successo della prima.

Ciò detto, uno solo potrebbe essere il limite riscontrabile in questa operazione di estensione della responsabilità nei confronti della *holding*. Nel caso, infatti, di reato commesso da una persona fisica appartenente ad una controllata, sarebbe necessario verificare la presenza di un rapporto qualificato tra la *holding* e l'agente.

A ben vedere, si tratta di un limite fittizio, facilmente aggirabile mediante il ricorso alla categoria dell'omesso impedimento del reato altrui di cui all'art. 40, comma II, c.p., da integrare con la figura del concorso di persone mediante omissione.

Si pensi, per esempio, al caso di un delitto commesso da un amministratore o dirigente di una società nell'interesse della stessa. Ebbene, è facile ipotizzare, in tal caso che le persone fisiche che amministrano o dirigono la *holding* siano accusate di non aver impedito il delitto e, quindi, di aver concorso nel reato mediante l'omesso impedimento.

Di tal guisa, si creeranno entrambi i presupposti per la responsabilità amministrativa anche della *holding*: in effetti, la capogruppo ha un interesse o ricava un vantaggio dal delitto commesso dalle persone fisiche della società figlia e nel contempo una persona fisica inserita nell'organigramma della *holding* è responsabile a titolo di concorso di persone nel delitto mediante omesso impedimento di un modello di organizzazione volto a prevenire anche delitti realizzabili nelle altre società del gruppo.

Ma la traslazione della responsabilità all'interno dei gruppi societari può facilmente realizzarsi anche attraverso il ricorso alla figura dell'amministratore di fatto, oggi definita dall'art. 2639, c.c..

Equiparando, infatti, la *holding* all'amministratore di fatto della controllata, si potrebbe giungere a considerare la prima responsabile per i reati posti in essere nel suo interesse o a suo vantaggio da esponenti della seconda, di fatto, sottoposti, *ex art. 5, comma I, lett. b)*, ai soggetti di vertice della controllante.

Tale soluzione ha, tuttavia, ricevuto numerose critiche, in quanto sembrerebbe aprire la strada a ragionamenti presuntivi proprio rispetto all'elemento cardine su cui la stessa poggia, ovvero la possibilità di escludere qualsiasi spazio deliberativo in capo alle società controllate facenti parte del medesimo gruppo.

Preme sottolineare, infatti, che il ritenere l'*interesse di gruppo* direttamente desumibile dalla mera esistenza del gruppo stesso sarebbe una considerazione assolutamente superficiale.

L'indubitabilità della destinazione della condotta illecita della singola controllata al perseguimento di un interesse che trascende quello proprio, infatti, deve essere oggetto di specifico accertamento e ciò al fine di evitare il sorgere di questioni di ingiustizia generalizzata.

In effetti, la circostanza per cui sia riconosciuta ad una società la facoltà di esercitare, in seno ad un gruppo, funzioni di direzione e coordinamento, potrebbe essere utilizzata, strumentalmente, al fine di includere l'amministratore della controllata tra le persone sottoposte alla direzione dei vertici apicali della controllante, con la ovvia conseguenza che la responsabilità di quest'ultima sorgerebbe anche a prescindere da un effettivo coinvolgimento dei suoi dirigenti nella consumazione del reato stesso.

L'abiezione di questo eventuale sviluppo interpretativo risulta particolarmente evidente nel momento in cui si procede alla individuazione dei criteri di redazione dei modelli organizzativi, che per essere considerati idonei ad escludere la colpevolezza della capogruppo dovrebbero a questo punto imporre meccanismi di restrizione dell'autonomia delle controllate che, a tacer d'altro, risulterebbero scarsamente compatibili con i diritti delle minoranze societarie.

Ma non solo.

La previsione della adozione di modelli di organizzazione e di organismi di vigilanza quali ipotesi di esonero della responsabilità, se applicate al gruppo, potrebbero ritenersi coerenti solo laddove sia configurabile a carico della persona fisica appartenente all'ente un dovere di osservanza o una sottoposizione al controllo dell'ente stesso. In mancanza, infatti, non essendo rinvenibile in capo alla società colpa alcuna, non sarebbe neppure possibile ipotizzare una elusione da parte del soggetto destinatario di tali obblighi.

Così ad esempio, nel caso di un amministratore della *holding* che commetta un reato nell'interesse sia della controllante che della controllata, potrà essere punita solo la *holding*, e non la controllata.

Se, invece, l'amministratore della *holding* commette un reato nell'interesse esclusivo della controllata, viene meno, a norma dell'art. 5 del decreto in esame, qualsiasi responsabilità sia della controllante (perché l'interesse è esclusivamente altrui) sia della controllata (perché l'autore del reato non appartiene all'organizzazione dell'ente cui imputare la responsabilità).

Laddove l'amministratore della *holding* commetta un reato nell'interesse principale della controllata - ma non in via esclusiva, tant'è che lo stesso si riflette anche nell'interesse della controllante - ai fini della configurabilità della responsabilità, sarà necessario valutare concretamente i vantaggi che si intrecciano fra le diverse società del medesimo gruppo.

Infine, se è l'amministratore della società controllata a commettere un reato, in esecuzione di un ordine imperativo della controllante che, a sua volta, beneficia del comportamento della controllata, occorre distinguere due ipotesi: quella in cui è solo la controllante a beneficiare del reato commesso dalla controllata da quella in cui anche la controllata ne ha tratto vantaggio.

Nel primo caso, avendo la controllata realizzato l'illecito nell'esclusivo interesse della *holding*, verrà meno la responsabilità di quel reato per tutte e due le società, in quanto il soggetto agente appartiene ad un'organizzazione diversa da quella dove si è tratto un vantaggio: manca in sostanza una correlazione soggettiva tra ente beneficiario della commissione dell'illecito (*holding*) e persona fisica autore del reato (appartenente alla controllata).

Nel secondo caso, invece, essendosi avvantaggiata anche la controllata, occorrerà valutare, ai fini della imputabilità della responsabilità dell'illecito, in che misura e in che modo tali vantaggi si siano conseguiti.

Ovviamente, si tratta di mere ipotesi, che potranno concretizzarsi solo chiarendo la questione relativa ai modelli di organizzazione e gestione.

Orbene, malgrado il D.Lgs. n. 231/2001 non faccia espresso riferimento ai gruppi di imprese tra i soggetti imputabili, le misure di cui agli artt. 6 e 7 del decreto devono comunque ritenersi applicabili alle singole società del gruppo. Conseguentemente, al fine di ottenere l'effetto esonerante da responsabilità loro attribuito, tali modelli dovranno essere adottati da ciascuna delle società del gruppo stesso: tanti modelli di organizzazione e gestione e tanti organismi di vigilanza quante sono le società del gruppo.

Nella pratica, tuttavia, accade spesso che il codice di comportamento ed il modello organizzativo della *holding* servano da riferimento per le altre società del gruppo, con maggiori o minori variazioni a seconda delle particolari situazioni che possono comportare diversità di rischi-reato e, quindi, diversità valutative.

Ma non solo.

Il corretto funzionamento e l'osservanza dei modelli devono essere anche oggetto di appositi compiti di vigilanza, che l'art. 6, comma I, lett. b) affida "*ad un organismo dell'ente*". Ebbene, il fatto che si parli di "*organismo dell'ente*" implica che l'organo vigilante non possa individuarsi semplicemente nella società capogruppo nei confronti delle sue controllate o nelle stesse controllate, reciprocamente tra loro, in quanto si tratterebbe allora di ente diverso. Così come non è configurabile un modello organizzativo della *holding* esteso *sic et simpliciter* alle controllate, infatti, altrettanto inammissibile sarà un "organismo di vigilanza di gruppo", pena la violazione della norma testè ricordata e la conseguente inefficacia del modello organizzativo medesimo.

Preme sottolineare, tuttavia, che il fatto che si parli di "*organismo dell'ente*" non deve neppure far pensare che lo stesso debba essere composto da dipendenti dell'ente medesimo. Ciò che, infatti, identifica gli organismi e le funzioni come "dell'ente" non è tanto la natura giuridica del vincolo contrattuale stipulato con la società, quanto l'inserimento nella sua organizzazione e la sua responsabilità congiuntamente all'organo direttivo dello stesso ente che lo ha nominato.

Da tale circostanza discende che tra i componenti dell'organismo di vigilanza di una società del gruppo possano comparirvi anche soggetti appartenenti ad altre società del gruppo, nonché soggetti facenti contemporaneamente parte dell'organismo di vigilanza di altra società del gruppo stesso.

È quindi possibile la riproposizione della stessa compagine in più di un organismo di vigilanza, senza che per questo venga meno il requisito che tale organismo debba essere considerato "dell'ente", purchè ovviamente gli stessi organismi siano, a loro volta, correttamente inquadrati nelle rispettive società, siano nominati dai rispettivi organi dirigenti, sorveglino i rispettivi modelli organizzativi, partecipino dei rispettivi flussi informativi e così via.

Fondamentale è, inoltre, il rapporto di interscambio informativo che deve necessariamente instaurarsi tra gli organismi di vigilanza delle diverse società che, all'interno del medesimo gruppo, hanno adottato ciascuna il proprio modello organizzativo.

Si tratta, infatti, di un'opportunità da sfruttare adeguatamente, in quanto favorisce riscontri positivi in termini di efficacia e di economicità degli interventi. Invero, proprio l'esperienza di ogni organismo di vigilanza, condivisa all'interno del gruppo è idonea ad individuare eventuali criticità nel sistema di controllo e determinare in maniera condivisa i relativi correttivi, anche in termini di prevenzione del verificarsi del danno (cioè il reato). Inoltre, laddove vi sia violazione del modello in una società, la consapevolezza condurrà, o almeno dovrebbe condurre le altre ad adottare tempestive contromisure per prevenire analoghe violazioni.

Il coordinamento fra i vari organismi di vigilanza all'interno del gruppo è, quindi, un fattore essenziale da realizzare però nel pieno rispetto delle autonomie di ciascuno ed evitando ogni forma di ingerenza.

Solo così, infatti, si potrà aggirare il rischio di commissione di illeciti e, quindi, adeguare la logica infragruppo a quelle che sono le esigenze sottese alla normativa di cui oggi si discorre.

Preme, da ultimo, fare una breve considerazione sulla disciplina degli eventi modificativi dell'ente. Il mancato richiamo ai gruppi d'impresa, infatti, ha dei riflessi anche su questa disciplina e, nella specie, sul trasferimento di azienda, espressamente preso in considerazione dall'art. 33 del D.Lgs. n. 231/2001.

Tale norma, infatti, dopo aver stabilito che, nel caso di cessione dell'azienda, della sanzione pecuniaria applicata per il reato commesso risponde solidalmente, nei limiti ovviamente del valore dell'azienda, anche il cessionario, salvo che non sia possibile la preventiva escussione del cedente, al comma II, limita, tuttavia, l'obbligazione del cessionario alle sole sanzioni pecuniarie che risultano dai libri contabili obbligatori, ovvero a quelle dovute per illeciti amministrativi dei quali egli era comunque a conoscenza.

Orbene, questa previsione legislativa appare alquanto singolare, posto che, di tal guisa, sfuggono, per esempio, alla sanzione tutte le cessioni nelle quali la conoscenza del cessionario si estendeva all'illecito penale, ma non arrivava alla individuazione della sussistenza dei presupposti dell'illecito amministrativo.

Non solo.

Approfittando, infatti, del silenzio legislativo sul fenomeno dei gruppi societari, si consente al responsabile del reato di eludere la sanzione interdittiva inflittagli, spostando l'azienda o un ramo della stessa dalla società originariamente destinataria della sanzione stessa ad altra società del gruppo, ovvero ad una consociata, proprio come avviene continuamente nei gruppi societari.

Ma vi è di più.

Prevedendo l'applicazione di questa disciplina anche nel caso di conferimento d'azienda, il legislatore ha inteso legittimare definitivamente la disapplicazione sistematica delle sanzioni interdittive. Ciò in quanto il gruppo gode dell'applicazione dell'art. 33 e quindi, salvo rispondere, nei limiti indicati, del debito pecuniario da sanzione, è espressamente autorizzato dal legislatore a sfuggire alle sanzioni interdittive.

Si tratta evidentemente di una conclusione sorprendente.

L'atteggiamento, infatti, per cui il fenomeno di gruppo non solo non viene preso in considerazione, ma, nell'unico passaggio in cui ciò si verifica – seppur implicitamente –, autorizza ad eludere la legge appare non solo errato sul piano della politica criminale, ma particolarmente grave sul piano interpretativo. Da qui il

sorgere di eventuali questioni di incostituzionalità, proprio per le ingiustificate disparità di trattamento cui l'applicazione di tali norme può condurre. Sarebbe stato opportuno piuttosto discernere le diverse situazioni, non tanto in ragione delle diverse tipologie di vicende modificative, quanto in ragione degli eventuali spostamenti di proprietà sostanziale eventualmente verificatesi.

L'analisi delle complesse tematiche riguardanti la rilevanza dei gruppi nel nostro ordinamento suggerisce alcune considerazioni finali, pur nella consapevolezza che si tratta di materia destinata a subire ulteriori riforme in ossequio ai continui sviluppi della realtà economico-giuridica imprenditoriale e finanziaria che oggi viviamo.

In particolare, si è tentato, fin qui, di mettere in luce come le difficoltà incontrate dalla dottrina e, in parte, anche dalla giurisprudenza nel trovare un punto di equilibrio tra una disciplina penalistica per molti versi retrograda e l'irrompere sulla scena giudiziaria di gravi eventi criminali in gran parte commessi proprio da gruppi societari, erano giustificate, inizialmente, dalla totale assenza di una dettagliata normativa sui gruppi di imprese e sulle interconnessioni fra capogruppo e società controllate.

La necessaria responsabilizzazione della società era, tuttavia, un'esigenza da tempo avvertita, tant'è che l'approvazione del decreto *de quo* è avvenuta in maniera celere e in tempi davvero ristretti.

Ciò nonostante, molti sono ancora i limiti rinvenibili nel provvedimento *de quo*, proprio in relazione alle più complesse forme organizzative. Tra questi, come abbiamo visto:

a) l'esclusione dal provvedimento dei gruppi aziendali che, originariamente previsti dal Progetto Grosso, possono definirsi come complessi di società giuridicamente autonomi, ma retti da un unico indirizzo strategico, con livelli di autorità gerarchica e di influenza simili a quelli riscontrabili nelle aziende a struttura complessa. Chiara la conseguenza: rendere non punibili e sottrarre ai meccanismi sanzionatori le società capogruppo, che, in realtà, dettano la regia delle azioni illecite attribuite ad una controllata;

b) l'assenza di riferimenti ai modelli organizzativi delle c.d. *reti di azienda*, forme largamente affermate nei mercati, caratterizzate da un'accentuata propensione a costituire "catene di attività" in gran parte affidate a *partners* esterni, ma senza perdere, tuttavia, il controllo sull'intera catena. Lo scopo è ovviamente quello di aumentare la flessibilità organizzativa dell'azienda e accedere alle migliori competenze esterne.

Orbene, proprio con riferimento a queste forme organizzative la ricerca dei vantaggi sinergici a livello di gruppo e di rete aziendale attraverso la commissione di illeciti – *condicio sine qua non* per l'attribuzione di responsabilità amministrativa – rischia di restare vistosamente esclusa dall'ambito applicativo della nuova disciplina, mentre in concreto sono proprio le consociate o le società *partner* a poter essere utilizzate come strumenti operativi dell'impresa *leader* che voglia operare fraudolentemente per la commissione di reati.

In realtà, l'impatto di tale silenzio normativo potrebbe essere, in parte, smorzato aderendo all'impostazione, che, accolta da alcune pronunce di merito, come quella citata del Tribunale di Milano, include nella nozione di interesse di cui all'art. 5 anche l'*interesse di gruppo*, estromettendo dal novero dei soggetti terzi, non imputabili ai sensi del D.lgs. n. 231/2001, le società facenti parte dello stesso gruppo, nonché di conseguenza la società capogruppo.

E' chiaro che il problema che qui si pone è di violazione del principio di legalità di cui all'art. 2, c.p., posto che si tratterebbe di interpretare l'art. 5 del decreto *de quo* in termini estensivi, dando luogo, pertanto, ad una vera e propria analogia in *malam partem*. L'unico modo per uscire dall'*impasse* e includere i gruppi societari tra i soggetti imputabili è di considerare la responsabilità disciplinata dal D.lgs. n. 231/2001 come mera responsabilità amministrativa, così sottraendola all'applicazione dei principi appena esposti. D'altra parte, tale è definita la responsabilità da reato degli enti dallo stesso Legislatore delegato.

Preme fare, tuttavia, una precisazione. Derivando questa responsabilità da reato ed essendo la stessa legata alle garanzie del processo penale, la stessa finisce per divergere in più punti dal paradigma di illecito amministrativo tradizionalmente desunto dalla Legge n. 689/1981. Il necessario corollario sarà il sorgere di una responsabilità di *tertium genus*, che coniughi i tratti essenziali del sistema penale e amministrativo, nel

tentativo di contemperare le ragioni dell'efficiacia preventiva con quelle, ancor più irrinunciabili, della massima garanzia.

Si tratta, come si vede, di un tema ancora aperto, che nasconde, in fondo, antiche dispute dogmatiche sulla reale ammissibilità di una responsabilità realmente penale in capo agli enti e che necessita, quindi, di ulteriori interventi legislativi volti a chiarire le ancora numerose zone d'ombra del decreto.

D'altra parte, il decreto offre, per molti versi, un quadro analitico da tempo superato, con la conseguenza che la sua portata attuativa inciderà solo parzialmente ed, in prospettiva, sempre meno sul sistema economico complessivo, se non verrà corretto ed integrato.

La speranza comunque è che la nuova disciplina sui reati aziendali possa trovare rinforzo nei comportamenti reali delle imprese e nell'interiorizzazione degli obiettivi della riforma dei propri modelli culturali, a tutela delle singole aziende e a vantaggio di una maggiore efficienza complessiva dei mercati.