

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI GENOVA

Dipartimento di Diritto Pubblico e Processuale

Sezione di Diritto e Procedura Penale

Dottorato di Ricerca in Diritto e Procedura Penale XXVII Ciclo



**ABUSO DI GESTIONE E CONFLITTO DI INTERESSI: LA RESPONSABILITÀ
PENALE DEGLI AMMINISTRATORI, SISTEMI A CONFRONTO**

Tesi di Dottorato di:

DOTT. DIEGO LOY

MATR. N. 3734018

Relatore:

Chiar.mo Prof. PAOLO PISA

Anno Accademico 2017-2018

*A mia moglie Marta,
a Maria e Michele.*

Introduzione	7
--------------	---

CAPITOLO I

L'INFEDELTA' PATRIMONIALE NELL'ART. 2634 C.C.

1. Inefficienza della normativa previgente e necessità unanimemente espressa di misure più incisive per la repressione dei comportamenti abusivi: le ragioni storiche dell'introduzione.	15
1.1. Il tormentato iter normativo.	21
2. La nuova figura d'infedeltà patrimoniale alla luce delle esperienze giuridiche europee.	23
3. Il bene giuridico tutelato: una tutela "privata" del patrimonio sociale.	30
4. I soggetti attivi.	33
5. Il presupposto della condotta: il conflitto di interessi.	36
6. La condotta tipica: il compimento o il concorso nella delibera di atti dispositivi.	44
7. L'evento del danno patrimoniale.	49
8. La duplicità delle forme di dolo e i controversi margini di sopravvivenza del dolo eventuale.	52
8.1. Il dolo specifico.	53
8.2. Il dolo intenzionale.	56
9. Il conflitto "esterno" e i beni posseduti o amministrati per conto di terzi.	59
10. Consumazione e tentativo.	62
11. La problematica perseguibilità a querela.	62
12. Le sanzioni e la prescrizione del reato.	67
13. L'infedeltà nei gruppi di società.	69
14. La clausola dei vantaggi compensativi.	72
15. Responsabilità della società: esclusione.	75

CAPITOLO II

IL FENOMENO DEI GRUPPI DI SOCIETA'.

1. La nascita e lo sviluppo dei gruppi: nuovi fenomeni imprenditoriali e nuove forme organizzative per l'esercizio dell'impresa.	77
1.1. Excursus storico: il gruppo come forma evoluta della società per azioni.	80
1.2. Unità economica e pluralità giuridica.	82

1.3. Il comune denominatore economico come mezzo per riportare ad unità il fenomeno anche dal punto di vista giuridico: un'ipotesi dottrinale.	86
1.4. Il gruppo come impresa giuridicamente unitaria: irrilevanza della questione e persistenza delle problematiche connesse all'esercizio dell'attività di gruppo.	88
2. L'emersione del fenomeno nella disciplina civilistica: il concetto di controllo.	91
2.1. La nozione di direzione unitaria: un dialogo tra la dottrina, la giurisprudenza e il legislatore.	94
3. Il gruppo di società.	98
4. I diversi tipi di gruppi.	100
5. Il legislatore penale e i gruppi: alcune problematiche.	102
5.1. Le condotte infragrupo abusive nel sistema previgente all'art. 2634 c.c.: l'adattamento di norme "inadeguate" ad opera della dottrina e il riconoscimento del gruppo anche come fattore di giustificazione.	103
5.2. La giurisprudenza e il fenomeno dei gruppi di società.	108
5.3. Il legislatore penale fa un "balzo" in avanti: il riconoscimento dei gruppi e il delitto di infedeltà patrimoniale.	110
6. La riforma del diritto societario: una prima bozza di "statuto dell'impresa esercitata sotto forma di gruppo".	115
6.1. Direzione e coordinamento di società: principi generali su cui è basata la riforma.	118
6.2. Obblighi di trasparenza e pubblicità: una tutela preventiva per gli azionisti esterni e per i creditori delle controllate.	121
6.3. Alcune tutele specifiche: il recesso del socio e la postergazione nella restituzione dei finanziamenti infragrupo.	125
6.4. La responsabilità patrimoniale della holding per "abuso di direzione unitaria".	128
7. Alcune valutazioni conclusive.	138
7.1. Sulla responsabilità degli amministratori.	140
7.2. Una rivisitazione del concetto di "interesse sociale" e di "pregiudizio".	142
7.3. Sui poteri della maggioranza, sul bene tutelato e sulle ragioni della procedibilità a querela in relazione al delitto di infedeltà patrimoniale.	143

CAPITOLO III

LA CLAUSOLA DEI VANTAGGI COMPENSATIVI.

1. Individuazione della problematica: un fenomeno caratterizzato dall'antinomia tra «unità» economica e «pluralità» giuridica.	145
1.1. Una possibile soluzione: l'emersione della teoria dei vantaggi compensativi.	149
2. Compensazione tra vantaggi e pregiudizi: i passi «incerti» della giurisprudenza italiana.	152
2.1. Alcuni spunti comparatistici.	157
2.1.1. La giurisprudenza francese.	158
2.1.2. La disciplina tedesca.	160
2.1.3. L'esperienza spagnola.	165
2.1.4. I fiduciary duties americani.	166

2.2. Clausola dei vantaggi compensativi: il percorso dottrinale.	173
2.3. Alcuni rilievi critici circa l'efficienza della clausola: un revirement rigoristico e la prospettazione di una soluzione alternativa.	177
3. La soluzione accolta dal legislatore: la clausola dei vantaggi compensativi.	180
3.1. Una ipotesi di lavoro.	183
3.2. La formulazione civilistica.	184
3.3. La formulazione penalistica.	189
3.3.1. La difficile individuazione dell'ambito di applicazione oggettivo e soggettivo.	190
3.3.2. L'equivoca chiave di valutazione cui rapportare la sussistenza della compensazione.	191
3.3.3. L'utilizzazione di una «formula aperta» per definire i criteri compensativi.	193
3.4. Sulla natura della clausola dei c.d. vantaggi compensativi: scriminante, esclusione della tipicità del fatto o limite esecutivo.	197
4. Rapporti tra le due discipline.	202
5. Sulla ripartizione dell'onere probatorio.	205
5.1 Alcune valutazioni sull'efficacia pratica della clausola.	210

CAPITOLO IV

RAPPORTI CON ALTRE FIGURE DI REATO ED OPERATIVITA' DELLA CLAUSOLA DEI VANTAGGI COMPENSATIVI

1. Rapporti con altri reati.	213
2. Rapporti con il delitto di appropriazione indebita di cui all'art. 646 c.p.	213
3. Rapporti con il delitto corruzione tra privati di cui all'art. 2635 c.c.	219
4. Il delitto di infedeltà patrimoniale e il fallimento della società.	223
4.1 Rapporti dell'infedeltà patrimoniale con il reato di cui all'art. 223, comma 2, n. 1 l.f..	224
4.2 Rapporti con il delitto di bancarotta fraudolenta societaria per distrazione.	228
4.3 Il caso A.C. Fiorentina. La posizione della giurisprudenza sui rapporti tra bancarotta fraudolenta societaria per distrazione e da infedeltà patrimoniale.	234
5. Esportabilità della clausola ad altre fattispecie di reato.	241

CONCLUSIONI

1. Premessa.	248
2. L'emersione di nuove esigenze di tutela: la trasparenza e la correttezza dell'informazione come beni da tutelare in via anticipata.	250
3. Il delitto di infedeltà patrimoniale e la clausola dei vantaggi compensativi: una tutela «privata» rivolta esclusivamente al patrimonio sociale.	254

4. Un'indagine pratica: il lungo e difficoltoso iter processuale necessario per ottenere una tutela penale o civile.	261
5. Alcune proposte per una tutela più incisiva dei soci di minoranza e dei creditori sociali.	265
6. La clausola di vantaggi compensativi: alcuni suggerimenti dall'«estero».	268
7. Un giudizio sull'applicazione pratica del reato di infedeltà patrimoniale nel panorama economico italiano.	272
Bibliografia	277
Repertorio della Giurisprudenza.	289

Introduzione

Negli ultimi decenni una moltitudine di vicende o fenomeni patologici ha investito il mercato italiano: sempre più spesso i giornali economici e persino i quotidiani riferiscono scandali finanziari di grandi proporzioni.

Non si tratta di una peculiarità italiana, come conferma la crescente attenzione e le sempre maggiori sollecitazioni – indirizzate dal legislatore comunitario a quelli nazionali – alla predisposizione di nuove forme di illeciti economici, ovvero alla previsione di una responsabilità penale delle imprese, concorrente con quella degli amministratori, in relazione a particolari ed insidiose fattispecie criminali.

L'esigenza di un rapido ed incisivo intervento normativo – avvertita in maniera sempre più impellente sia dagli operatori economici che giuridici – è dettata dalla necessità di evitare quello sfasamento tra diritto positivo e società che costituisce uno dei maggiori sintomi dell'insufficienza del diritto¹.

Sotto l'incalzare di un incessante sviluppo tecnologico, i legislatori dei diversi stati hanno dovuto rincorrere – se così si può dire – fenomeni in continuo divenire, addirittura con la necessità di elaborare una specifica disciplina ancor prima che fosse compiuta una adeguata riflessione sui fenomeni stessi, e questi ultimi sottoposti ad un corretto inquadramento sistematico e giuridico.

Chiunque si avvicini al mondo degli affari non può restare indifferente ai profondi cambiamenti che hanno investito lo scenario economico mondiale.

Tra i fenomeni più appariscenti ed incisivi va annoverato, sicuramente, quello ormai noto come “globalizzazione” e per il quale il mercato di riferimento degli operatori è (quasi improvvisamente) divenuto da locale a globale.

Nasce in questo modo – grazie anche al costante sviluppo tecnologico – la tendenza a dislocare le attività produttive (o, addirittura, le imprese stesse) laddove, per le ragioni più svariate, i costi sono minori (reperibilità di materie prime, manodopera, agevolazioni fiscali, oneri per misure antinfortunistiche, previdenziali ecc.). E' così possibile “restare sul mercato” in modo competitivo sfruttando appieno le opportunità di profitto e di sviluppo offerte dalla realtà economica.

¹ Si esprime in termini analoghi F. CARNELUTTI, *Tutela penale della minoranza nelle società per azioni*, in *Riv. Soc.*, 1956, p. 394 ove tratta di una scalata ad una società anonima.

Siffatta tendenza è stata accentuata dalla possibilità di mantenere il controllo e la direzione delle strutture periferiche nonostante considerevoli distanze, tant'è che sempre più numerose sono le imprese dotate di sedi organizzative e gestionali distinte da quelle operative.

Il progresso dei trasporti ha impresso ulteriore spinta verso una sempre più accentuata delocalizzazione delle attività produttive: oggi è possibile consegnare merci in qualsiasi parte del mondo con costi relativamente contenuti, o comunque inferiori ai vantaggi conseguiti grazie alla delocalizzazione stessa.

Non può trascurarsi l'apporto dell'informatica e della telematica, la più grande frontiera dei tempi moderni. Lo scambio di notizie e di informazioni avviene in tempi rapidissimi, se non addirittura istantanei, facilitando ed accrescendo la possibilità di gestione a distanza, nonché influenzando la fase terminale del procedimento produttivo, sia nella pubblicità che nella vendita dei prodotti.

L'avvento di *internet* ha abbattuto gran parte dei costi legati alla pubblicizzazione delle merci o delle attività. Anche società o imprenditori di minori dimensioni, quindi, hanno potuto estendere la clientela, raggiungendo numerosissime persone a prescindere dalle distanze.

Infine, la "finanziarizzazione" – fenomeno che corona la c.d. "dematerializzazione" delle partecipazioni azionarie – ha reso possibile non solo acquistare oggetti o servizi "a distanza" ma addirittura anche intere società tramite lo scambio delle azioni circolanti sul mercato borsistico.

Questa breve (e confusa) rassegna delle più rilevanti innovazioni che hanno influenzato lo scenario economico mondiale ovviamente intende solo dar conto di un contesto di continui e repentini mutamenti, e la riforma penale societaria – attuata in Italia con il D.Lgs. 11 aprile 2002 n. 61 – può essere appieno compresa solo se guardata da questa prospettiva.

La novella è di fondamentale importanza soprattutto per l'introduzione del delitto di "*infedeltà patrimoniale*" con il quale il legislatore ha inteso fornire tutela al patrimonio sociale contro gli abusi dei c.d. organi apicali.

Si tratta di un adeguamento di fondamentale importanza, poichè le condotte infedeli – divenute sempre più complesse per il mutato scenario economico ed il costante sviluppo e rinnovamento delle realtà imprenditoriali – hanno manifestato la capacità di sfuggire

alle previsioni tanto delle figure criminose provenienti dal comune ceppo del *furtum* (come l'appropriazione indebita o la truffa) quanto di quelle altre più specifiche (come il conflitto di interessi) spesso utilizzate dalla giurisprudenza, in mancanza di una norma *ad hoc*, per reprimere qualsiasi tipo di amministrazione aprioristicamente (e quindi pregiudizialmente, secondo la *weltanschauung* dell'interprete) ritenuta scorretta².

La presente indagine costituisce un approfondimento e uno sviluppo dello studio effettuato dal candidato in sede di laurea allorché la novella era ancora di recente conio e non si era ancora consolidato, quantomeno in giurisprudenza, un orientamento chiaro ed univoco su molteplici problematiche sollevate dalla dottrina all'indomani dell'introduzione del reato di infedeltà patrimoniale di cui all'art. 2634 c.c.

Pertanto, dopo un breve inquadramento della problematica e l'individuazione del contesto storico e normativo con cui l'operatore giuridico si deve confrontare, si esaminerà la situazione antecedente alla riforma per comprendere le difficoltà incontrate dalla dottrina e dalla giurisprudenza nell'applicare le vecchie normative alle nuove realtà, e si darà conto di correttivi e soluzioni adottate per colmare le numerose lacune dell'ordinamento.

Incentrata l'attenzione sulle scelte del legislatore – e, in particolare, sul presupposto del reato, il conflitto di interessi, sempre sottoposto a una duplice interpretazione (formale o sostanziale) – si darà conto del persistente “*fil rouge*” che attraversa l'intero impianto della riforma ossia la delimitazione dei confini del penalmente rilevante.

Nella fattispecie *de quo*, l'obbiettivo è stato perseguito:

- con la descrizione della condotta attraverso modalità che per la prima volta si discostano da formulazioni quali “*abuso di potere*” e “*violazione di dovere*”, già frequenti nei progetti di riforma tanto italiani quanto stranieri;
- con l'abbandono di figure di reato improntate a modelli di pericolosità presunta, viceversa incardinando le fattispecie sulla reale offensività per l'interesse protetto e, pertanto, sulla verifica del danno;
- con la previsione di un intenso momento soggettivo.

² Come rileva già P. NUVOLONE, *L'infedeltà patrimoniale nel diritto penale*, Milano, 1941, p. 9, si tratta di un fenomeno comune a diversi ordinamenti: «in quel processo di individualizzazione dei vari reati patrimoniali dal ceppo comune del *furtum* – processo da cui emersero poco a poco le fattispecie autonome del furto proprio, dell'appropriazione indebita, della truffa – si andò elaborando, in varie legislazioni, una forma speciale di reato, consistente nella lesione degli interessi patrimoniali altrui, ad opera della persona a cui questi interessi, in un modo più o meno ampio, sono stati affidati».

Il fenomeno dell'infedeltà patrimoniale non è certo circoscritto alle sole condotte di *mala gestio* perpetrate all'interno di una singola società.

Uno dei profili di maggiore interesse della nuova figura criminosa consiste proprio nel fatto che il legislatore italiano, per la prima volta e per il suo tramite, si occupa dei peculiari aspetti e delle conseguenze della fattispecie allorchè intervenga nell'esercizio dell'attività di impresa in forma di gruppo, dettando un'apposita disciplina.

Siffatto intervento era divenuto ormai improrogabile in quanto i grandi cambiamenti di cui poc'anzi si è accennato – e che saranno oggetto di specifici approfondimenti nel prosieguo dello studio – hanno determinato un radicale mutamento della forma organizzativa dei soggetti che operano sul mercato: sono sempre più numerose le società (di grandi, medie e piccole dimensioni) che negli ultimi tempi hanno dato vita o sono entrate a far parte di un raggruppamento societario.

Di fronte a questo fenomeno il penalista non può rimanere indifferente soprattutto se si ha riguardo ai molteplici riverberi sulle diverse condotte delittuose manifestati dall'adozione di siffatti modelli organizzativi.

La divergenza degli interessi (patrimoniali e non) facenti capo alle singole società del gruppo costringe inevitabilmente gli amministratori – o, più in generale, chi è chiamato a svolgere attività di gestione – ad operare una scelta in merito all'interesse (ritenuto) “prevalente” o comunque “da perseguire”.

Da questa scelta può derivare un pregiudizio non soltanto per il patrimonio di qualche componente del gruppo ma, talvolta, anche per i singoli investitori-risparmiatori.

E' altresì intuitivo che si tratta di scelte estremamente delicate soprattutto laddove il gruppo raggiunga considerevoli dimensioni dando vita a rapporti intersocietari sempre più complessi e articolati.

L'esperienza tratta da recenti scandali finanziari (Parmalat, Bpi) insegna come sia proprio la presenza di convenienze extrasociali diverse rispetto all'interesse particolare e specifico della società e dei soci (*rectius*, dell'azionariato di controllo) a costituire il campo di battaglia prediletto delle scorrettezze di gestione.

Il rischio di scelte viziate dalla presenza di interessi conflittuali si annida ancor più di frequente fra le società quotate, ove maggiore è l'influenza del rapporto di controllo o di gruppo sulla gestione dell'impresa.

Il giurista deve quindi prestare massima attenzione ai gruppi societari, siccome forma organizzativa certamente lecita – nonché capace di produrre un incremento di valore per tutte le entità aggregate, quando correttamente impiegata – ma altrettanto certamente caratterizzata da numerosissimi e gravi fattori di rischio.

L'obiettivo dello studio consisterà nel tentativo di individuare un adeguato punto di equilibrio tra le diverse esigenze, così da poter fruire delle positività del modello tutelando, nel contempo, il patrimonio individuale delle singole società e dei risparmiatori-investitori dagli abusi ipoteticamente perpetrabili nei loro confronti.

Dottrina e giurisprudenza, sotto il vigore della progressa disciplina, avevano individuato siffatto punto di equilibrio nella teoria dei vantaggi compensativi.

Più di recente, anche il legislatore della riforma ha aderito espressamente a tale indirizzo (ne è una riprova il co. 3 dell'art. 2634 c.c.) riconoscendo il differente atteggiarsi del conflitto di interessi allorchè la condotta venga in essere nell'ambito di una singola società o, piuttosto, all'interno di una realtà più ampia.

Il fulcro dell'indagine consisterà quindi nello studio della clausola dei vantaggi compensativi così come descritta dal legislatore, anche attraverso la costante e fondamentale comparazione con la (pur successiva) riforma civile del diritto societario attuata dal D.Lgs. 17 gennaio 2003 n. 6, ove una clausola analoga è prevista ai fini dell'esclusione della responsabilità derivante dall'esercizio dell'attività di "*Direzione e coordinamento*".

In quest'ultimo caso, il legislatore perseguiva l'intento di contemperare le esigenze degli azionisti di controllo (e del gruppo in genere) con quelle delle singole società e soci di minoranza. Il punto di equilibrio è stato individuato valorizzando la possibilità per i primi di perseguire una politica unitaria, e nel contempo garantendo ai secondi una adeguata compensazione per i sacrifici richiesti (od imposti).

Si tenterà, perciò, di apprezzare la validità della scelta verificando entro quali limiti possa tollerarsi il comportamento di quegli amministratori che, nell'interesse del gruppo o di una società controllata, abbiano posto in essere un atto solo "apparentemente" pregiudizievole per la società appartenente al gruppo stesso in posizione di dipendenza.

O, in altre parole ma con il medesimo obiettivo, quali siano i contenuti del comportamento e/o i criteri di valutazione da adottare perché il comportamento medesimo possa ritenersi "apparentemente" (ma non sostanzialmente) pregiudizievole.

Sarà necessaria, a tale scopo, un'attenta lettura del testo normativo il quale, per diverse improprietà lessicali, si espone a molteplici interpretazioni.

Non sarà inutile evidenziare sin d'ora che le maggiori criticità consistono sicuramente nell'individuazione dei criteri e degli standard da ritenersi integrati affinché il pregiudizio possa dirsi compensato. Infatti, il riferimento alla *fondata prevedibilità* sembra un indice insufficiente a fornire chiare ed univoche indicazioni.

Dopo aver svolto un'interpretazione strettamente letterale, pertanto, si tenterà di valutarne la portata sistematica, relazionando la formula penale con quella civile per capire se si tratti di parametri coincidenti o, al contrario, se abbiano portata differente.

Nello svolgimento del lavoro, infine, potrà essere di grande ausilio anche il raffronto con le soluzioni adottate da altri ordinamenti giuridici, ove, ancor prima che in Italia, sono stati “fatti i conti” col fenomeno e già da tempo si dispone di specifiche discipline in materia. Molti Stati, pur con formulazioni e con accenti parzialmente differenti, hanno adottato soluzioni assai vicine alla teoria dei vantaggi compensativi. Il confronto potrà quindi permettere non soltanto una più approfondita comprensione della nostra normativa, ma anche – e soprattutto – costituire l'occasione per individuare eventuali criticità e offrire gli strumenti per proporre qualche soluzione già sperimentata in altri Paesi.

Per ragioni di speditezza e di chiarezza espositiva il discorso non verrà frammentato dando ragione, di volta in volta, delle diversità e delle peculiarità insite in ogni forma di raggruppamento societario.

Ciò nonostante, tale fattore dovrà essere sempre tenuto in considerazione onde evitare di incorrere in eccessive semplificazioni. Sarà pertanto utile verificare se il rapporto tra le diverse entità del gruppo è solido e stabile o se, viceversa, si tratti di un legame flebile ed estemporaneo: solo in tal modo potrà comprendersi se l'inclusione di una società nell'organigramma di gruppo è finalizzata ad un mero asservimento agli interessi della capogruppo, o se ha realmente l'intento di perseguire una politica unitaria di medio o lungo periodo volta alla crescita non solo del gruppo ma anche delle singole componenti.

La bontà delle soluzioni adottate dal legislatore – tanto sul terreno dell'infedeltà patrimoniale “base”, quanto nel caso di condotte poste in essere da amministratori

preposti a società facenti parte di gruppi – andrà vagliata sul piano teorico anche, e soprattutto, su quello pratico.

È proprio nella pratica, infatti, che la nuova figura di reato ha ricevuto le critiche più aspre.

Infine l'attenzione si incentrerà prevalentemente sull'onere della prova, il quale rischia di frapporre notevoli ostacoli al corretto operare della clausola, potenzialmente vanificata dall'enorme mole di elementi oggetto di valutazione, oltre che dal frequente incorrere dei giudici in falsi negativi o positivi.

Ancora più a monte, ulteriori ostacoli al raggiungimento degli scopi del legislatore potrebbero ravvisarsi nella procedibilità del reato a querela della persona offesa, che rischia di impedire in radice qualsiasi intervento repressivo anche per condotte ipoteticamente assai gravi.

Altresì, pur promossa l'azione penale e dimostrata la colpevolezza, le misure edittali della pena rendono il reato praticamente bagatellare, rischiando di vanificare le stesse prospettive di tutela.

L'esame della fattispecie incriminatrice dell'infedeltà patrimoniale verrà quindi esteso all'analisi del rapporto con altre fattispecie di diritto comune, quali l'appropriazione indebita di cui all'art. 646 c.p., e di parte speciale, tra cui la corruzione tra privati di cui all'art. 2635 c.c., idonee ad influenzarne i risvolti applicativi.

Si affronterà, quindi, la problematica relativa alla estensibilità o meno della clausola dei vantaggi compensativi anche a fattispecie diverse rispetto a quella di cui all'art. 2634 c.c. nell'ambito della quale il legislatore l'ha collocata.

Infine, particolare attenzione sarà dedicato all'atteggiarsi della norma incriminatrice in esame nella fase patologica della vita di una società e, quindi, all'esito della dichiarazione di fallimento della stessa che impone all'interprete un ulteriore coordinamento della fattispecie con l'apparato normativo contenuto nella Legge Fallimentare la quale, per le ovvie ragioni di tutela dei creditori sociali della società dichiarata fallita, porta con sé criteri ulteriori con i quali la fattispecie di nuovo conio è portata a confrontarsi.

Anche nell'ambito del fallimento verrà analizzata la problematica relativa all'operatività della clausola dei vantaggi compensativi di cui al comma 3 dell'art. 2634 c.c. con riferimento alla bancarotta fraudolenta societaria di cui all'art. 223, comma 2, n. 1 L.F.

la quale, a seguito della novella legislativa di cui al D.Lgs. 11 aprile 2002, n. 61, nel delineare la condotta tipica fa espresso riferimento alla commissione di “*alcuno dei fatti previsti dagli articoli (...) 2634 c.c.*”.

Si esamineranno gli orientamenti di chi valorizzando il richiamo al “*fatto*” di reato ritiene che lo steso vada inteso con riferimento a tutti gli elementi costitutivi della fattispecie ivi comprese eventuali clausole di esclusione della responsabilità o della pena e di chi, qualificando “*a monte*” la clausola dei vantaggi compensativi quale “*limite esegetico della fattispecie*” è maggiormente portato a riconoscerne la portata di clausola generale dell’ordinamento idonea ad escludere l’antigiuridicità del fatto tipico anche al di fuori della fattispecie incriminatrice all’interno della quale è inserita.

CAPITOLO I

L'INFEDELTA' PATRIMONIALE NELL'ART. 2634 C.C.

SOMMARIO: 1. L'inefficienza della normativa previgente e la necessità unanimemente espressa di misure più incisive per la repressione dei comportamenti abusivi: le origini storiche dell'introduzione. – 1.1. Il tormentato iter normativo. – 2. La nuova figura d'infedeltà patrimoniale alla luce delle esperienze giuridiche europee. – 3. Il bene giuridico tutelato. – 4. I soggetti attivi. – 5. Il presupposto della condotta: il conflitto di interessi. – 6. La condotta tipica: il compimento o il concorso nella delibera di atti dispositivi. – 7. L'evento: il danno patrimoniale. – 8. L'elemento soggettivo. – 8.1. Il dolo specifico. – 8.2. Il dolo intenzionale. – 9. Il conflitto "esterno" e i beni posseduti o amministrati per conto di terzi. – 10. Consumazione e tentativo. – 11. La perseguibilità a querela. – 12. Le sanzioni e la prescrizione del reato. – 13. L'infedeltà nei gruppi di società. – 14. La clausola dei vantaggi compensativi. – 15. Responsabilità della società: esclusione.

1. Inefficienza della normativa previgente e necessità unanimemente espressa di misure più incisive per la repressione dei comportamenti abusivi: le ragioni storiche dell'introduzione.

Lungo e travagliato è stato il percorso culminato nell'introduzione della figura criminosa dell'"infedeltà patrimoniale"³.

La fattispecie è prevista dall'art. 2634 c.c., come modificato dall'art. 1 del D.Lgs. 11 aprile 2002 n. 61, in attuazione dell'art. 11 co. 1 lett. a) n. 12 della legge delega n. 366 del 3 ottobre 2001.

³ Per una prima analisi della norma incriminatrice cfr., R. ACQUAROLI, *Alcune osservazioni sul reato di infedeltà patrimoniale alla luce del nuovo diritto societario*, in AA.VV., *La riforma dei reati societari*, a cura di C. PIERGALLINI, Atti del seminario, Macerata 21 marzo 2003, Milano, 2004, p. 165 ss; P. ALDROVANDI, *Art. 2634 c.c.*, in *I nuovi reati societari (Commentario al decreto legislativo 11 aprile 2002, n. 61)* a cura di A. LANZI-A. CADOPPI, Padova, 2007, p. 180; E. AMATI, *Infedeltà patrimoniale*, in *I reati societari*, a cura di A. ROSSI, Torino, 2005, p. 400 ss; C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, Milano, 2009; A. CRISTIANI, *Art. 2634 c.c.*, Torino, 2003; L. FOFFANI, *Le infedeltà*, in *Il nuovo diritto penale delle società. D.lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, a cura di A. ALESSANDRI, Milano, 2002, p. 350 ss; ID, *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione dell'impresa. Profili penalistici*, Milano, 1997, p. 400; ID, *Art. 2634 c.c.*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. PALAZZO-C.E.PALIERO, 2° ed., Padova, 2007, p. 2518 ss; A. L. MACCARI, *Art. 2634 c.c.*, in *I nuovi illeciti penali e amministrativi*, a cura di F. GIUNTA, 2002; E. MEZZETTI, *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario*, in *Riv. it. Proc. Pen.*, 2004, p. 200 ss; V. MILITELLO, *L'infedeltà patrimoniale. Art. 2634 c.c.*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A. GIARDA e S. SEMINARA, Padova 2002, p. 471 ss; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, Milano, 2009, p. 197 ss; P. NUVOLONE, *L'infedeltà patrimoniale nel diritto penale*, Milano, 1941, p. 9 ss; G. SCHIAVANO, *Riflessioni sull'infedeltà patrimoniale societaria (Art. 2634 c.c.)*, in *Riv. Trim. dir. Pen. ec.*, 2004, p. 815 ss.

Si tratta di una novità fondamentale, che colma la lacuna sanzionatoria da tempo denunciata dalla dottrina e sofferta dalla giurisprudenza, e rappresenta un adeguamento positivo ormai non più differibile, anche sotto il profilo del diritto comparato⁴.

A monte di questa fattispecie penale *di nuovo conio* (e a testimonianza del disagio dell'operatore giuridico per la precedente carenza normativa⁵) v'è tutto un travaglio di incertezze interpretative, di proposte, di tentativi, di inammissibili applicazioni estensive o analogiche di norme penali diverse.

Il tormentato percorso normativo è in gran parte riconducibile alla difficile e problematica composizione dell'esigenza di *repressione delle condotte abusive* nella gestione del patrimonio altrui con la contrapposta necessità di «evitare l'introduzione di una fattispecie eccessivamente elastica»⁶, tale da non tenere nel debito conto lo spartiacque intercorrente tra rischio lecito d'impresa e condotte infedeli o abusive.

Siffatta esigenza, sul piano tecnico-legislativo, comporta l'innegabile difficoltà della tipizzazione di condotte volte a contrastare una variegata molteplicità di tipologie di abuso dei beni e del patrimonio sociale, intesa come *genus* comprensivo sia dei comportamenti degli amministratori tesi al perseguimento di un interesse extrasociale, sia di modi di agire ipoteticamente a vantaggio della società, sia, ancora, di azioni dirette a recare un danno immediato alla società.

Lo sforzo del legislatore, quindi, è consistito nel tentativo di costruire una fattispecie criminosa coerente ai principi di *tassatività* e *offensività*, onde evitare il rischio di indeterminatezza, e lo strumento utilizzato allo scopo è stato un largo uso di elementi descrittivi del fatto tipico.

⁴ La lacuna sanzionatoria era stata rilevata sin dal 1941 ad opera di P. NUVOLONE, *L'infedeltà patrimoniale nel diritto penale*, cit., p. 9 ss. e in seguito rimarcata con particolare incidenza soprattutto da C. PEDRAZZI, *Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1953, p. 534 e da L. FOFFANI, *La tutela delle società commerciali contro infedeltà degli amministratori, insufficienze della normativa e prospettive di riforma*, in *Giur. comm.*, 1987, I, p. 637 ss. Sotto il profilo del diritto comparato risultava necessario adeguare il nostro sistema – ancora incardinato su figure formalistiche di scarsa efficacia pratica – agli altri sistemi giuridici europei che già da tempo prevedevano specifiche figure criminose: l'ordinamento tedesco contemplava una figura generale di infedeltà già a far data dalla legge azionaria del 1965, mentre quello francese più di recente (1966) aveva predisposto non solo una figura generale ma anche un'altra fortemente specializzata.

⁵ L'espressione è di A. CRISTIANI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 162.

⁶ R. ACQUAROLI, *Alcune osservazioni sul reato di infedeltà patrimoniale alla luce del nuovo diritto societario*, cit., p. 165.

Tale rischio, infatti, era ben noto agli interpreti e studiosi italiani soprattutto per le numerose critiche formulate dalla dottrina tedesca alla figura dell'*Untreue*⁷ (fattispecie che, nonostante le censure, ha avuto notevole influenza nella disciplina della nostra infedeltà patrimoniale), ed era acuito dal fatto che non si doveva intervenire su crimini obsoleti quanto su offese patrimoniali finora del tutto sguarnite di adeguato contrasto⁸.

Strettamente connessa a tale problematica è poi l'*individuazione del momento consumativo*, che nelle diverse formulazioni oscillava tra fattispecie incentrate sul pericolo presunto e altre volte a reprimere un pericolo concreto.

Infatti, come rileva Foffani⁹, prima dell'introduzione del reato di infedeltà patrimoniale il nostro sistema sanzionatorio era caratterizzato dalla presenza di numerose incriminazioni di nessuna efficacia pratica nella repressione dei più gravi atti di gestione infedele dell'amministrazione sociale; inefficacia che può apparire a prima vista alquanto sorprendente, stante la constatazione, comunemente condivisa, del carattere particolarmente «avanzato» ed «incisivo», sotto il profilo della tecnica di tutela, delle incriminazioni in questione, generalmente svincolate da qualsivoglia requisito di danno o di pericolo per l'interesse protetto¹⁰.

La protezione e la tutela nei confronti degli atti di *mala gestio* era affidata, con la *tecnica del rinvio*, a talune fattispecie di portata assai limitata e costruite in termini rigorosamente formalistici quali erano i vecchi artt. 2622, 2624, 2630 co. 2 n. 1 c.c., che apparentemente sembrano possedere solo una carica di pericolosità meramente virtuale.

La norma cardine, volta ad apprestare una tutela di carattere generale al dovere di fedeltà degli amministratori e ad evitare la strumentalizzazione dei loro poteri per il conseguimento di finalità extrasociali, era l'art. 2631 c.c., rubricato con la dicitura

⁷ L'art. § 266 StGB recita "Wer die ihm Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, mißbraucht oder die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäft oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft". Per una traduzione italiana del testo vedi *Il codice penale tedesco*, 2° ed. aggiornata al 1 gennaio 2003, a cura di S. VINCIGUERRA, Padova, 2003, p. 309 ove si legge «chiunque abusa del potere di disporre di un patrimonio altrui o di obbligare altri, conferitogli per legge, per ordine dell'autorità o per negozio giuridico, ovvero viola l'obbligo di curare interessi patrimoniali altrui, del quale è investito in forza di legge, di un ordine dell'autorità, di un negozio giuridico o di un rapporto di fedeltà, arrecando con ciò pregiudizio a colui del quale deve curare gli interessi patrimoniali, è punito con la pena detentiva fino a cinque anni o con la pena pecuniaria».

⁸ V. MILITELLO, *L'infedeltà patrimoniale. Art. 2634 c.c.*, cit., p. 475.

⁹ L. FOFFANI, *La tutela delle società commerciali contro infedeltà degli amministratori, insufficienze della normativa e prospettive di riforma*, cit., p. 637.

¹⁰ C. PEDRAZZI, *Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori*, cit., p. 534.

“*conflitto di interessi*”, ove si puniva l’amministratore allorchè, “*avendo in una determinata operazione per conto proprio o di terzi un interesse in conflitto con quello della società*”, non si fosse astenuto “*dal partecipare alla deliberazione del consiglio o del comitato esecutivo relativa all’operazione stessa*”.

Il legislatore del 1942 aveva inteso affidare ad una fattispecie di pericolo astratto, costruita sul mero dovere di astensione dal voto e indipendente dal fatto che la condotta dell’amministratore avesse cagionato danni alla società (da cui conseguiva solo l’integrazione dell’aggravante), una tutela avanzata agli interessi patrimoniali dell’ente: si trattava quindi di un c.d. reato ostacolo¹¹, che intendeva collocare «*a monte*» uno «*sbarramento*» alla stessa possibilità di porre in essere comportamenti infedeli.

Il motivo d’insuccesso della scelta di politica legislativa consiste nel fatto che l’impiego del modello di pericolo astratto aveva finito per accreditare una lettura del tutto formalistica del conflitto di interessi, inteso a garantire semplicemente la correttezza formale delle deliberazioni adottate, e tale da configurare la condotta per la mera partecipazione dell’amministratore alla delibera, a nulla rilevando il contenuto della dichiarazione di voto.

A siffatta lettura si contrapponeva la c.d. *concezione sostanzialistica*, la quale reinterpretava teleologicamente il dovere d’astensione come obbligo di evitare il perseguimento di un interesse personale in conflitto con l’interesse sociale.

Tale lettura, pur non maggioritaria, era da preferire per una serie di ragioni di ordine sistematico, di ragionevolezza e di politica criminale.

Infatti, la tesi sostanzialistica armonizzava la disciplina civilistica con quella penalistica: poiché la normativa commerciale disponeva l’annullabilità della delibera allorchè la stessa avesse causato un danno alla società, la sanzione penale avrebbe dovuto avere a fondamento lo stesso concreto pericolo (e non la mera violazione dell’obbligo di astensione dal partecipare alla delibera). Ragionare altrimenti avrebbe significato alterare i rapporti tra tutela civile e tutela penale, che notoriamente dovrebbe rivestire il carattere di *extrema ratio*, e, tra i criteri ispiratori della criminalizzazione dei comportamenti, dovrebbe conformarsi al principio di sussidiarietà.

La tecnica si è rivelata largamente distonica rispetto allo scopo perseguito.

¹¹ P. ALDROVANDI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 182.

La persistenza di una «illogica mutilazione»¹² di tutela rendeva la norma incapace di reprimere le condotte poste in essere da un amministratore unico o da amministratori delegati, e poiché il *cono proiettivo* dell'incriminazione ricopriva solo le operazioni disposte in sede di delibera consiliare (o all'interno del comitato esecutivo) erano sguarnite da qualsiasi tipo di tutela tutte le operazioni effettuate al di fuori dell'attività collegiale, ovvero gran parte dell'agire amministrativo.

Il reato si è quindi rivelato una mera «norma manifesto»¹³, sostanzialmente disapplicata dalla giurisprudenza¹⁴.

La lacuna di tutela costituita dalla mancanza di una specifica incriminazione dell'infedeltà patrimoniale degli amministratori ha favorito il ben noto fenomeno di suppleanza ad opera del diritto penale giurisprudenziale, il quale mirava a colmare tale lacuna con l'interpretazione estensiva (e talvolta finanche forzata) di alcune fattispecie.

Due norme, principalmente, si sono prestate a fungere da campo di battaglia per gli interventi di *interpretazione creativa*¹⁵.

In primo luogo, la vecchia fattispecie di *falso in bilancio* si è dimostrata lo strumento per consentire a posteriori un controllo sulle modalità di gestione dell'impresa. Proprio per tale motivo, come osservato da Militello,

«solo attraverso una disciplina a monte volta a contrastare gli abusi nella gestione sociale si può evitare che si scarichino a valle, nel momento in cui occorre rendicontare l'attività sociale, tutte le tensioni del delicato rapporto tra legalità e impresa¹⁶».

In secondo luogo, il reato comune di *appropriazione indebita* di cui all'art. 646 c.p. nell'ambito del quale, sulla base di una tanto discussa quanto dubbia interpretazione del

¹² C. PEDRAZZI, *Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori*, cit., p. 580.

¹³ V. MILITELLO, *Attività di gruppo e comportamenti illeciti: il gruppo come fattore criminogeno*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, p. 389.

¹⁴ Cass. pen., 25 febbraio 1959, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p. 939 ss; Cass. pen., 4 luglio 1989, Grieco, in *Cass. pen.*, 1991, p. 307 ss; Cass. pen., 11 dicembre 2000, Nardo, in *Cass. pen.*, 2002, p. 354.

¹⁵ Sull'inadeguatezza dei reati di appropriazione indebita di cui all'art. 646 c.p. e del falso in bilancio di cui all'art. 2631 c.c. a reprimere le condotte infedeli si veda fra tutti P. DE ANGELIS, *Società e Mercati Finanziari*, Milano, 2011 pag 6 e ss. secondo cui: «(...) quello che maggiormente risaltava, nel sistema normativo antecedente alla riforma del 2002, era la totale mancanza di una disciplina repressiva che consentisse di presidiare l'area del più fondamentale e significativo interesse di cui la società è portatrice: il principio di legalità nell'azione di amministrazione e di gestione». Secondo l'A. il risultato era un sistema del tutto squilibrato che non riusciva a dare adeguata tutela proprio nei casi di maggior patologia del rapporto ossia nei casi in cui non si poteva sussumere la condotta infedele nelle generiche e generali fattispecie di reato fino al momento dell'eventuale dissesto e conseguente fallimento della società a seguito del quale divenivano operative le più rigorose norme a tutela dei reati fallimentari.

¹⁶ V. MILITELLO, *Infedeltà patrimoniale e corruzione nel futuro del diritto societario*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2000, p. 907.

termine «appropriazione», si è tentato di ricondurre alcune forme di condotte abusive realizzate mediante l'uso improprio dei beni sociali¹⁷.

L'inidoneità di molte fattispecie incriminatrici predisposte dal legislatore del 1942 è stata fortemente acuita dal processo di modernizzazione dell'economia e in particolare dal fenomeno definito come *finanziarizzazione della ricchezza*¹⁸.

Da un lato, la cresciuta incidenza economica del fenomeno della “gestione dei patrimoni altrui”, connesso al grande sviluppo delle società commerciali, ha reso obsolete tutte le forme di tutela pensate per la repressione di infedeltà nelle forme di gestioni patrimoniali *primitive* quali possono essere gli istituti del mandato o della rappresentanza (ed assimilabili).

D'altro lato, tutte le fattispecie che miravano a fronteggiare le condotte infedeli dei titolari del potere gestorio in ambito societario si sono rivelate eccessivamente formalistiche e facilmente aggirabili¹⁹, come accennato, e quindi inidonee ad indicare un modello comportamentale²⁰.

Emerge dunque, sempre con maggior forza, l'esigenza di costruire nuove fattispecie più rispondenti alla realtà economica, capaci di contrastare le moderne forme di aggressione del patrimonio sociale perpetrate dagli organi gestori, ma anche adeguatamente tipizzate in funzione dei più frequenti comportamenti di gestione infedele²¹.

¹⁷ Fra le più recenti, Trib. Milano 28 aprile 1994, Cusani, in *Foro it.*, 1995, II, c. 24 (riformata, però, in sede di gravame da Cass. pen., Sez. II, 31 gennaio 1998, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, p. 301 che ha ricondotto la fattispecie di appropriazione indebita entro i suoi confini naturali); ID. pen., Sez. II, 4 aprile 1997, Bussi, *ivi*, 1997, p. 1435 con nota critica di C. PEDRAZZI, *Sui limiti dell'“appropriazione”*. In tale pronuncia si afferma infatti che «il termine appropriazione non significa soltanto anettere al proprio patrimonio il danaro o la cosa mobile altrui bensì anche disporne, arbitrariamente, *uti dominus* sotto qualsiasi forma» e, sulla base di tale significato ampio che si attribuisce al termine “appropriazione”, si giustificano numerose incriminazioni che con tale fattispecie criminosa hanno contatti sfumati.

¹⁸ E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., p. 199.

¹⁹ In senso conforme A. TORRENTE-P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2004, p. 372 dove viene portato quale esempio di norma facilmente eludibile proprio l'art. 2624 c.c..

²⁰ Infatti come rileva E. AMATI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 400-401, «uno dei problemi principali della *corporate governance* è proprio quello di verificare se la struttura di comando è in grado di far convergere nell'interesse istituzionale gli interessi e le ambizioni di categoria, oppure permette che i titolari del potere gestorio agiscano semplicemente “per accrescere il potere connesso ai ruoli ricoperti (c.d. *positional interest*)”». Per un'analisi più approfondita C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano 2002, p. 2 ss.

²¹ La formulazione di tale necessità era da tempo prospettata in dottrina, a far data dal celebre saggio di P. NUVOLONE, *L'infedeltà patrimoniale nel diritto penale*, cit., *passim*; ID, *Infedeltà patrimoniale*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, 1971, p. 440; in termini analoghi C. PEDRAZZI, *Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori*, cit., p. 534 ss; G. MARINUCCI – M. ROMANO, *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, p. 706 ss.

1.1. Il tormentato iter normativo.

Può adesso ripercorrersi, seppur per cenni, il lungo percorso iniziato già negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore del codice Rocco e alla legge 4 giugno 1931 n. 660 (norma contenente disposizioni penali in materia di società commerciali), quando dottrina e giurisprudenza²² avevano ripetutamente manifestato l'esigenza di apprestare una tutela più diretta ed incisiva alla corretta gestione degli interessi patrimoniali altrui tramite la predisposizione di una disciplina sia d'ordine generale, che specificatamente rivolta a reprimere l'infedele amministrazione²³.

Tali istanze approdarono per la prima volta in modo compiuto in sede parlamentare nel corso dell'VIII legislatura, agli inizi degli anni '80, col disegno di delega conosciuto come Minervini-Spaventa²⁴ e da tale momento se ne susseguirono numerose, in un rapido avvicinarsi, pur senza portare a nessuna reale innovazione sul piano giuspositivo. Alla fine dello stesso decennio, il 27 aprile 1989 venne presentato al Senato un progetto di legge sulle Società di intermediazione mobiliare nel quale si prevedeva all'art. 640-*bis* c.p. l'introduzione del reato di *amministrazione infedele*; al termine dell'iter parlamentare, la norma fu esclusa dal testo definitivo della legge 2 gennaio 1991, istitutiva delle S.I.M.

Sempre più vicino ai giorni nostri, nel 1992 la commissione Pagliaro – nel corso della X legislatura – elaborò la norma delineata dall'art. 112 n. 2 dello *Schema di legge delega per l'emanazione di un nuovo codice penale*²⁵. Si scartava l'ipotesi di incriminare in via generale l'infedeltà patrimoniale, per le difficoltà riscontrate nel delinearne i confini in

²² Il primo a manifestare tale necessità fu G. DELITALA, *I reati concernenti le società di commercio e la legge Rocco del 1930*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, I, p. 183.

²³ Il sistema normativo francese può essere assunto a modello di riferimento poiché propone un accostamento compiuto dei due tipi di infedeltà: una figura generale dell'appropriazione come reato contro il patrimonio caratterizzato in senso formale dall'«abuso della fiducia», e una figura di infedeltà sociale costruita sull'«abuso dei beni e dei poteri sociali» (*abus des biens, du crédit, des pouvoirs ou des voix*).

²⁴ La proposta di legge del 10 giugno 1980 n. 1785 si trova pubblicata in *Giur. comm.*, 1980, I, p. 854. Questa, all'art. 5 contemplava “*il delitto di infedeltà patrimoniale, inteso come esercizio del potere di amministrazione comunque spettante sul patrimonio altrui in contrasto con l'oggettivo interesse del titolare, per finalità personali dirette o indirette del soggetto agente*”.

²⁵ L'art. 112 n. 2 del Progetto Pagliaro del 1992 prevedeva l'introduzione del delitto di “infedeltà patrimoniale”, consistente nel fatto di «*chi, con abuso di poteri o violazione dei doveri inerenti alle funzioni esercitate nell'impresa, al fine di procurare a sé o ad altri un profitto ingiusto, cagioni all'impresa un danno patrimoniale. Deve precisarsi che non è ingiusto il profitto dell'impresa collegata, ove questo sia compensato da riflessi favorevoli per l'impresa per cui conto l'atto è compiuto*». Il testo dell'articolato si può leggere in *Doc. Giust.*, 1992, 3, c. 443.

modo puntuale, prevedendo una figura di infedeltà circoscritta al contesto imprenditoriale, da collocarsi in un nuovo titolo dedicato ai delitti contro l'economia imprenditoriale, rubricata "*gestione abusiva dei patrimoni altrui*".

La fattispecie era incentrata su tre elementi caratterizzanti il tipo: *a)* l'abuso dei poteri e la violazione dei doveri; *b)* il fine dell'ingiusto profitto; *c)* il danno patrimoniale.

Per la prima volta, inoltre, venivano indicate le condizioni normative di liceità per le operazioni patrimoniali compiute all'interno dei gruppi di imprese.

Lo sviluppo successivo è caratterizzato dall'abbandono di tale schema²⁶ per indirizzarsi su forme maggiormente specializzate.

Una mirata repressione delle forme di gestione infedele dei patrimoni altrui riesce ad emergere per la prima volta in modo compiuto nello specifico settore dell'intermediazione finanziaria (art. 38 d.lgs. n. 415 del 1996, attuale art. 167 d.lgs. n. 58 del 1998).

Alla luce di tale innovazione, in sede di riforma del diritto penale societario non poteva più essere trascurata l'esigenza di completare la tutela della gestione sociale al di là dello specifico settore dell'intermediazione finanziaria²⁷.

La prima risposta venne dal c.d. progetto Mirone, laddove incriminava "*l'infedeltà patrimoniale (...) degli amministratori, direttori generali e liquidatori, i quali, in una situazione di conflitto di interessi, compiendo o concorrendo a deliberare atti di disposizione dei beni sociali al fine di procurare a sé o ad altri un profitto ingiusto, cagionano un danno patrimoniale alla società*". Era prevista un'estensione della "*punibilità al caso in cui il fatto sia commesso in relazione a beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi, cagionando a questi ultimi un danno patrimoniale*".

Per le forti modifiche degli ultimi decenni in relazione alla (ri)organizzazione e alla nascita (*rectius*: sviluppo) di nuovi modelli di gestione societaria, viene anche affrontata la tematica, non più trascurabile, inerente l'esigenza di "*specificare che non si considera ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo se esso è compensato da vantaggi, anche se soltanto ragionevolmente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo*". Da contravvenzione (come previsto dal citato art. 167

²⁶ Caratterizzato dall'individuazione della condotta tramite formule quali "abuso di potere e violazione di dovere", tipiche delle fattispecie di reato comune contro il patrimonio.

²⁷ L'espressione è di V. MILITELLO, *L'infedeltà patrimoniale. Art. 2634 c.c.*, cit., p. 478.

D.Lgs. n. 58 del 1998), il reato viene trasformato in delitto punito con “*la pena della reclusione da sei mesi a tre anni*”.

Con il cambio di maggioranza l’*iter* legislativo ha subito una forte accelerazione che ha interessato innanzitutto il reato di falso in bilancio, sul quale si è accentrata l’attenzione sia del Parlamento che dell’opinione pubblica, lasciando sullo sfondo l’analisi e lo studio delle altre figure delittuose – come l’infedeltà patrimoniale – per le quali si è preso come base di riferimento il testo del precedente progetto.

Questo non vuol dire, però, che nulla sia cambiato rispetto alla precedente formulazione. Infatti, in seguito al dibattito parlamentare sviluppatosi sul disegno di legge di iniziativa governativa presentato alla Camera il 3 luglio 2001 (C 1137), inviato al Senato il 3 agosto 2001 (S 608) e poi definitivamente approvato il 28 settembre 2001, furono apportate alla norma sull’infedeltà patrimoniale tre ordini di sostanziali variazioni.

Sotto il profilo soggettivo, il dolo specifico viene ampliato a comprendere una finalità di “*altro vantaggio*” diverso ed ulteriore rispetto all’*ingiusto profitto*.

In relazione alla causazione del danno patrimoniale alla società, il dolo viene intensificato e qualificato dall’uso dell’avverbio “*intenzionalmente*”.

Infine, la procedibilità viene ammessa solo a querela della persona offesa.

Le aggiunte operate sono in linea con l’arricchimento nella descrizione delle condotte punibili, che caratterizza anche altri punti chiave della riforma.

Lo sforzo pare in effetti apprezzabile, finché è funzionale a scolpire in termini più pregnanti l’offensività delle condotte incriminate. Altrettanto non può dirsi in relazione all’infedeltà patrimoniale, poiché le modifiche apportano segnali contrastanti rispetto alla congruenza fra fini di tutela e descrizione della fattispecie incriminatrice, come rivelerà un esame più ravvicinato della norma²⁸.

2. La nuova figura d’infedeltà patrimoniale alla luce delle esperienze giuridiche europee.

Prima di procedere all’analisi della figura criminosa introdotta dalla riforma del diritto societario del 2003 pare opportuno accennare, seppur brevemente e senza pretesa di

²⁸ *Ibidem*, p. 478.

esaustività, ai punti focali della questione sotto il profilo dottrinale, giurisprudenziale e legislativo, anche di diritto comparato: potranno così comprendersi appieno le novità apportate nel nostro sistema e le difficoltà che tuttora permangono.

Le esigenze da tempo avvertite da gran parte della dottrina e le difficoltà incontrate dalla giurisprudenza nel tentativo di supplire alle carenze del sistema normativo, in relazione alla repressione degli abusi perpetrati dai soggetti apicali ai danni della società, sono la faccia di una medaglia. Sul verso della stessa, stanno altrettante problematiche di cui si è dovuto far carico il legislatore allorchè ha cercato di delineare una fattispecie di infedeltà patrimoniale che da un lato riuscisse a contrastare le più moderne forme di *mala gestio* e dall'altro fosse rispettosa dei principi di tassatività e determinatezza²⁹.

Difficoltà non di poco conto, dovendo la norma sussumere comportamenti difficilmente tipizzabili in una formulazione che garantisca:

- a) un intervento repressivo in un momento non eccessivamente anticipato per non incorrere in fattispecie formalistiche che colpiscono, spesso, comportamenti di nessuna rilevanza penale lasciandone impuniti altri;
- b) il superamento di forti dubbi di legittimità costituzionale in relazione al principio di uguaglianza e ragionevolezza dell'intervento penale;
- c) al contempo, un intervento non oltremodo posticipato, che svilirebbe la funzione giuspreventiva della norma.

La riforma ha scelto un forte ancoraggio al danno patrimoniale, che da un lato vuole garantire l'intervento penale come *extrema ratio*, selezionando in modo puntuale i comportamenti penalmente rilevanti, e dall'altro accetta il rischio di lasciare impunte condotte abusive o infedeli, allorchè il danno derivante dalle stesse sia di difficile ricostruzione e/o prova in sede di accertamento giudiziale.

Ulteriore spinta all'introduzione di una fattispecie volta a reprimere le condotte infedeli degli organi gestori della società proviene dalle sollecitazioni dell'Unione Europea, che già dal 1998 procede all'opera di armonizzazione delle legislazioni nazionali, e ad

²⁹ La Relazione che accompagnava il d.lgs. n. 61 del 2003 indicava tra gli obiettivi prefissati una “attenta selezione dei beni giuridici penalmente rilevanti”.

altrettante proposte di fonte accademica che hanno prospettato ipotesi di modelli normativi comuni³⁰.

In siffatto contesto, e sulla base delle esperienze ricavabili dal panorama europeo, il nostro legislatore aveva di fronte a sè – essenzialmente – due ipotesi alternative di tipizzazione: predisporre una fattispecie comune di reato contro il patrimonio, ovvero immaginare una incriminazione *ad hoc* da collocare all'interno del diritto penale societario.

Esempio paradigmatico del primo modello è l'*Untreue*, fattispecie comune contro il patrimonio, introdotta nel § 266 *StGB*³¹ con la novella del 1933. L'incriminazione è costruita su due modalità alternative della condotta, incentrata sull'*abuso di potere* (*Mißbrauchstatbestand*) o sulla *violazione del dovere* (*Treubruchstatbestand*). Entrambe le modalità di azione, pur trovando il loro sbocco naturale nel danno, secondo la dizione espressa della legge, esauriscono il contenuto complessivo dell'illecito nel disvalore della condotta in quanto la fattispecie criminosa può consumarsi, secondo un'interpretazione abbastanza consolidata, anche con la semplice messa in pericolo del bene giuridico "patrimonio".

Risulta evidente fin da una prima analisi come siffatta formulazione si presti ad un'estensione incondizionata, idonea a ricomprendere – sia dal punto di vista dei soggetti attivi, che dal punto di vista della condotta – fattispecie tra loro anche fortemente eterogenee.

Proprio in funzione di tali osservazioni, la norma è stata considerata «di chiusura» e volta a reprimere ogni forma di abuso nella gestione delle attività economiche.

Tale impostazione certamente permette una repressione ad ampio raggio delle più svariate condotte abusive o infedeli (che, deve riconoscersi, con inimmaginabile inventiva la prassi presenta all'interprete), ma non è scevra da censure. La più rilevante è sicuramente l'indeterminatezza, nonostante la costante e laboriosa opera della dottrina da sempre impegnata nella ricerca di argini da apporre a tale fattispecie.

³⁰ Ci si riferisce al *corpus juris* in tema di "eurofrodi" e all'ancor più recente ed ampio progetto di "eurodelitti" in materia economica, che contempla tre fattispecie di infedeltà patrimoniale, rispettivamente in ambito societario (art. 45), bancario (art. 50) e del mercato dei valori mobiliari (art. 54); per un approfondimento in materia si veda G. ROSSI-A. STABILINI, *Virtù del mercato e scetticismo delle regole: appunti a margine della riforma del diritto societario*, in *Riv. Soc.*, 2003, p.1 ss..

³¹ Per un quadro generale e per una bibliografia italiana e tedesca al riguardo si rimanda a C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., nota n. 154, p. 82. La lettera della norma è riportata *supra* al par. 1., nota 5.

L'altro modello di riferimento fa capo al sistema francese, ove si rinvencono affiancate una figura comune (il delitto d'*abus de confiance*, previsto all'art. 314-1 del vigente codice penale francese³²) e una figura di infedeltà patrimoniale specificamente rivolta alla repressione delle infedeltà e degli abusi in ambito societario (*abus de biens, du crédit, des pouvoirs et des voix*, prevista per le società a responsabilità limitata all'art. 241-3, n. 4 e 5³³, e per le società anonime e in accomandita per azioni all'art. 242-6, n. 3 e 4³⁴ st. cod.).

³² L'art. 314-1 così recita: "*L'abus de confiance est le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé*". La norma, senza riferirsi a contratti specifici ma usando una formula ampia ed estensiva, reprime la violazione della "fiducia", ossia il fatto di chi distrae, a pregiudizio altrui, fondi monetari, valori o un bene qualsiasi che gli siano stati affidati e riguardo ai quali abbia accettato l'incarico di restituirli, di rappresentarli o di farne un uso determinato. È dunque punita la sottrazione di denaro o di un bene che viene restituito quando ormai è divenuto inutilizzabile: siamo in presenza di un atto fraudolento che impedisce alla vittima di esercitare i suoi diritti sulla cosa. La norma, che ha un'applicazione generale, può ancor oggi essere utilizzata per reprimere gli abusi nell'ambito delle società di persone (non contemplate dal *Code de Commerce*) e in tutti quei casi in cui non è possibile ricorrere all'*abus de biens sociaux*. Si esprime in questi termini C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., p. 87.

³³ L'art. 241-3 du *Code de commerce* così recita:

"Est puni... (omissis)..."

n. 4° *Le fait, pour les gérants, de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement* (è punito... il fatto dei gestori che, in mala fede, fanno un uso dei beni o del credito della società, in modo contrario agli interessi della stessa per fini personali o per favorire un'altra società o un'impresa, nella quale sono interessati direttamente o indirettamente);

n. 5° *Le fait, pour les gérants, de faire, de mauvaise foi, des pouvoirs qu'ils possèdent ou des voix dont ils disposent, en cette qualité, un usage qu'ils savent contraire aux intérêts entreprise dans la quelle ils sont intéressés directement ou indirectement* (il fatto dei gestori che, in mala fede, fanno un uso dei propri poteri contrario all'interesse della società per fini personali o per favorire un'altra società o impresa in cui siano interessati direttamente o indirettamente)".

³⁴ L'art. 242-6 du *Code de commerce* recita:

"Est puni... le fait pour: ... (omissis)..."

n. 3° *Le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement* (il presidente, l'amministratore o il direttore generale di una società anonima che, in mala fede, fanno un uso dei beni o del credito della società, in modo contrario agli interessi della stessa per fini personali o per favorire un'altra società o un'impresa, nella quale sono interessati direttamente o indirettamente);

n. 4° *Le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme de faire, de mauvaise foi, des pouvoirs qu'ils possèdent ou des voix dont ils disposent, en cette qualité, un usage qu'ils savent contraire aux intérêts de la société, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans la quelle ils sont intéressés directement ou indirectement* (il presidente, l'amministratore o il direttore generale di una società anonima che, in mala fede, fanno un uso dei poteri che possiedono o del voto di cui dispongono, in forza della loro carica, contrario all'interesse della società per fini personali o per favorire un'altra società o impresa in cui siano interessati direttamente o indirettamente").

La prima, ancora una volta in senso prettamente formale, è caratterizzata a reprimere la mera rottura del rapporto fiduciario che intercorre tra il proprietario e il gerente.

Le ragioni dell'introduzione della seconda sono da ricercare nella sostanziale inefficienza della norma di carattere generale a reprimere le più svariate condotte infedeli.

Tali norme, introdotte nel 1996 dalla legge di riforma delle società commerciali, prevedono due distinte figure criminose: una *patrimoniale*, ove l'abuso abbia per oggetto rispettivamente i *beni* e il *credito*, e una *funzionale*, se la condotta ricade sui *poteri* e i *voti* di cui dispongono i soggetti in posizione apicale.

Entrambe sono caratterizzate dalla medesima condotta: un *acte d'usage, contraire à l'intèrêt social, accomplit dans un intèrêt personel*. In pratica, viene punita qualsiasi utilizzazione dei beni sociali e dei crediti da un lato, e l'utilizzazione dei poteri e dei voti di cui dispongono i soggetti in posizione apicale dall'altro. L'ampiezza di tale disposizione è, solo in parte, temperata dal requisito della non conformità all'interesse sociale e dal perseguimento di un vantaggio personale³⁵.

E' meritevole di menzione anche la recente disciplina introdotta dal legislatore spagnolo che, nell'ambito dei *delitos societarios*, ha previsto all'art. 295 c.p. il reato di *administraciòn desleal*³⁶. Tale disposizione richiede, assieme alla formale violazione del dovere e/o all'abuso del potere (che sempre caratterizza il nucleo centrale del disvalore della condotta), un corrispondente danno patrimoniale diretto ed economicamente valutabile per i soci, come elemento integratore della fattispecie incriminatrice.

³⁵ Per un quadro generale e per una bibliografia italiana e francese al riguardo si rimanda a C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., nota n. 175, p. 87 ss.

³⁶ L'art. è stato introdotto nel 1995 all'interno del codice penale nel titolo XIII, cap. XIII, del libro II dedicato ai "*reati contro il patrimonio e contro l'ordine socioeconomico*". Il legislatore spagnolo, anziché accogliere le istanze della dottrina che auspicava l'introduzione di una disciplina di carattere generale, ha preferito predisporre una figura delittuosa circoscritta all'ambito societario.

L'art. 295 código español così recita:

"Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formaciòn, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio econòmicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentaparticipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, seràn castigados con la pena de prisiòn de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido (gli amministratori di fatto o di diritto o i soci di qualsiasi società costituita o in fase di costituzione, che a proprio beneficio o a beneficio di terzi, con abuso delle funzioni proprie della loro carica, dispongono fraudolentemente dei beni della società o contraggano obbligazioni a carico di questa, causando direttamente un pregiudizio economicamente quantificabile ai loro soci, depositari, associati o titolari dei beni, valori o capitali amministrati, sarà punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni, o con una multa pari al triplo del beneficio ottenuto)".

Il panorama europeo consente di desumere due elementi di notevole interesse anche per lo studio e l'inquadramento della fattispecie predisposta dal legislatore italiano:

a) trattasi sempre di ipotesi costruite in senso formale e fondate sul disvalore di condotta costituito dall'abuso di potere o dalla violazione di un dovere di fedeltà che lega il gestore (anche in qualità di organo societario) con il proprietario, con tecnica anticipata di tutela, vista la complessa articolazione degli interessi in gioco, e che solo in via riflessa tutelano il patrimonio come bene giuridico *principale*; quest'ultimo, anzi, appare sullo sfondo come interesse-finale che al massimo la legge richiede venga messo in pericolo (nella versione tedesca) o comunque offeso mediante un'abusiva strumentalizzazione nell'uso dei beni sociali;

b) lo schema di incriminazione ondeggia tra una figura «comune» di infedeltà patrimoniale e una figura «societaria»³⁷.

Nel nostro ordinamento positivo, già nell'intitolazione della fattispecie, è prevalsa la «forza evocativa»³⁸ del termine adottato dal modello tedesco dell'*Untreue* (parola che significa appunto «infedeltà»), seppure dalla descrizione della fattispecie criminosa emerge come non vengano sanzionate tutte le forme di infedeltà patrimoniali, ma esclusivamente quelle commesse in ambito societario. Per tale motivo la nostra *figura criminis* risulta più affine con quelle – maggiormente specializzate – delineate dagli ordinamenti francese e spagnolo.

Il modello è incentrato su una condotta abusiva degli organi societari – anche se non si arriva ad una precisa formulazione della condotta stessa³⁹ –, non più definita ricorrendo a formule tipiche quali *abuso di potere* o *violazione di dovere* che caratterizzano i delitti comuni contro il patrimonio, ma utilizzando una condotta “neutra” poi specificata dagli altri elementi della fattispecie. Questi possono essere individuati innanzitutto nel presupposto conflittuale in cui deve versare l'agente nel momento in cui pone in essere la condotta criminosa; nella centralità assunta dall'evento-danno patrimoniale, al quale viene riservata la funzione di selezionare le condotte meritevoli di sanzione, ritenendosi irrilevante la mera rottura del rapporto di fiducia; e, infine, nella previsione di un

³⁷ E. MEZZETTI, *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario*, cit., p. 205.

³⁸ V. MILITELLO, *Infedeltà patrimoniale e corruzione nel futuro del diritto societario*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2001, p. 913-914 suggerisce l'utilizzo della rubrica di “amministrazione abusiva delle società di capitali”.

³⁹ A differenza di quanto avviene nell'art. 2497 c.c. nel quale si richiede la “violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale”.

momento soggettivo particolarmente articolato, consistente nella necessaria compresenza di un dolo specifico *di ingiusto profitto o altro vantaggio* ed intenzionale rispetto alla causazione del danno patrimoniale.

L'ipotesi di cui al co. 2, con l'estensione della punibilità al caso in cui *il fatto sia commesso in relazione ai beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi*, indica come il legislatore abbia incentrato la sua attenzione non tanto sul fenomeno dell'infedeltà patrimoniale in generale quanto su uno specifico tipo di infedeltà, consumata in ambito societario ad opera dei soggetti che hanno il potere e il dovere di gestire rispettivamente il patrimonio sociale o i beni affidati loro dai terzi.

Paiono opportune, infine, alcune considerazioni di ordine sistematico circa la collocazione – all'interno del codice civile piuttosto che nel codice penale⁴⁰ – della fattispecie *de qua*. Collocazione che, ad un tempo, ha fornito spunto per alcune riflessioni di natura politico-criminale ed è stata oggetto di forti perplessità. Ci si è chiesti⁴¹, infatti, se «l'estromissione dal tessuto codicistico di una norma tanto qualificante sia davvero imposta dalle esigenze di collegamento con la norma civilistica sulle società» ovvero sia semplicemente frutto di «una malintesa accezione dell'accessorietà delle norme penali alla disciplina civilistica» riproponendo all'attenzione quella costante alternatività repressiva – oscillante tra previsione autonoma e mera tecnica sanzionatoria di regole di condotta extrapenali⁴² – che da sempre caratterizza il diritto penale dell'impresa.

Tralasciando tali problematiche, alle quali si accennerà in seguito, sembra possa comunque ricavarsi dalla collocazione stessa un'ulteriore elemento a sostegno dell'intenzione del legislatore italiano di prevedere una versione *specializzata* di infedeltà patrimoniale.

⁴⁰ Soluzione differente a quella prospettata dal Progetto Pagliaro del 1992, ove, all'art. 112 n. 2, si prevedeva l'introduzione del delitto di "infedeltà patrimoniale" da inserire in un apposito capo riservato ai delitti contro l'economia.

⁴¹ V. MILITELLO, *L'infedeltà patrimoniale. Art. 2634 c.c.*, cit., p. 481.

⁴² Per un'analisi più dettagliata della problematica si rimanda ad A. FIORELLA, *I principi generali del diritto penale dell'impresa*, in *Il diritto penale dell'impresa*, a cura di L. CONTI, Padova 2001, p. 7 ss.

3. Il bene giuridico tutelato: una tutela “privata” del patrimonio sociale.

L’oggetto materiale cui viene prestata tutela penale è il patrimonio della società, nonché (ai sensi del co. 2), i beni eventualmente “*posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi*”⁴³.

La direzione della tutela nei confronti del patrimonio sociale è resa palese dalla necessità del danno patrimoniale in quanto il requisito del conflitto di interessi, seppur idoneo ad influenzare le vicende di un rapporto patrimoniale, non è sufficiente ad integrare l’offesa. Infatti, come sostenuto da autorevole dottrina,

«finché ci si limita ad accertare che il soggetto attivo ha proiettato la sua condotta verso un interesse personale in conflitto con quello sociale non si fa altro che constatare la mera violazione di un obbligo di fedeltà⁴⁴ immanente alla carica che, tuttavia, rispetto agli interessi patrimoniali, ha un mero valore strumentale»⁴⁵.

Ne deriva che l’unica offesa penalmente rilevante è quella perpetrata ai danni del patrimonio e si attualizza solamente con l’effettiva causazione di un danno al titolare del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice.

Per una corretta individuazione del bene tutelato assume particolare rilievo anche la esplicita qualificazione del danno come *patrimoniale*. Qualifica che lo stesso legislatore ha ritenuto necessario evidenziare positivamente al fine di impedire interpretazioni oltremodo estensive che avrebbero rischiato di vanificare la selettività che tale requisito mira a garantire⁴⁶. Infatti, tale specificazione sottende una scelta chiara ed univoca nel senso di circoscrivere l’ambito di rilevanza penale alle sole condotte lesive di quei beni sociali il cui valore può essere misurato in termini economici.

L’oggetto di tutela è quindi il patrimonio sociale, ma dalle osservazioni può ricavarsi come questo debba essere inteso nella sua accezione economico-giuridica, con la

⁴³ Condividono tale lettura L. FOFFANI, *Le infedeltà*, cit., p. 356; P. ALDROVANDI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 132; A. L. MACCARI, *Articolo 2634 c.c.*, cit., p. 161; E. AMATI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 402.

⁴⁴ Invero, come sostenuto da C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., p. 106, il legislatore avrebbe anche potuto «(...) prestare una tutela diretta al mero “dovere di fedeltà” o alla “fiducia”, quale elemento che sta alla base di ogni rapporto contrattuale e, segnatamente, a quella che intercorre tra amministratore e amministrato, reprimendo così qualsiasi forma di “abuso della posizione personale”, a prescindere dalla produzione di un danno patrimoniale al soggetto passivo tuttavia il legislatore ha voluto tutelare solo taluni interessi protetti dal dovere giuridico di fedeltà: quelli di natura patrimoniale, tipici del rapporto societario».

⁴⁵ L’espressione è tratta da C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., p. 101.

⁴⁶ La selettività di siffatto criterio è fatta palese anche dal raffronto col termine più ampio e generico utilizzato nell’art. 2635 c.c. ove il legislatore si accontenta del verificarsi di un semplice “*nocumento*”.

conseguenza che dovranno ritenersi penalmente irrilevanti tutte (e solo) quelle condotte aventi ad oggetto beni ai quali l'ordinamento non attribuisce un valore economico di scambio.

Si riscontra un irrobustimento della tutela del patrimonio sociale⁴⁷ – tradizionalmente e cronicamente insufficiente e lacunosa – mentre è affievolita se non del tutto scomparsa la tutela del capitale sociale, sempre stata capillare e rigorosa. La differenza va forse ricercata nella funzione dei due istituti: il patrimonio sociale ha la funzione di tutelare i soci; il capitale sociale costituisce una garanzia ulteriore per i creditori, che in qualsiasi momento possono farvi conto per soddisfare i loro crediti. Ed in realtà, anche il patrimonio sociale può svolgere la funzione di tutela dei creditori in quanto, a norma dell'art. 2740 c.c., il debitore deve rispondere con tutti i suoi beni presenti e futuri.

In passato, le condotte offensive erano tutte incentrate sul capitale sociale quale bene giuridico istituzionale e strumentale, garantito sotto il duplice profilo dell'integrità ed effettività per l'intero arco vitale della società, e volto alla tutela di tutti i creditori presenti e futuri; al patrimonio sociale, invece, si tendeva a negare la stessa dignità di bene giuridico, lasciandolo sullo sfondo in quanto destinato a svolgere una funzione sussidiaria rispetto al capitale sociale, e presidiato solo da alcune figure criminose di stampo formalistico e di scarsa efficacia pratica.

Attualmente, invece, la tutela del *capitale sociale* è praticamente convertita in tutela di un bene *finale* di natura *patrimoniale*.

Il ridimensionamento della tutela penale del capitale sociale – realizzata tramite l'abbattimento dei livelli sanzionatori (cfr. artt. 2627, 2628, 2629, 2632 c.c.) e la previsione generalizzata di cause estintive della punibilità – potrebbe trovare una inattesa compensazione nell'ambito della nuova fattispecie di infedeltà patrimoniale⁴⁸. Infatti, le predette condotte, seppur depenalizzate, potrebbero essere considerate alla stregua di infedeltà patrimoniali *ex art.* 2634 c.c. qualora sussistano tutti i requisiti richiesti dalla norma incriminatrice.

⁴⁷ Al riguardo C. E. PALIERO, *Nasce il sistema delle soglie quantitative: pronto l'argine alle incriminazioni*, in *Guida al dir.*, 2002, n. 16, p. 38 secondo cui «la scelta di attribuire rilevanza centrale al “patrimonio” è coerente con lo spirito della riforma, caratterizzato da una spiccata privatizzazione dei beni tutelati. Il patrimonio, infatti, è stato assunto come bene giuridico tutelato da diverse fattispecie criminose, sempre considerate plurioffensive, tra le quali emerge il delitto di “false comunicazioni sociali in danno alla società, ai soci e ai creditori”».

⁴⁸ Per un'analisi più approfondita sul tema L. FOFFANI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 2523.

Il fenomeno, sicuramente non previsto dal legislatore, è indice delle numerose contraddizioni riscontrabili nella riforma ma trova solidi e ripetuti precedenti sul piano del diritto comparato (in Germania, in assenza di norme volte alla tutela del capitale sociale veniva frequentemente applicata la figura dell'*Untreue*).

Merita specifico cenno l'interesse protetto dalla norma incriminatrice.

Nell'ipotesi del primo comma è tutelata l'*integrità patrimoniale* della società, intesa come l'*interesse all'ottimizzazione, secondo criteri di efficienza ed economicità, della gestione delle proprie risorse patrimoniali*⁴⁹. Se ne desume che il danno è subito dal patrimonio, gestito dai soggetti qualificati in modo non conforme ai criteri prescritti, e, dunque, dalla società stessa che ne è titolare, mentre i soci ricevono solamente una tutela indiretta in ragione del loro diritto di partecipare alla liquidazione.

Altrettanto deve dirsi per i creditori sociali i quali – pur potendo far affidamento sul patrimonio della società a norma dell'art. 2740 c.c. – non ricevono una tutela diretta dalla norma sull'infedeltà patrimoniale. Ad essi è riservata solo la tutela civilistica prevista dagli artt. 2394, 2900 e 2901 c.c.

La specificazione, in apparenza superflua, è di fondamentale importanza sotto il profilo processuale poiché, come si vedrà diffusamente in seguito, il reato è perseguibile soltanto su querela della persona offesa, da identificarsi nel titolare del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice.

Nell'ipotesi del co. 2 si estende il campo di applicazione ai beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi. Muta, quindi, l'oggetto materiale su cui deve ricadere la condotta e di conseguenza anche la tutela penale non si rivolge più al patrimonio della società, la quale non subisce alcun pregiudizio (se non danni indiretti quali possono essere i danni all'immagine o la perdita di affidabilità), ma al patrimonio

⁴⁹ L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto di interessi nella gestione dell'impresa*, cit., p. 32, dove si esprime in tali termini con riferimento ai reati di infedeltà in generale, ma la stessa accezione può essere impiegata oggi per identificare il bene giuridico protetto dalla fattispecie di infedeltà patrimoniale; nello stesso senso E. AMATI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 402; L. FOFFANI, *Le infedeltà*, cit., p. 353; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., p. 206; L. MACCARI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 154; *contra* V. MILITELLO, *L'infedeltà patrimoniale. (Art. 2634 c.c.)*, cit., p. 486 il quale sostiene che la parificazione, all'interno del dolo specifico, dell'ingiusto profitto con l'espressione "altro vantaggio" incrina il carattere esclusivamente patrimoniale dell'offesa ed individua come vero oggetto di tutela da parte della norma incriminatrice «quel dovere oggettivo di correttezza, che non deve portare l'amministratore a strumentalizzare l'ufficio per fini privati ed estranei all'oggetto sociale», tuttavia l'A. precisa, in seguito, che il fondamento del reato non deve assolutamente essere ridotto alla mera violazione del rapporto fiduciario.

del singolo terzo che ha affidato alla società gerente il possesso o l'amministrazione di un suo bene.

Come si è già avuto modo di evidenziare, e come afferma la Relazione governativa, la nuova fattispecie di infedeltà patrimoniale non reprime più le mere scorrettezze perpetrate da chi detiene il potere di gestire il patrimonio sociale, ma esclusivamente quelle condotte, descritte dalla norma incriminatrice, che abbiano arrecato un effettivo pregiudizio al bene giuridico tutelato: il patrimonio della società.

Tale scelta è stata dai più giudicata corretta anche sotto il profilo di politica criminale. Il danno per il patrimonio sociale, infatti, oltre a consentire la verifica *ex post* della presenza di un'infedele gestione del patrimonio altrui, consente anche di «isolare i rischi di impresa leciti (e perfino utili) – connaturati alla natura stessa dell'attività – da quelli meritevoli di repressione perché l'effetto di scelte gestionali scorrette»⁵⁰.

4. I soggetti attivi.

Il legislatore ha costruito la fattispecie dell'infedeltà patrimoniale secondo il modello del reato proprio, richiedendo nel soggetto attivo il possesso di determinate qualifiche dalle quali dipende la fisionomia stessa del fatto come offesa ad un bene giuridico. Assume rilievo, quindi, la posizione del soggetto, che a sua volta riflette un particolare rapporto con il bene giuridico, il quale può essere attaccato direttamente solo da chi appartenga ad una determinata cerchia di soggetti⁵¹.

Nel caso in esame si tratta di qualifiche giuridiche soggettive⁵² correlate a specifiche posizioni (e funzioni) che collocano il soggetto attivo al vertice della struttura aziendale

⁵⁰ L'espressione è di E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., p. 218 ss. In senso conforme anche L. FOFFANI, *Le infedeltà*, cit., p. 353.

⁵¹ Per un maggiore approfondimento circa le caratteristiche strutturali dei reati propri, G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2004, p. 125.

⁵² Come afferma C. PEDRAZZI, *Scritti di diritto penale dell'economia*, in *Dir. pen.*, Milano, 2003, vol. III, p. 615, dette qualifiche dovranno essere intese «nel loro esatto significato privatistico: poiché sono assunte nelle fattispecie criminose con tutta la loro pregnanza normativa, con la corona dei poteri e dei doveri che vi ineriscono». Una corretta individuazione delle diverse categorie di soggetti attivi destinatari del precetto penale, quindi, non può prescindere dalle norme civilistiche che ne determinano i confini. Avranno rilievo, per quanto concerne rispettivamente: gli amministratori, l'art. 2380-bis c.c., gli artt. 2409-octies e il 2409-novies c.c. nei casi in cui venga adottato il sistema dualistico, gli artt. 2409-sexiesdecies e 2409-septiesdecies c.c. nei casi in cui venga adottato il sistema monistico; i direttori generali, l'art. 2396 c.c.; i liquidatori, l'art. 2276 c.c. nel rinvio alle “*disposizioni stabilite per gli amministratori*”. Per un'analisi più dettagliata e puntuale C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., p. 115 ss. Sull'interpretazione dei termini mutuati dalla disciplina civilistica nel diritto penale

attribuendogli il potere di disporre dei beni sociali per il raggiungimento dei fini previsti dall'ordinamento⁵³.

La cerchia dei soggetti che possono porre in essere la condotta è circoscritta dalla norma incriminatrice agli amministratori, ai direttori generali e ai liquidatori. Tale scelta deriva in modo lineare dalla volontà del legislatore di reprimere esclusivamente le forme di abuso del patrimonio commesse nell'ambito dei poteri gestori.

La stessa prospettiva spiega l'esclusione dei sindaci, in quanto non partecipano all'amministrazione attiva del patrimonio sociale⁵⁴. Tali soggetti, a norma dell'art. 2403 c.c., svolgono esclusivamente una funzione di controllo “*sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione*”, e quindi non possono porre in essere le condotte incriminate non avendo la disponibilità dei beni sociali. Gli stessi potranno essere chiamati a rispondere del delitto di infedeltà patrimoniale a titolo (e nei limiti) di un concorso di persone ai sensi dell'art. 110, 40 co. 2 c.p., ricorrendone i requisiti⁵⁵.

L'esclusione dei sindaci

«dal novero dei destinatari primari del precetto penale evita il rischio di incriminare come infedeltà patrimoniale qualsiasi dolosa violazione dei doveri di vigilanza e intervento, anche se avente ad oggetto episodi criminosi di tutt'altra natura rispetto all'infedele gestione del patrimonio sociale»⁵⁶.

Sull'esclusione dei soci dal novero dei potenziali soggetti attivi del delitto di infedeltà patrimoniale è stata sollevata in giurisprudenza una eccezione di legittimità costituzionale, poiché tale esclusione discriminerebbe irragionevolmente

dell'impresa cfr. l'introduzione di A. FIORELLA, *I principi generali del diritto penale dell'impresa*, cit., p. 1 ss.

⁵³ Al riguardo vedi l'art. 2380-bis c.c. rubricato «*Amministrazione della società*».

⁵⁴ Dello stesso avviso, E. MEZZETTI, *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario*, cit., p. 216; E. AMATI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 403; A. D'AVIRRO, *L'infedeltà patrimoniale. Art. 2634 c.c.*, Milano, 2004, p. 40; L. FOFFANI, *Le infedeltà*, cit., p. 351; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., p. 209.

⁵⁵ La responsabilità dei sindaci può essere riconnessa alla loro posizione di garanzia sancita dagli artt. 2403 c.c., rubricato «*Doveri del collegio sindacale*», e 2407 c.c., rubricato «*Responsabilità*», ove si estende solidalmente la responsabilità dei sindaci a quella degli amministratori “*(...) per i fatti o le omissioni di questi, quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica*”. Tuttavia è necessario rilevare come, nonostante le modifiche apportate dalla riforma del 2003, i poteri in capo ai sindaci, previsti dall'art. 2403-bis c.c., sono spesso inidonei a fronteggiare e impedire molti comportamenti scorretti o addirittura abusivi posti in essere dagli organi gestori.

⁵⁶ L. FOFFANI, *Le infedeltà*, cit., p. 351, ove sostiene che più consona alla fisionomia dell'incriminazione sarebbe stata la rubrica «*amministrazione infedele*» del patrimonio sociale (sulla stessa traccia di quella fattispecie di *gestione infedele* prevista dal decreto Eurosim del 1995).

«la condotta di chi concorre a deliberare un atto di disposizione di beni sociali rivestendo una carica amministrativa, rispetto a chi, egualmente, concorre a deliberare un atto di disposizione di beni sociali valendosi della titolarità di quote sociali di cui è proprietario»⁵⁷.

A tale rilievo può facilmente obiettarsi⁵⁸ come, secondo la disciplina civilistica⁵⁹, i poteri di gestione del patrimonio sociale spettano in via esclusiva agli amministratori, e d'altro canto i soci – nel caso di effettiva ingerenza nell'attività gestoria – potranno pur sempre risultare destinatari del precetto penale come amministratori di fatto ovvero a titolo di concorso *ex art. 110 c.p.*⁶⁰.

Infine, per una corretta individuazione dei soggetti attivi della fattispecie *de qua*, non può trascurarsi la disposizione di cui all'art. 2639 c.c., introdotta con il d.lgs. n. 61 del 2002 sotto la rubrica “*estensione delle qualifiche soggettive*” come clausola di chiusura al fine di ricomprendere una molteplicità di soggetti che altrimenti non avrebbero potuto essere annoverati tra i soggetti attivi.

Al soggetto formalmente investito della qualifica o al titolare della funzione prevista dalla legge civile è equiparato, ad opera del co. 1, “(...) *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*”. In questo modo è stata definitivamente risolta la problematica, che da tempo impegnava gran parte della dottrina, circa la comprensibilità o meno all'interno della cerchia dei soggetti attivi di chi “di fatto” esercita funzioni gestorie senza un'investitura formale.

⁵⁷ Gip. Trib. Forlì, ord. 10 maggio 2004, in *Guida al dir.*, 42/2004, 1995.

⁵⁸ La manifesta infondatezza della questione è stata dichiarata dalla Corte Costituzionale con ordinanza 19 dicembre 2006, n. 437, in *Giur. Cost.*, 2006, p. 4456 nella quale viene precisato che la mancata previsione del socio tra i soggetti attivi della fattispecie non impedisce un'imputazione dello stesso a titolo di concorso esterno. La Corte precisa altresì l'art. 25, secondo comma, Cost., nell'affermare il principio secondo cui nessuno può essere punito se non in forza di una legge entrata in vigore prima del fatto commesso, esclude che si possano introdurre in via additiva nuovi reati o che l'effetto di una propria sentenza possa essere quello di ampliare o aggravare figure di reati già esistenti, trattandosi di interventi riservati in via esclusiva alla discrezionalità del legislatore.

⁵⁹ L'incongruenza è venuta meno con la riforma del 2003 poiché tra i poteri dell'assemblea non compare più il riferimento alla “*gestione della società*” previsto nell'originario art. 2364, co. 1 n. 4, ed è stato sancito, dall'art. 2380-bis, il principio secondo il quale “*la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori (...)*”. Per un'analisi più dettagliata L. FOFFANI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 2519; C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., p. 114.

⁶⁰ Con riguardo al concorso di persone, nella disciplina delle società a responsabilità limitata si riscontrano alcune peculiarità. L'art. 2476 co. 7 c.c., infatti, contiene una speciale norma di chiusura per la quale “*sono altresì solidalmente responsabili con gli amministratori (...) i soci che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi*”. Si tratta di una disposizione coerente dettata dalla spiccata rilevanza personale che spesso caratterizza questo tipo societario e che è alla base delle numerose deroghe, sancite agli artt. 2475 e 2479 c.c., rispetto al principio generale di cui all'art. 2380-bis c.c. valido per le società di capitali.

Infine, il co. 2 estende la cerchia a “*coloro che sono legalmente incaricati dall’ autorità giudiziaria o dall’ autorità pubblica di vigilanza di amministrare la società o i beni della stessa posseduti o gestiti per conto di terzi*”: possono essere così ricompresi sia gli amministratori giudiziari che i commissari governativi.

La nuova formulazione dell’ art. 135 d.lgs. 1 settembre 1993 n. 358 (t.u.b.) stabilisce che “*le disposizioni contenute nel Titolo XI del Libro V del c.c. si applicano a chi svolge funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso banche, anche se non costituite in forma societaria*⁶¹”; anche tali soggetti devono quindi riconoscersi come destinatari della norma incriminatrice.

Diversi autori hanno evidenziato come, avendo ad oggetto il titolo del D.Lgs. 11 aprile 2002 n. 61 la “ *riforma delle società commerciali*”, sembra corretto escludere dall’ ambito di operatività della norma le società semplici e gli enti (*non profit*, ONLUS, fondazioni, società di professionisti) che non esercitano attività commerciale⁶² anche se, di recente, la giurisprudenza ha ritenuto la configurabilità del reato anche da parte degli amministratori di società cooperative⁶³.

5. Il presupposto della condotta: il conflitto di interessi.

Il conflitto di interessi, presupposto della condotta criminosa dell’ infedeltà patrimoniale, costituisce un elemento nevralgico della fattispecie in quanto il dovere di fedeltà assume concretezza soltanto nel momento in cui l’ agente si trovi a dover operare una scelta tra interessi contrastanti: «è, il concetto di fedeltà, un concetto che acquista concretezza solo sotto un presupposto di conflitto (...)»⁶⁴.

⁶¹ La precedente formulazione dell’ art. 135 t.u.b. richiamava solamente le disposizioni contenute nei Capi I, II, V del Titolo XI del Libro V c.c.; tuttavia, a seguito della riforma dei reati societari rimanevano escluse dal richiamo le disposizioni di cui ai Capi III (artt. 2630-2631) e IV (artt. 2632-2641).

⁶² In questo senso anche E. MEZZETTI, *L’ infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario*, cit., p. 216; C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., p. 113.

⁶³ Cfr. Cass. pen., sez. V, 30 novembre 2012, n. 6189.

⁶⁴ Generalmente gli interessi che si contrappongono sono quelli di cui è portatore il soggetto agente (in prima persona o per conto di terzi) con quelli che lo stesso soggetto avrebbe l’ obbligo (in virtù di un rapporto di fatto o di diritto) di perseguire. In questo senso P. NUVOLONE, *L’ infedeltà patrimoniale nel diritto penale*, cit., p. 12, ove definisce il carattere della *fedeltà* nella sua accezione personale sostenendo che «il concetto di fedeltà sta ad indicare un comportamento cosciente di *subordinazione dei propri interessi agli interessi di un’ altra persona*. Questa subordinazione può avere un contenuto più o meno ampio e può sussistere rispetto ad una sfera più o meno ampia di interessi. C’ è però un *minimum* necessario perché si possa parlare di fedeltà: e, cioè, la persona che vuol essere fedele ad un’ altra deve assicurare, *almeno negativamente*, la prevalenza degli interessi di quest’ ultima in caso di *conflitto*».

La necessaria correlazione tra rapporto conflittuale e violazione dell'obbligo di fedeltà, riconosciuto da così autorevole dottrina, sembra in linea con la nostra tradizione giuridica e normativa, che già sotto la vigenza dell'abrogato art. 2631 c.c. affidava a tale disposizione, rubricata "*conflitto di interessi*", il compito di proteggere il patrimonio sociale dagli abusi degli organi gestori. Il legislatore della riforma sembra aver voluto chiarire il rapporto, ancorando la rilevanza penale dell'infedeltà nella gestione all'esistenza di una situazione di conflitto di interessi.

In tal modo, si è voluto circoscrivere entro accettabili confini di determinatezza il fatto punibile⁶⁵.

Per una corretta disamina del presupposto conflittuale è necessario delineare innanzitutto i parametri di riferimento del conflitto stesso: da un lato l'interesse sociale, e dall'altro l'interesse extrasociale di cui è portatore il soggetto proprio⁶⁶.

L'*interesse sociale* è stato definito

«la "bussola" che gli organi societari devono seguire nello svolgimento del loro mandato: devono agire nel solo interesse della società, antepoendo siffatto interesse agli interessi personali di cui sono eventualmente portatori»⁶⁷.

Deve tuttavia rilevarsi come il concetto di interesse sociale non sia definito in modo univoco dalla dottrina e dalla giurisprudenza, ed è soggetto a diverse interpretazioni anche a seconda del ramo di diritto nel contesto del quale è impiegato.

Pur nella consapevolezza di peccare gravemente di indeterminatezza e imprecisione, la *summa divisio* tra le concezioni dominanti contrappone la tesi *contrattualistica*⁶⁸ alla visione *istituzionalistica*⁶⁹. L'individuazione dell'interesse sociale diviene ancor più ardua e complessa, per il moltiplicarsi dei fattori in gioco, allorché la singola società si inserisce e contestualizza in un gruppo.

⁶⁵ In senso conforme E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., p. 209-210; L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 460.

⁶⁶ Nello stesso senso P. ALDROVANDI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 188-189, il quale, citando C. PEDRAZZI, sostiene che «i poli della situazione conflittuale debbono essere rappresentati da un interesse extrasociale "di cui l'amministratore è portatore e dall'interesse sociale, da intendere come interesse comune ai soci come tali, strumentale al conseguimento di utili da dividere"».

⁶⁷ C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., p. 156.

⁶⁸ La letteratura penalistica sembra orientata quasi unanimemente verso l'accoglimento della teoria contrattualistica, secondo la quale «l'interesse sociale non consisterebbe in altro che nell'interesse comune dei soci e, più precisamente, nell'interesse di costoro alla realizzazione dello scopo della società, *id est* al conseguimento di utili per il tramite della realizzazione dell'oggetto sociale».

⁶⁹ Quest'ultima farebbe coincidere l'interesse sociale con l'interesse esclusivo e "superiore" dell'impresa in se considerata come autonomo soggetto di diritto, trascendente l'interesse dei suoi membri.

In estrema sintesi si può affermare che «l'interesse della società è quello di produrre il massimo utile con il minimo sforzo»⁷⁰, e potrà generare un conflitto quando l'agente dirigerà la sua condotta non al suo raggiungimento ma al fine di “*procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o altro vantaggio*”.

Si individua così il secondo parametro di riferimento: l'interesse extrasociale confliggente.

Circa l'ampiezza di contenuto da attribuire al conflitto in questione, la dottrina maggioritaria afferma con certezza la necessità di limitarne i confini entro una dimensione di carattere economico, in conformità alle esigenze di obiettivizzazione. La patrimonialità dell'interesse sociale non creava particolari problemi già sotto la vigenza della vecchia disciplina (che espressamente lo definiva «di ordine patrimoniale»⁷¹), e «oggi (...) trova una conferma nella struttura della fattispecie, in cui il danno patrimoniale costituisce l'evento, sul quale si incentra il momento offensivo della fattispecie»⁷².

Analogo discorso non può svolgersi – in termini così piani – per definire l'interesse del soggetto attivo del reato.

Infatti, mentre in relazione all'art. 2631 c.c. era opinione condivisa che anche l'interesse personale dovesse essere di natura patrimoniale, oggi si riscontrano in dottrina una pluralità di posizioni. Da un lato v'è chi ribadisce l'economicità di tale interesse⁷³, e dall'altro chi sostiene che la formula utilizzata dal legislatore della riforma nel definire il dolo specifico (la quale attribuisce rilevanza tanto all'*ingiusto profitto* quanto ad un *altro vantaggio*) consente «di abbracciare qualsiasi utilità, anche di carattere non economico»⁷⁴.

⁷⁰ In questi termini L. ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, Milano 2000, p. 189, il quale ritiene l'interesse comune dei soci coincidente con quello della società e lo definisce come «quello della produzione di utili in vista della loro divisione» precisando poi che si deve trattare del conseguimento del massimo utile possibile; in senso analogo E. AMATI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 405.

⁷¹ Come già sostenuto da C. PEDRAZZI, *Società commerciali (disciplina penale)*, in *Dig. Pen.*, vol. XIII, Torino, 1993, p. 390.

⁷² In questo senso si esprime P. ALDROVANDI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 189.

⁷³ A. CRISTIANI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 166, il quale ritiene che «il presupposto (...) cada sul terreno specificamente economico. Interessi ipotetici di tipo o natura diversi, come, ad esempio, quelli che potrebbero nascondersi in decisioni tendenti a favorire finalità personali o aspirazioni (...) non sarebbero da ritenersi pertinenti».

⁷⁴ Secondo P. ALDROVANDI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 189, «(...) il legislatore ha inteso inserire una formula di chiusura, dall'ampia portata, al fine di chiarire esplicitamente la possibilità che l'agente agisca per il perseguimento di un'utilità di carattere non economico, evitando in tal modo l'insorgere di qualsiasi

Con le parole di Aldrovandi, potrebbe dirsi che «nella nuova fattispecie, fermo il carattere patrimoniale dell'interesse sociale, sembra che l'interesse extrasociale con lo stesso confligente possa essere anche di altra natura»⁷⁵.

Precisati i termini della questione, occorre ora addentrarsi nella sostanza della posizione conflittuale. A tal fine, la *strada maestra* non può che essere l'ampia casistica giurisprudenziale e le numerose teorie dottrinali formatesi sotto la vigenza dell'abrogato art. 2391 c.c. in rapporto alla precedente figura incriminatrice del conflitto di interessi di cui all'art. 2631 c.c.

È soprattutto in relazione alla disciplina civilistica, infatti, che la dottrina si è sforzata di individuare le possibili manifestazioni del conflitto di interessi tra organo gestorio e società.

In particolare, si è evidenziato come una determinata operazione possa manifestare:

a) un conflitto *potenziale*, «quando, ipotizzando che l'operazione venga deliberata dall'amministratore interessato e che questi scelga di perseguire il proprio interesse, sia ragionevolmente prevedibile che l'operazione risulti in contrasto con lo scopo sociale»⁷⁶;

b) oppure un conflitto *attuale*, «quando l'operazione sia deliberata a condizione di ledere l'interesse sociale. Si noti che questo rapporto di interessi non richiede necessariamente che la lesione dell'interesse sociale effettivamente si produca, essendo sufficiente che essa sia prevedibilmente certa nel momento in cui l'operazione è deliberata»⁷⁷.

La giurisprudenza penale – nell'interpretare l'art. 2631 c.c. – oscillava tra due orientamenti: uno *formalistico*, originato dalla più recente giurisprudenza di legittimità⁷⁸, e un altro *sostanzialistico*, risalente all'iniziale orientamento della Cassazione⁷⁹ e fatto proprio dalla prevalente dottrina⁸⁰.

dubbio sul punto: timore che appariva in realtà giustificato dalla prevalente opinione a favore della natura economica del conflitto d'interessi»; si spinge oltre R. ALAGNA, *Note sul concetto penalistico di conflitto di interessi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 757, affermando che l'inserimento nella descrizione del dolo specifico della dizione "altro vantaggio" non soltanto «apre la strada alla punibilità di quelle condotte cui è sottesa una finalità diversa dall'arricchimento patrimoniale» ma fa ritenere che «l'intento di centrare l'oggettività giuridica sul patrimonio della società venga sviato (...)».

⁷⁵ P. ALDROVANDI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 190.

⁷⁶ L. ENRIQUES, *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni*, cit., p. 189.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 190.

⁷⁸ Cass. pen., Sez. V., 4 luglio 1989, Grieco, cit., 1991, p. 307; Cass. pen., Sez. I., 11 dicembre 2000, *Cass. pen.*, p. 354.

⁷⁹ Cass. pen., 25 febbraio 1959, cit., p. 939.

I fautori dell'interpretazione formale, accogliendo l'accezione potenziale del conflitto di interessi, configuravano il reato come mera ipotesi di pericolo presunto⁸¹ e ritenevano sussistente il conflitto in presenza di alcuni indici astratti enucleati dalla dottrina, quali: 1) l'assunzione diretta o indiretta, da parte dell'amministratore, della qualità di controparte contrattuale della società; 2) l'esercizio di una attività economica in posizione concorrenziale con la società; 3) lo sfruttamento, ai fini del personale profitto, di fatti e notizie appresi nell'esercizio o a causa delle proprie funzioni⁸².

Con l'introduzione della nuova figura di infedeltà patrimoniale, e data la strutturazione della fattispecie come reato di danno, l'accezione meramente formale del conflitto di interessi non può oggi trovare accoglimento. Essendo necessario che l'atto dispositivo abbia concretamente cagionato un danno patrimoniale alla società, infatti, gli indici meramente formali innanzi menzionati, lungi dall'essere sufficienti ad individuare una situazione di conflitto, «potranno costituire una premessa indiziante della possibilità di un conflitto di interessi, ma non ne costituiscono implicitamente o automaticamente la prova o la sussistenza, che va verificata in relazione ai singoli atti deliberativi»⁸³.

Sembra perciò da preferire una ricostruzione normativa della fattispecie in termini di lesione effettiva del bene protetto. Il conflitto di interessi, dunque, assumerà rilievo solamente quando sia: 1) oggettivamente valutabile⁸⁴; 2) attinente alla sfera economico-patrimoniale della società; 3) effettivo e reale; 4) attuale⁸⁵ e preesistente alla condotta⁸⁶.

⁸⁰ Sul punto cfr. L. FOFFANI, voce «Società», in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. PALAZZO-C. E. PALIERO, cit., p. 1878; ID, *Infedeltà*, cit., p. 81; M. ROMANO, *Profili penalistici del conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni*, Milano 1967, p. 54; P. ALDROVANDI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 129 e 132; A. L. MACCARI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 158; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., p. 208.

⁸¹ Considera il reato di «conflitto di interessi» come reato di pericolo presunto P. ALDROVANDI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 129, ove afferma che «l'art. 2631 c.c. doveva intendersi come diretto semplicemente a garantire la correttezza formale delle deliberazioni adottate dagli amministratori, sicchè la punibilità non avrebbe potuto escludersi neppure nel caso che dalla delibera la società avesse tratto vantaggio. Ciò che importava era semplicemente la posizione di formale contrapposizione tra gli interessi dell'amministratore e quelli della società, e non le modalità con cui in concreto questi avesse gestito il conflitto in parola».

⁸² E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., p. 211.

⁸³ A. CRISTIANI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 167.

⁸⁴ Indizio in tal senso si ricava con criterio sistematico contestuale dallo stesso art. 2634 c.c. co. 3 laddove precisa che non è ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo se «*compensato da vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili*». A tal proposito rileva A. CRISTIANI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 213, essere «evidente che questa valutazione (...) non può che presupporre criteri effettivi, oggettivi e concreti (...)».

⁸⁵ Come rileva A. CRISTIANI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 213 «(...) l'attualità del conflitto esigendo che esso sussista al momento in cui viene posta in essere la condotta tipica del reato (...) impedisce che possa darsi rilievo a situazioni verificatesi in un momento successivo (...) evita, altresì, che si possa ricorrere ad inaccettabili semplificazioni probatorie che partendo dal dato finalistico dell'esistenza di un danno

Breve: ricorre una situazione di conflitto di interessi quando, in un determinato atto, vengano a trovarsi in un rapporto di obiettivo antagonismo l'interesse sociale, ovviamente di natura economica e quello – anche non patrimoniale – dell'amministratore, del direttore generale o del liquidatore, sì che il soggetto apicale, di fronte alle due prospettive che gli si presentano, anziché operare nell'esclusivo interesse sociale, indirizzi la sua condotta nella direzione opposta⁸⁷.

Confrontando le formulazioni del vecchio art. 2631 c.c. e della nuova norma incriminatrice, balza agli occhi l'assenza dell'inciso “*per conto proprio o di terzi*” in relazione alla titolarità dell'interesse in conflitto. Tuttavia, non sembra sussistano ragioni per limitare la portata del presupposto conflittuale al solo interesse personale del soggetto agente. L'apparente carenza, infatti, è colmata dalla considerazione che il dolo specifico ha ad oggetto “*un ingiusto profitto per se o per altri*”, talché sembra doversi ritenere che il legislatore abbia ritenuto la specificazione addirittura superflua. Tuttavia

«in entrambi i casi, dovrà trattarsi di un interesse effettivamente in grado di influenzare l'assunzione o la deliberazione dell'atto dispositivo e il conflitto, per assumere rilevanza sul versante penale, dovrà provocare un danno alla società»⁸⁸.

A corollario di quanto esposto, si è desunto come il conflitto di interessi «funga da criterio propedeutico di preselezione dei comportamenti tipici»⁸⁹ e permetta di «escludere» dall'ambito applicativo della fattispecie tutte quelle situazioni che non diano luogo ad una situazione di pericolo concreto per il patrimonio sociale⁹⁰: qualifica

patrimoniale per la società presumano, per ciò solo, l'esistenza di una qualche finalità extrasociale dell'amministratore».

⁸⁶ Come previsto dalla Relazione illustrativa allo Schema di disegno di legge delega per la riforma del diritto societario, in *Riv. soc.*, 2000, p. 79 ove si osserva che il presupposto della situazione di conflitto di interessi «al fine di non privarlo della sua idoneità selettiva, dovrà intendersi come riferito a contrapposizioni di interessi obiettive e preesistenti alla condotta, e non già emergenti solo in occasione di quest'ultima».

⁸⁷ L'espressione è di C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 160.

⁸⁸ In questo senso C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., p. 161.

⁸⁹ L. FOFFANI, *Le infedeltà*, cit., p. 351.

⁹⁰ *Contra* E. MEZZETTI, *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario*, cit., p. 224 dove afferma che «il conflitto di interessi diviene per tale via non il presupposto, per porre una serie di divieti conseguenti, la cui semplice violazione fa scattare l'incriminazione, ma la “mera ambientazione in cui si svolge la condotta illecita”, il carattere di illiceità del comportamento di chi, investito di un potere di gestione, si comporta in modo difforme da quanto consentito nell'interesse sociale (...) da ‘proprietario’ e ‘padrone unico dei beni sociali. Ne segue che la situazione di conflitto non presenta (...) un vero carattere selettivo (e anticipato) della punibilità perché ciò che rileva è invece disporre del patrimonio sociale in modo svantaggioso e quindi contrario agli interessi sociali, ciò che implica che il conflitto è *in re ipsa*, è implicito nell'atto di disposizione patrimoniale che crea un danno alla società».

l'illiceità della condotta dei soggetti attivi, circoscrivendo la tipicità del fatto⁹¹. Si è affermato quindi che

«il presupposto conflittuale è proprio quello che conferisce l'essenziale momento di disvalore alla condotta tipica, descritta in termini estremamente ampi come il fatto di compiere o concorrere a deliberare “atti di disposizione di beni sociali”, dai quali sia derivato “un danno patrimoniale alla società”»⁹².

Il rapporto di causalità tra gli atti di disposizione e il danno, dunque, si pone come momento qualificante (e costitutivo) della fattispecie (*ut sic* focalizzato anche dall'elemento soggettivo) poiché i primi, di per sé, talvolta non esprimono il contenuto lesivo della fattispecie (potendo rappresentare anche solo la fisiologia dell'impresa), mentre il secondo (essendo connaturato allo stesso rischio di impresa) è sempre *in agguato* all'atto di gestione⁹³.

Evidenti necessità di coordinamento impongono di considerare le modifiche apportate dal legislatore alla disciplina civilistica e, in particolare, all'art. 2391 c.c., prima della riforma rubricato “*conflitto di interessi*”.

La norma obbligava l'amministratore in conflitto di interessi ad astenersi dalle deliberazioni riguardanti l'operazione.

Oggi sono previsti obblighi più pregnanti.

Mutata la rubrica in “*interessi degli amministratori*”, la norma impone di “*dare notizia agli amministratori e al collegio sindacale di ogni interesse che, per conto proprio o di terzi, abbia in una determinata operazione della società, precisandone la natura, i termini, l'origine e la portata (...)*”. Con la riforma «si è passati da un sistema di divieti formali (o formalistici) ad un sistema di *disclosure* obbligatoria e di decisione informata»⁹⁴.

⁹¹ V. MILITELLO, *I reati di infedeltà*, in *Dir. proc. pen.*, 2002, p. 484 afferma che «il richiamo al conflitto di interessi ha solo una portata selettiva della materia del divieto, ma non esaurisce certo gli elementi tipici dell'offesa, orientati invece nel complesso ad una tutela essenzialmente patrimoniale».

⁹² Secondo P. ALDROVANDI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 187 «si tratta dell'unico elemento di natura *meramente* oggettiva che apporti un coefficiente di disvalore di condotta nell'ambito dell'illecito in esame; disvalore che, per il resto, trova i suoi dati caratterizzanti in elementi di natura soggettiva». L'A. utilizza l'avverbio *meramente* in quanto, in realtà, anche il dolo specifico richiesto dalla fattispecie si riverbera sul piano oggettivo, implicando l'idoneità della condotta al raggiungimento del fine perseguito. Si segue l'impostazione di G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 265 che propugna «l'oggettiva idoneità degli atti compiuti dall'agente a cagionare l'evento dannoso o pericoloso preso di mira».

⁹³ D'AVIRRO, *L'infedeltà patrimoniale*, cit., p. 65.

⁹⁴ P. MONTALENTI, *Il conflitto di interessi nella riforma del diritto societario*, cit., p. 248;

La tutela è rivolta alla protezione di diversi beni giuridici tra i quali emerge, oltre all'integrità patrimoniale, la correttezza e trasparenza⁹⁵ dell'attività consiliare, garantita anche dall'obbligo di “*adeguatamente motivare le ragioni e la convenienza per la società dell'operazione*” in presenza di interessi (coincidenti o confliggenti) di un amministratore.

A differenza del passato, la vigente norma incriminatrice dell'infedeltà patrimoniale non ha solo la funzione di dare immediata sanzione ad un comportamento previsto (anche) come illecito civile poiché la disciplina penalistica si pone in rapporto di progressione con la disciplina civilistica:

«la tutela penale offerta dal delitto di infedeltà, conformemente al suo carattere di *extrema ratio*, interviene in un momento successivo rispetto a quella civilistica, richiedendo da un lato, in capo all'amministratore un vero e proprio interesse in conflitto con quello della società e dall'altro, la verifica intenzionale di un danno patrimoniale»⁹⁶.

La possibilità – per il consiglio d'amministrazione di deliberare – (ovviamente, previa adeguata motivazione) operazioni rispetto alle quali uno o più amministratori abbiano un interesse, e con la stessa partecipazione dei medesimi, comporta due corollari.

In primo luogo, è accentuata la concezione contrattualistica e privatistica dell'interesse sociale, attribuendo all'organo gestorio il potere di valutarne la portata con riferimento all'interesse specifico della società stessa: ne risulta ridefinita e ridimensionata anche la nozione di conflitto di interesse di cui all'art. 2634 c.c.

In secondo luogo, la delibera assunta col parere conforme e motivato del consiglio di amministrazione manifesta una differente incidenza del fatto sul piano del disvalore giuridico, tanto da consentire la possibilità di escludere la responsabilità penale dell'amministratore (seppur in conflitto). È opinione unanime che, pur persistendo la situazione conflittuale, difetterebbe l'intenzionalità del danno⁹⁷.

⁹⁵ La *ratio* del nuovo art. 2391 c.c. è illustrata esplicitamente nella Relazione allo schema del d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6 di attuazione della l. 3 ottobre 2001, n. 366, § 6, III, 3, in www.ipsoa.it/Isonline ove si afferma che «il maggior rigore (...) vuole sottolineare non solo che qualsiasi amministratore, essendo un gestore di patrimonio altrui, non può approfittare della sua posizione per conseguire diretti o indiretti vantaggi, ma soprattutto il valore della trasparenza nella gestione delle società».

⁹⁶ E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., p. 211.

⁹⁷ Tra gli altri, cfr. D'AVIRRO, *L'infedeltà patrimoniale*, cit., p. 68, «la valutazione di convenienza dell'operazione in conflitto di interessi con quello della società, operata dal consiglio d'amministrazione» se effettuata in buona fede, è idonea, per il caso in cui l'operazione abbia prodotto un danno patrimoniale alla società, ad escludere nei confronti «dell'amministratore in conflitto di interessi l'elemento soggettivo dell'intenzionalità di provocare un danno patrimoniale alla società»; in senso conforme R. ACQUAROLI, *Alcune osservazioni sul reato di infedeltà patrimoniale alla luce del nuovo diritto societario*, cit., p. 179:

Come è ovvio, altrettanto non può dirsi allorchè l'amministratore in conflitto abbia tratto in inganno o abbia taciuto la propria posizione conflittuale agli altri amministratori, così da fuorviarne il giudizio sulla convenienza dell'operazione. In tal caso opererebbe l'art. 48 c.p.

6. La condotta tipica: il compimento o il concorso nella delibera di atti dispositivi.

La fattispecie è stata strutturata come *reato di azione con evento di danno*⁹⁸.

Sono previste due condotte alternative, in sé «*neutre*»⁹⁹ in quanto non descrivono altro che il contenuto dell'attività gestionale dell'organo amministrativo e dei dirigenti.

Trattandosi di qualificazione estremamente ampia, l'interprete deve muoversi – come di norma, peraltro, in materia penalistica – nel pieno rispetto del principio di legalità¹⁰⁰ di cui all'art. 1 c.p.

Non si rinviene alcun richiamo espresso a forme tipiche con cui si realizza la violazione del dovere di fedeltà, quali l'*abuso di potere* e/o la *violazione di dovere*¹⁰¹. Dunque, unico filtro selettivo per attribuire o meno rilevanza penale alla condotta tipica è il presupposto conflittuale unito alla particolare 'colorazione' del dolo e alla causazione del danno.

Per maggiore chiarezza espositiva, devono delinearci innanzitutto i contorni delle due condotte alternativamente richieste dall'art. 2634 c.c.: “*compiere*” o “*concorrere a deliberare*”. Poi, dovrà essere analizzata la nozione di “atto di disposizione”.

Con la prima condotta in esame – compimento di atti dispositivi – il legislatore ha voluto dar rilievo a qualsiasi impiego dei beni sociali, da parte del titolare dei poteri gestori, in violazione ai doveri che da tale posizione conseguono.

«alla connotazione in termini sostanziali del conflitto di interessi si aggiunge il requisito della sua negoziabilità, rimessa alla valutazione dell'organo gestorio. La decisione di procedere al compimento dell'operazione, anche se viziata dalla situazione di conflitto, proietterà la sua efficacia scriminante rispetto all'amministratore infedele, anche dinanzi all'esito sfavorevole dell'operazione».

⁹⁸ Così la Relazione illustrativa allo Schema di disegno di legge delega per la riforma del diritto societario, in *Riv. soc.*, 2000, p. 79.

⁹⁹ E. AMATI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 410.

¹⁰⁰ A. CRISTIANI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 170 ritiene «questa riflessione (...) fondamentale perché si riferisce a condotte comunemente dovute, e comunque lecite, che assurgono al livello di rilevanza penale solo nel contesto dell'interesse individuale in conflitto».

¹⁰¹ La Relazione illustrativa allo Schema di disegno di legge delega per la riforma del diritto societario, cit., p. 79, espressamente afferma “*scartando soluzioni imperniate su concetti del tipo «abuso dei poteri» o «violazione dei doveri», il cui impiego rischierebbe di dilatare eccessivamente la figura criminosa, rendendone insufficientemente definiti i confini (...)*”.

Sono sicuramente sussumibili nella formulazione numerosi comportamenti infedeli posti in essere dall'amministratore unico, le attività gestorie compiute al di fuori di una deliberazione collegiale e i comportamenti non deliberativi. Si è voluto, così, colmare quel vuoto normativo da tempo denunciato dalla dottrina in relazione alla previgente disciplina di cui all'art. 2631 c.c.

Maggiori difficoltà si presentano all'interprete in relazione alla seconda condotta, definita dal legislatore come "*concorrere a deliberare atti di disposizione*".

La condotta è strutturata sull'attività collegiale e presuppone la compartecipazione di più soggetti: si è domandato, pertanto, quali fossero i caratteri di tale attività congiunta.

Benché la lettera della norma si incentri sul momento deliberativo, secondo la dottrina maggioritaria non è richiesta tanto una compartecipazione materiale¹⁰² nell'approvazione della delibera, quanto l'apporto, da parte dell'agente, di un contributo causale effettivo¹⁰³ all'approvazione stessa.

Con tali premesse, è evidente come non siano più consentite le numerose interpretazioni formalistiche, coniate in relazione alla vecchia figura sanzionatoria del conflitto di interessi, che attribuivano rilevanza alla *mera partecipazione alla formazione della delibera* anche se adottata con il voto contrario dell'amministratore in conflitto. L'impiego del verbo "*concorrere*", infatti, richiama la necessità di un contributo apportato dal soggetto agente all'adozione della delibera. Ciò non implica, tuttavia, che il voto dell'amministratore in conflitto debba essere stato decisivo, ben potendosi ritenere responsabile anche l'amministratore che si sia astenuto dal voto o che addirittura – ma la dottrina è controversa – non abbia partecipato alla seduta consiliare, pur avendo posto in essere una condotta causalmente idonea all'approvazione della delibera stessa¹⁰⁴.

¹⁰² Di questo avviso è A. CRISTIANI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 170 secondo il quale «il verbo "concorrono a deliberare" deve chiaramente essere inteso non soltanto con riferimento al momento giuridico formale della deliberazione direttamente partecipata, ma anche alla sua formulazione e preparazione tecnica»; *contra* E. AMATI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 411 il quale sostiene che «la condotta dell'amministratore inerte al momento della votazione non pare possa assumere rilevanza alla luce del dettato normativo. La condotta tipica, invero, è incentrata sul momento deliberativo e non su tutte quelle attività meramente prodromiche alla deliberazione assembleare».

¹⁰³ Sottolinea l'esigenza del nesso di causalità tra condotta del soggetto attivo e approvazione della delibera E. AMATI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 410: «la condotta di partecipazione alla delibera presuppone che il soggetto abbia apportato "un contributo causale effettivo"».

¹⁰⁴ C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., p. 183, ritiene «che non vi siano ostacoli per affermare la rilevanza penale di queste condotte quando abbiano sortito l'effetto di indurre gli altri componenti dell'organo sociale a votare contro l'interesse sociale»; in senso contrario E. AMATI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 411 ss.

La lettera della legge, secondo l'opinione dominante, rimanda ad un comportamento di tipo attivo¹⁰⁵, d'onde l'inammissibilità di condotte omissive: l'amministratore che rimane inerte o diserta l'assemblea non potrebbe quindi essere sanzionato. Occorrono, al riguardo, alcune precisazioni.

Innanzitutto, ai sensi dell'art. 48 c.p., viene reputato responsabile il soggetto che abbia taciuto la sua posizione di conflitto così da indurre in errore gli altri consiglieri.

In secondo luogo, l'irrelevanza della condotta omissiva non esclude che il soggetto sia ritenuto responsabile, ai sensi dell'art. 110 c.p., in concorso con *l'intraneus* e sempre che, in capo a quest'ultimo, sussistano tutti gli estremi della fattispecie tipica e che *l'extraneus* abbia una corretta rappresentazione e volizione degli stessi¹⁰⁶.

Infine, potrebbe emergere una responsabilità omissiva, a norma dell'art. 40 co. 2 c.p., allorché l'amministratore non abbia impedito il compimento dell'atto dispositivo in danno della società¹⁰⁷. L'art. 2392 c.c., infatti, pone un principio di ordine generale per il quale è obbligo giuridico degli amministratori impedire gli atti pregiudizievoli per la società.

«In tale ipotesi coloro che omettono di provvedere *cagionano* l'evento vietato in forza anche di una loro condotta *propria* consistente nel mancato esercizio dei loro poteri-doveri. Ovviamente occorre che vi sia la prova che l'omissione abbia avuto un ruolo di condizione necessaria per la commissione del reato»¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Cfr. E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., p. 212; V. MILITELLO, *Infedeltà patrimoniale e corruzione nel futuro del diritto penale societario*, cit., p. 483; in senso contrario C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., p. 183 e A. DI AMATO, *Diritto penale dell'impresa*, Milano 2003, p. 177.

¹⁰⁶ Sul punto si veda Cass. pen., Sez. III, 20 luglio 2017, n. 35767 fattispecie nella quale è stato assolto per non aver commesso il fatto un soggetto che era stato accusato in concorso con il padre, amministratore della società danneggiata, del reato di cui all'art. 2634 c.c. per aver acquistato un terreno ad un prezzo nettamente inferiore a quello di mercato. In particolare la Corte ha rilevato come «(...) il convincimento circa la partecipazione concorsuale dell'*extraneus* (figlio dell'amministratore della società) fosse stata tratta esclusivamente dal vantaggio patrimoniale che, per il tramite del reato commesso dall'*intraneus*, il concorrente ha realizzato il quale, sebbene idoneo a costituire un indizio grave circa la compartecipazione criminosa del concorrente esterno, non può certo ritenersi sufficiente per pervenire ad un giudizio di colpevolezza fondato sul canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio, dovendosi distinguere la condotta dell'*intraneus* che vende, ad un soggetto in relazione al quale sussiste conflitto di interessi, un bene di proprietà della società della quale sia l'amministratore ad un prezzo inferiore rispetto al reale valore di mercato, integrando così pienamente il delitto di infedeltà patrimoniale, dalla condotta dell'*acquirente extraneus* per il quale occorre un "quid pluris", ricavabile dalle modalità e circostanze del fatto, che dimostrino concretamente il raggiungimento di un'intesa con il concorrente qualificato o, quanto meno, una pressione diretta a sollecitarlo o persuaderlo al compimento dell'atto illecito».

¹⁰⁷ Per un'ampia disamina, cfr. C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., p. 138 ss.

¹⁰⁸ G. SCHIAVANO, *Riflessioni sull'infedeltà patrimoniale societaria (art. 2634 c.c.)*, cit., p. 820.

Alcuni autori rilevano però l'indeterminatezza di tali obblighi, da un lato, e dall'altro l'insussistenza in capo al singolo amministratore di poteri adeguati a fronteggiare l'assunzione della delibera dannosa¹⁰⁹.

Per meglio comprendere le condotte sopra analizzate occorre soffermarsi sul concetto di "atti dispositivi di beni sociali", autorevolmente considerato «il punto nevralgico nell'esegesi di questa norma, in quanto facilmente esposto al doppio rischio di interpretazione in difetto¹¹⁰ o in eccesso¹¹¹».

Si tratta certamente di una formulazione volta a ricomprendere tutte quelle condotte che implicano un trasferimento di elementi patrimoniali nell'ambito dell'esercizio di impresa. Secondo la ancora attuale definizione di Pietro Nuvolone sembra doversi intendere «per atti di disposizione (...) quegli atti che, in parte o totalmente, sono rivolti a mutare la funzione economica della *res*».

Secondo la dottrina maggioritaria, la lettera della norma non è compatibile con le condotte omissive¹¹², che potranno assumere rilevanza solo nel caso di concorso di persone nel reato¹¹³.

¹⁰⁹ G. SCHIAVANO, *Riflessioni sull'infedeltà patrimoniale societaria (art. 2634 c.c.)*, cit., p. 821; *contra* C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., p. 191 ss. ove sostiene che «i doveri che incombono sui soggetti attivi del reato hanno una latitudine i cui confini non sono incerti, essendo tutti desumibili dalla disciplina civilistica».

¹¹⁰ F. MUCCIARELLI, *Il ruolo dei «vantaggi compensativi» nell'economia del delitto di infedeltà patrimoniale degli amministratori*, in *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 630 afferma che il riferimento agli atti di disposizione sarebbe «enormemente limitativo, perché sembra escludere dall'ambito di operatività della norma una serie amplissima di operazioni (fusioni, scissioni ecc.) che ben possono essere deliberate o compiute seguendo un interesse confliggente e che non paiono certo riconducibili alla nozione di «atto di disposizione dei beni sociali».

¹¹¹ A. DI AMATO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., p. 176 secondo il quale «il concetto di atto di disposizione è di tale ampiezza da ricomprendere non solo le ipotesi di contratti con i terzi, ma anche quelle di contratto con se stesso (...)».

¹¹² Già in sede di lavori della commissione Mirone si riteneva opportuno tenere fuori dalla portata del precetto la condotta omissiva, «considerata la natura meramente normativa dell'omissione e l'estrema varietà e genericità degli obblighi gravanti sui destinatari del precetto» come si può leggere nella Relazione illustrativa allo Schema di disegno di legge delega per la riforma del diritto societario, cit., p. 79 ss; in senso conforme anche V. NAPOLEONI, *Prospettive di riforma in tema di tutela penale del patrimonio sociale contro gli abusi dell'organo gestorio*, in *Le società*, 2000, p. 208 dove afferma che «il carattere meramente normativo dell'omissione, da un lato; l'estrema ampiezza e genericità delle norme che delincono i doveri degli amministratori, dall'altro, farebbero ripiombare inevitabilmente nelle nebbie i confini delle fattispecie oggettiva, rimettendo all'estro del giudice penale la formulazione del rimprovero «dovevi fare e non hai fatto»; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., p. 143 si mostra critico nei confronti di tale scelta in quanto potrebbe derivarne «un pericoloso vuoto di tutela tutte le volte in cui il titolare del potere gestorio, in conflitto di interessi, cagioni intenzionalmente un danno patrimoniale alla società da lui amministrata semplicemente decidendo di non compiere una determinata operazione per essa vantaggiosa». Altra argomentazione di carattere sistematico si ricava dall'inclusione espressa di condotte omissive nell'art. 2635 c.c., con conseguente applicazione del brocardo *ubi lex voluit, dixit*; afferma la possibilità di far rientrare nella figura criminosa anche le condotte omissive C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., p. 191 ss.

Sul punto di recente la giurisprudenza si è espressa in senso favorevole all'integrazione della condotta mediante omissione statuendo che

«(...) in via di principio, pertanto, le condotte omissive non rientrano nel fuoco della norma incriminatrice. Ciò non toglie, però, che le omissioni possano, in particolari situazioni, assumere la medesima valenza delle "azioni", determinando - in sinergia con l'azione di terzi o con l'evoluzione di situazioni sfavorevoli all'impresa, non contrastate dall'amministratore - la compromissione dell'interesse protetto dalla norma (l'integrità del patrimonio sociale). In casi siffatti la condotta omissiva dell'amministratore assume i medesimi connotati della condotta commissiva, perchè si avvale dell'azione di terzi o di forze estranee all'impresa per raggiungere il medesimo risultato antigiuridico contemplato dalla norma. Non v'è ragione, pertanto, di trattare l'inazione dell'amministratore - quando sia inequivocabilmente espressione, rispetto ai diritti della società amministrata, di una volontà abdicatrice - quale "omissione", invece che come condotta positivamente volta a compiere l'azione vietata dall'ordinamento dell'impresa¹¹⁴»

Parimenti, restano fuori dal campo applicativo della fattispecie incriminatrice gli atti meramente organizzativi¹¹⁵ – quali l'aumento di capitale, le fusioni o le scissioni di società – poiché tali operazioni, pur potendo essere realizzate in una situazione di conflitto di interessi e causare un danno patrimoniale alla società, non comportano alcuna immediata disposizione dei beni sociali. Rientrano invece le assunzioni di obbligazioni¹¹⁶, in quanto determinano un vincolo giuridico sui beni della società. Si tratta, però, di una soluzione non unanimemente condivisa in dottrina poiché alcuni autori sostengono la soluzione negativa, pur criticando i risultati a cui si perverrebbe in

¹¹³ G. SCHIAVANO, *Riflessioni sull'infedeltà patrimoniale societaria (art. 2634 c.c.)*, cit., p. 819 ss, afferma che «se si ha riguardo al fatto che il soggetto è titolare di una posizione di garanzia e, quindi, di poteri-doveri da esercitare nell'interesse altrui (la società), ne deriva che anche l'omissione di atti dovuti, che pregiudicano patrimonialmente l'interesse sociale, devono ritenersi punibili». L'A. precisa poco dopo che «la condotta omissiva rilevante deve necessariamente intervenire in concorso con la condotta effettiva di altri soggetti legittimati ad operare per la realizzazione della disposizione patrimoniale che si rileverà poi dannosa per la società»; conforme E. AMATI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 411.

¹¹⁴ Cfr. Cass. pen., Sez. V, 28 luglio 2017, n. 37932 fattispecie in cui un amministratore è stato ritenuto responsabile del reato di bancarotta fraudolenta societaria ex art. 223, comma 2, n. 2 l.f. con riferimento all'art. 2634 c.c. per aver omesso di riscuotere un credito.

¹¹⁵ L. FOFFANI, (*voce*) *Società*, cit., p. 1879; P. ALDROVANDI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 138; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., p. 216 ss; A. L. MACCARI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 156; V. MILITELLO, *L'infedeltà patrimoniale. Art. 2634 c.c.*, cit., p. 483; vedasi G. SCHIAVANO per una dettagliata analisi di singoli casi in quanto evidenzia come «(...) nel relativo complesso iter formativo di ciascuna operazione vi sono deliberazioni con possibile incidenza patrimoniale negativa per la società (...). Esse possono realizzare la condotta di infedeltà patrimoniale in presenza di tutti gli altri dati normativi richiesti».

¹¹⁶ V. MILITELLO, *L'infedeltà patrimoniale. Art. 2634 c.c.*, cit., p. 482 fa notare come tali obbligazioni, sia pure indirettamente, si traducono pur sempre in una disposizione di beni sociali essendo il patrimonio sociale a doverne sopportare il relativo costo; P. ALDROVANDI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 138; in senso adesivo, A. D'AVIRRO, *L'infedeltà patrimoniale*, cit., p. 352; *contra*, L. FOFFANI, *Le infedeltà*, cit., p. 351; E. AMATI, *Infedeltà patrimoniali*, cit., p. 413 ss., rileva che «pur se l'opinione di chi estende l'operatività della figura di reato in esame alla mera assunzione di obbligazioni destinate a gravare sul patrimonio sociale persegue il meritevole fine di evitare una evidente lacuna di tutela, ci pare che la stessa tenda a sfociare in un'inammissibile applicazione analogica della norma».

quanto consci del fatto che tale condotta rappresenti proprio una delle modalità tradizionalmente più idonee a realizzare un'ipotesi di infedeltà gestoria¹¹⁷.

Rimangono escluse anche le ipotesi di approfittamento personale di occasioni d'affari (che avrebbero potuto e dovuto, invece, essere utilizzate a vantaggio della società) poiché manca un atto di disposizione di beni sociali¹¹⁸. Siffatte ipotesi, secondo costante orientamento della giurisprudenza tedesca, sono tutelate dalla fattispecie dell'*Untreue*.

In conclusione, il comune denominatore delle condotte esaminate consiste nell'effettiva diminuzione del patrimonio sociale, accompagnata da una riduzione dell'attivo, e conseguente all'atto di disposizione compiuto dall'agente. La fattispecie è dunque incentrata non tanto sulla forma dell'atto quanto sull'effetto economico del danno. In ultima analisi: il danno patrimoniale delimita l'ambito e il contenuto dell'atto di disposizione e svolge – unitamente al presupposto del conflitto d'interesse – una funzione selettiva dei comportamenti penalmente rilevanti¹¹⁹.

7. L'evento del danno patrimoniale.

Perché il reato si intenda consumato, in entrambe le fattispecie è necessario che la condotta abbia prodotto un *danno patrimoniale* alla società o ai terzi, secondo la previsione del co. 2.

Il legislatore, infatti, per evitare un'eccessiva ingerenza del diritto penale nell'attività gestoria si è preoccupato di delineare in modo puntuale i requisiti necessari per poter qualificare come infedele la condotta degli amministratori. Per questo motivo la pericolosità dei comportamenti gestionali è ancorata alla sussistenza di una situazione di conflitto di interessi che vizia a priori un'assunzione di rischio di impresa; è richiesto, inoltre, che dalla stessa operazione sia derivato un danno patrimoniale alla società¹²⁰.

Come sostenuto da autorevole dottrina

«la rinuncia ad una anticipazione dell'intervento penale sulla soglia di un pericolo (concreto) per il patrimonio sociale, se pur sacrifica in qualche misura l'esigenza di tempestività della reazione punitiva, rappresenta un utile baluardo garantistico contro il

¹¹⁷ Secondo L. FOFFANI, *Le infedeltà*, p. 353: «maggiormente consone alle effettive esigenze di tutela sarebbe (...) stata, probabilmente, una descrizione della condotta tipica in termini di “commissione (o concorso alla deliberazione) di operazioni sociali, cagionando un danno patrimoniale alla società”».

¹¹⁸ Cfr. E. AMATI, *Infedeltà patrimoniali*, cit., p. 413.

¹¹⁹ C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., p. 184.

¹²⁰ E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., p. 214.

rischio che la prassi interpretativa finisca con l'offuscare e scolorire la linea di confine fra conflitto, sovrapposizione e semplice commistione di interessi. Il danno per il patrimonio sociale vale, infatti, a segnalare *ex post* l'incompatibilità con gli interessi economici della società di un'assunzione di rischio d'impresa viziata *ex ante* dall'indebita intromissione di un interesse conflittuale»¹²¹.

Tale impostazione appare del tutto coerente alla finalità perseguita: l'obiettivo è quello di isolare i rischi di impresa leciti (e perfino utili) da quelli meritevoli di repressione perché effetto di scelte gestionali scorrette¹²².

L'inserimento di un requisito di natura strettamente oggettiva completa, in questo modo, l'opera di valorizzazione del principio di offensività e di selezione dei comportamenti penalmente rilevanti¹²³.

La nozione di *danno* va necessariamente enucleata adottando un criterio ispirato non soltanto a canoni di proporzionalità quantitativa e qualitativa in relazione alle attività operative e gestionali, ma anche parametrata sull'entità del patrimonio societario: è necessario distinguere l'evento di danno da tutte quelle lesioni economiche che si risolvono in pregiudizi insignificanti ed irrilevanti¹²⁴.

Come già evidenziato, il danno deve incidere sui beni sociali o del terzo.

Alcuni autori, facendo leva sull'ampiezza della nozione di "interesse sociale", ritengono si possa prendere come riferimento una nozione ampia di danno¹²⁵ comprensiva oltre che del danno emergente anche del lucro cessante e della perdita di *chances*¹²⁶.

¹²¹ L. FOFFANI, *Le infedeltà*, cit., p. 353.

¹²² E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., p. 218; in senso conforme A. CRISTIANI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 175 rileva che «la ricerca di una sorta di determinismo fra il "conflitto di interesse", (...) e la volontaria causazione del danno dovrebbe portare a distinguere gli effetti patrimoniali negativi di un certo atto di gestione scorretta, da quelli, eventualmente analoghi, di una determinazione amministrativa sbagliata. Non si devono confondere i profili oggettivi da quelli soggettivi (...) nonché nel caso dell'infedeltà patrimoniale, il danno che realizza l'evento tipico (...) deve risultare (...) come determinato da una scelta gestionale preferenziale dovuta all'interesse in conflitto (...)».

¹²³ *Ibidem*, p. 218; *contra cfr.*, V. MILITELLO, *L'infedeltà patrimoniale (Art. 2634 c.c.)*, cit., p. 486, nell'esaminare l'inserimento della locuzione "altro vantaggio" all'interno del dolo specifico, afferma che in tal modo si incrina il carattere esclusivamente patrimoniale dell'offesa e si attribuisce l'intero compito di selezionare il rischio di impresa lecito dalle condotte penalmente rilevanti all'intenzionalità del danno stesso. L'A. rileva, infine, che tale spartiacque dovrebbe essere costruito, in modo più opportuno, dalle regole oggettive e prudenziali che caratterizzano la gestione d'impresa. Si legge: «la norma del nuovo art. 2634 c.c. ha invece ritenuto di non dover risolvere il problema sul piano oggettivo del rischio lecito ma di aggiungere il riferimento all'avverbio intenzionalmente rispetto alla causazione del danno patrimoniale».

¹²⁴ In termini analoghi si esprime A. CRISTIANI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 172.

¹²⁵ Cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, Milano, 1987, p. 266 intende per danno «il nocumento causato dal comportamento illecito e il suo carattere patrimoniale consiste in una privazione o diminuzione del complesso dei valori che compongono il patrimonio presente o futuro, sia nella forma del pregiudizio emergente che del lucro cessante: può essere immediato e diretto o consequenziale e indiretto purchè reale».

Tale interpretazione del danno è contestata da altra parte della dottrina¹²⁷ sulla base di due ordini di ragioni:

1) così facendo si rischierebbe di confondere il danno penalisticamente rilevante da un lato con il concetto di *nocumento* di cui all'art. 2635 c.c., e dall'altro con la nozione civilistica di *danno risarcibile*;

2) si tutelerebbero utilità future non ancora entrate nel patrimonio sociale, che come tali non rappresentano un bene sociale e non possono ricevere alcuna tutela poiché non determinano una perdita patrimoniale.

Più di recente è stato sottolineato¹²⁸ come un ulteriore indice a sostegno della tesi più rigorosa andrebbe ricavato da una lettura sistematica e dal confronto fra l'art. 2634 c.c. con la successiva fattispecie di corruzione tra privati di cui all'art. 2635 c.c., che sia nella versione introdotta nel 2002 che nella vigente riformulata ad opera del D.Lgs. n. 38/2017, individua l'evento con i termini *nocumento* la cui portata semantica – più ampia rispetto al concetto di danno patrimoniale – abbraccia anche il lucro cessante.

La giurisprudenza¹²⁹, chiamata di recente a pronunciarsi sul punto, sembra aderire alla tesi maggiormente rigorista che tende ad escludere la riferibilità del danno anche al lucro cessante finirebbe per estendere la nozione di bene sociale – oggetto dell'atto dispositivo dall'amministratore infedele – anche ai cespiti non ancora facenti parte del patrimonio della società sui quali vi è solo una aspettativa, per quanto ragionevole, di ingresso nell'attivo patrimoniale dell'ente.

¹²⁶ In questo senso si esprimono L. FOFFANI, *Art. 2634 c.c.*, cit, 2518 ss.; G. SANDRELLI, *L'infedeltà patrimoniale*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di S. Ambrosini, II, Torino, 2005, p. 503; M. BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e sanzioni penali*, Milano - Roma, 2006, 126; C. SANTORIELLO, *Il reato di infedeltà patrimoniale*, in *La disciplina penale dell'economia*, vol. II, Società, fallimento e finanza, a cura di C. Santoriello, Torino, 2008, p. 179.

¹²⁷ Aderiscono a questa impostazione E. AMATI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 415; M. MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio nella disciplina penale dei gruppi di società*, Napoli, 2006, 127; A. L. MACCARI, *Art. 2634 c.c.*, cit, p. 157; C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., p. 227; E. MEZZETTI, *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 226.

¹²⁸ In questo senso P. CHIARAVIGLIO, *L'evento nei delitti di impedito controllo e di infedeltà patrimoniale: un confronto strutturale*, in *Le Società*, 2017, n. 11, p. 1265 ss. il quale sottolinea come «(...) questa soluzione sembra suggerita anche dal raffronto terminologico fra il previgente art. 2631 c.c. - ove, al secondo comma, si evidenziava come evento dannoso un pregiudizio (nell'ambito del quale sarebbe rientrato sicuramente il lucro cessante) e l'attuale norma incriminatrice dell'infedeltà patrimoniale, per la quale il legislatore ha espressamente scartato le espressioni pregiudizio e nocumento e, scegliendo il danno patrimoniale, ha sottolineato un differente rationale anche dal punto di vista dell'individuazione degli effetti tipici della condotta.».

¹²⁹ Cfr. Cass. pen, Sez. V, 25 settembre 2017, n. 44053.

Come per tutte le figure criminose costruite sul modello di “reato ad evento di danno”, è necessario che il danno medesimo sia causalmente riconducibile alla condotta del soggetto e rappresenti la conseguenza diretta dell’atto di disposizione dei beni sociali. Pur senza voler confondere il piano sostanziale con il piano processuale, le peculiarità delle delibere collegiali e delle operazioni compiute in seno ai gruppi di società non sempre renderà agevole l’accertamento della concomitante presenza di tutti i requisiti.

8. La duplicità delle forme di dolo e i controversi margini di sopravvivenza del dolo eventuale.

Al generale apprezzamento, da parte della dottrina, delle scelte compiute dal progetto Mirone – pedissequamente recepite tanto dalla legge delega, quanto dal decreto delegato – sul versante *oggettivo* del reato, fanno invece da contraltare alcune osservazioni critiche sul versante dell’elemento *soggettivo*.

Il profilo psicologico della fattispecie è caratterizzato dal perseguimento del “*fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto*”, secondo lo schema tipico dei reati a dolo specifico.

Il legislatore della riforma è intervenuto con due emendamenti che hanno apportato altrettante modifiche di non poco rilievo. Da un lato è stato esteso l’ambito di applicazione del dolo specifico tramite l’inserimento della locuzione “*altro vantaggio*”; dall’altro è stato affiancato al dolo specifico un dolo intenzionale riferito alla causazione del danno.

In sostanza la nuova *figura criminis* richiede, in capo al soggetto attivo, la sussistenza congiunta di un dolo duplice e particolarmente pregnante.

Tale formulazione ha suscitato forti perplessità¹³⁰ e numerosi problemi interpretativi.

In particolare, l’attenzione della dottrina si è focalizzata su due punti.

Da una parte, si è voluto definire la funzione assolta dal dolo specifico, reputato da alcuni come un ulteriore *elemento selettivo* delle condotte penalmente rilevanti, e da altri come un *inutile doppione* del conflitto di interessi.

Dall’altra, è stato analizzato il significato da attribuire all’avverbio *intenzionalmente*, considerato dai più un indice inequivocabile della volontà del legislatore di prevedere

¹³⁰ L. FOFFANI, *Le infedeltà*, cit., p. 354 si mostra fortemente critico sulla «singolare combinazione» di dolo specifico e dolo intenzionale.

un dolo intenzionale (con la conseguente inammissibilità del dolo eventuale e anche del dolo diretto), seppur non manca chi lo interpreta secondo un'accezione estensiva.

8.1. Il dolo specifico.

È stato evidenziato come la previsione del dolo specifico costituisce un ulteriore filtro selettivo¹³¹ di rilevante importanza, soprattutto se si considera che la condotta in sé può essere «neutra», e che il danno può rientrare nel comune rischio di impresa.

La particolare configurazione dell'elemento soggettivo, pertanto, parrebbe rispondere proprio all'esigenza di «selezionare» ulteriormente il substrato illecito della condotta: in altre parole, non basterà verificare la situazione conflittuale, bensì occorrerà che la condotta posta in essere sia concretamente idonea a procurare “*a sé o ad altri un ingiusto profitto o altro vantaggio*”¹³².

Altri autori si soffermano a sottolineare come la presenza del dolo specifico sia in grado di salvaguardare il finalismo della fattispecie. In tal modo si evita che la responsabilità degli amministratori sia ancorata esclusivamente alla mera successione cronologica tra atto di disposizione – seppur deliberato in una situazione di conflitto di interessi – e danno patrimoniale; allo stesso tempo si ostacola la riproposizione di interpretazioni formalistiche¹³³.

¹³¹ Cfr., E. AMATI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 417; P. ALDROVANDI, *Art. 2634 c.c.*, cit., 195; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., p. 214; E. MEZZETTI, *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario*, cit., p. 204 nota 44 richiama C. PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, p. 31 riguardo alle ipotesi delittuose di infedeltà patrimoniale, rammentando come «l'inserimento di un requisito di dolo specifico (nel senso del perseguimento di finalità personali dirette o indirette) costituisce un saggio correttivo, considerato che l'attività di gestione imprenditoriale comporta inevitabilmente l'assunzione di rischi non sempre calcolabili e contenibili, e quindi l'esposizione a pericolo del patrimonio sociale. Poiché è sottile e malcerto il confine tra il rischio normale, come tale consentito, e il rischio che, in quanto anomalo, contrasta con l'interesse sociale, opportunamente la punibilità è stata ancorata alla presenza di un movente egoistico».

¹³² Si segue l'impostazione di G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 265 secondo la quale il dolo specifico deve essere letto in chiave oggettiva: non basterà quindi analizzare l'intenzione dell'amministratore ma occorrerà anche accertare, con un giudizio di prognosi postuma, se quella condotta fosse in concreto idonea a raggiungere quel risultato. Non è richiesto, invece, l'effettivo conseguimento del fine preso di mira dall'agente. Tale impostazione permetterebbe di scongiurare il pericolo di facili semplificazioni probatorie ad opera della giurisprudenza.

¹³³ R. ACQUAROLI, *Alcune osservazioni sul reato di infedeltà patrimoniale alla luce del nuovo diritto societario*, cit., p. 170 ss. ove afferma che «il dolo specifico è in grado di salvaguardare il finalismo della fattispecie, così evitando che l'interrelazione conflitto di interessi-danno patrimoniale possa, con il fondare da sola la responsabilità dell'amministratore, reintrodurre interpretazioni formalistiche della fattispecie, legate all'esito negativo di normali operazioni economiche».

Altra parte della dottrina, invece, si è mostrata fortemente perplessa in merito alla reale capacità selettiva del requisito in questione, al punto da definirlo un «inutile doppione»: una volta stabilito, infatti, che il soggetto agente deve comunque rappresentarsi i termini concreti e attuali della situazione conflittuale ed essere pienamente consapevole della potenziale dannosità dell'operazione sociale a cui afferisce il conflitto, la proiezione finalistica della condotta nulla aggiunge¹³⁴, in realtà, a quanto la fattispecie incriminatrice già richiederebbe sulla base di un semplice dolo generico¹³⁵.

Oltretutto si è rilevato come, secondo un'ordinaria regola di esperienza, sembri

«difficile ipotizzare situazioni in cui l'agente sia consapevole di agire in conflitto di interessi con la società e al contempo abbia l'intenzione di danneggiare l'altrui situazione patrimoniale, ma non intenda trarre, per sé o per altri, un vantaggio qualificabile come ingiusto»¹³⁶.

Tuttavia proprio l'ordinaria compresenza delle finalità in questione comporta il rischio concreto che la giurisprudenza finisca per presumere l'esistenza di tale requisito ogni volta che accerti la presenza degli altri elementi della fattispecie.

La dottrina citata ritiene che il legislatore si sia risolto nel senso della previsione del dolo specifico «per scontare in anticipo la *vischiosità* della tradizionale lettura formalistica del conflitto di interessi di cui al vecchio art. 2631 c.c.»¹³⁷.

Non è mancato neppure chi ha sostenuto la possibilità che una lettura formalistica, in realtà, residui nella dizione “*altro vantaggio*”:

¹³⁴ Di diverso avviso P. ALDROVANDI per il quale l'ulteriore requisito del dolo specifico è volto all'accertamento di un *quid pluris* rispetto al presupposto conflittuale. Infatti questo deve «essere inteso come espressione della scelta di perseguire, nell'ambito della situazione conflittuale che funge da presupposto della condotta, l'interesse extrasociale».

¹³⁵ Cfr. L. FOFFANI, *Le infedeltà*, cit., p. 354; ID, *Art.2634 c.c.*, cit., p. 2519 «(...) quel dolo specifico autonomamente previsto dall'art. 2634 c.c. a null'altro mira se non a soddisfare quella medesima esigenza già posta a base della tipizzazione della situazione di conflitto di interessi come presupposto della condotta» e a sostegno di ciò riporta l'*obiter dictum* di Cass. pen., 26 ottobre 2005., in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1071 dove si osserva che «il profitto ingiusto null'altro è che la proiezione soggettiva del preesistente conflitto»; in senso analogo si esprime anche V. MILITELLO, *L'infedeltà patrimoniale (Art. 2634 c.c.)*, cit., p. 486, il quale sostiene che «non possono nutrirsi grandi aspettative sulla reale capacità selettiva di un tale elemento rispetto agli altri elementi richiesti dalla norma»; pur se in relazione al progetto Mirone (ID, *Infedeltà patrimoniale e corruzione*, cit., p. 917) aveva sostenuto che «l'esistenza di una finalità di profitto ingiusto serve (...) a concretizzare il riferimento al conflitto di interesse, che altrimenti resterebbe eccessivamente vago»; l'osservazione, in questo caso, era sviluppata in funzione di un'analisi sul significato politico-criminale dell'elemento.

¹³⁶ Cfr. V. MILITELLO, *L'infedeltà patrimoniale. Art. 2364 c.c.*, cit., p. 486.

¹³⁷ Tuttavia, come afferma L. FOFFANI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 2195 «una tale ipotesi è attendibile per quanto riguarda la fattispecie di gestione infedele ex art. 167 t.u.i.f., che parla di “violazione delle disposizioni regolanti il conflitto d'interesse”, mentre non può valere per una fattispecie quale quella del nuovo art. 2634 c.c. incentrata da un lato in termini sostanziali sull' “interesse in conflitto con quello della società” e dall'altro sulla verifica di un danno patrimoniale».

«questo elemento, infatti, apre la strada alla punibilità di quelle condotte cui è sottesa una finalità diversa dall'arricchimento patrimoniale. Appare qui il dovere oggettivo di correttezza, emblema di una lettura formalista del concetto di conflitto di interessi»¹³⁸.

Siffatta lettura non è da condividersi poiché si ritiene¹³⁹ che la locuzione “*altro vantaggio*” accompagnata “*all'ingiusto profitto*” sia stata inserita dal legislatore esclusivamente per garantire alla formulazione una maggiore determinatezza. Esigenza suscitata dal costante orientamento, dottrinale e giurisprudenziale, caratterizzato dall'attribuzione al termine “profitto” di un significato oltremodo estensivo e comprensivo di qualsiasi soddisfazione – di natura e genere diverso – da parte del soggetto agente.

L'innovazione deve quindi essere letta nel senso di far riacquistare al termine “profitto” la sua originaria accezione economico-patrimoniale; la locuzione “altro vantaggio”, invece, assume rilievo quale clausola di chiusura introdotta per estendere la punibilità a quelle disposizioni di beni sociali sorrette da una finalità non già di arricchimento patrimoniale, ma di diversa utilità (quali, ad esempio, il prestigio personale, la capacità contrattuale con altri soggetti, l'influenza politica etc.).

Il profitto preso di mira dall'agente deve manifestare il carattere dell'ingiustizia.

L'operazione in conflitto di interessi non sempre è animata dal perseguimento di un profitto ingiusto: il profitto diventa ingiusto solo allorchè l'agente indirizza la sua condotta al raggiungimento di interessi extrasociali, incompatibili con quelli sottostanti il potere conferitogli¹⁴⁰. Si tratta di una specificazione di notevole rilievo in quanto manifesta una illiceità c.d. speciale, introdotta dal legislatore con l'intento di non rendere evanescente il conflitto di interessi. Essa, quindi, postula la necessità, accanto all'accertamento della condotta infedele, di un altro autonomo accertamento volto a verificare l'effettiva ingiustizia del profitto preso di mira dall'agente, ossia diretto a conseguire un arricchimento non tutelato dall'ordinamento¹⁴¹.

¹³⁸ R. ALAGNA, *Note sul concetto penalistico di conflitto di interessi*, cit., p. 757.

¹³⁹ Si condivide l'opinione di C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., p. 209 ss.

¹⁴⁰ In tal senso Cass. pen., Sez. II, 10 novembre 2005, in *Riv. It. dir. e proc. pen.*, 2006, p. 1066 «il profitto ingiusto null'altro è che la proiezione soggettiva del preesistente conflitto (...), che nella struttura della norma vale a qualificare la condotta come infedele connotandola di illiceità in quanto tesa a risolverlo nell'interesse del singolo».

¹⁴¹ In questo senso Cass. pen. sez. II, 22 maggio 2014, n. 36030 la quale ha statuito che «(...) non commette il reato di infedeltà patrimoniale, e dunque deve essere assolto perché il fatto non sussiste, l'amministratore di società che dispone un accantonamento a bilancio per il pagamento di un compenso in suo favore non previsto dallo statuto o delibere assembleari, dovendosi ritenere egli titolare di un diritto soggettivo perfetto alla remunerazione e dunque esclusa la configurabilità di un danno».

Infatti nel caso in cui il profitto perseguito dall'agente non sia contrario all'ordinamento giuridico il delitto di infedeltà patrimoniale non potrà ritenersi integrato ancorchè la condotta "pregiudichi" gli interessi della società¹⁴².

Il "fine di ingiusto profitto" assume particolare rilievo nell'ambito della disciplina dei gruppi poiché si afferma che il comportamento infedele non è punibile allorchè il profitto perseguito dall'agente sia giusto, ovvero "se il profitto della società collegata o del gruppo risulti compensato da vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo".

8.2. Il dolo intenzionale.

Le maggiori perplessità della dottrina sono sicuramente incentrate nell'uso dell'avverbio *intenzionalmente* in relazione alla causazione del danno, affermato come del tutto superfluo nel contesto di una fattispecie solidamente costruita sul modello dei reati di evento.

Secondo l'opinione prevalente il dato letterale non lascia dubbi circa l'irrelevanza penale di tutte quelle condotte che non siano sorrette dalla specifica intenzione di cagionare un danno al patrimonio sociale¹⁴³.

patrimoniale per un ingiusto svantaggio a carico di detta compagine, che anzi risulta debitrice delle somme a titolo di compenso»

¹⁴² Cfr. Cass. pen, Sez. II, 22 maggio 2014, n. 36030 fattispecie nella quale è stato assolto l'amministratore di una società accusato di aver proceduto all'accantonamento della somma di €18.000,00 per due esercizi consecutivi a titolo di compenso per la propria attività e ciò al fine di conseguire un vantaggio con pari danno per la società agendo in conflitto di interessi assumendo decisioni che si ponevano in contrasto con l'art. 2252 c.c. e senza l'autorizzazione dell'assemblea ai fini di una modifica dei patti sociali. La Suprema Corte ha mandato assolto l'imputato ritenendo che "(...) *la pretesa di un amministratore di società al compenso per l'opera prestata ha natura di diritto soggettivo perfetto, sicchè, ove la misura di tale compenso non sia stata stabilita nell'atto costitutivo della società o nel suo statuto o dalla assemblea, ne può essere richiesta al giudice la determinazione. Ne consegue che l'atto con il quale l'amministratore si sia limitato a disporre in bilancio accantonamenti a titolo di compenso quale amministratore, non può integrare il delitto contestato (art. 2634 c.c. n.d.r.) posto che effettivamente per l'attività lavorativa prestata in veste di amministratore della società, questi ha diritto ad un compenso, con l'effetto che l'atto compiuto non è volto al conseguimento di un ingiusto profitto o vantaggio che si ponga comunque come danno patrimoniale cagionato alla società. Quest'ultima infatti è debitrice verso il proprio amministratore delle somme dovute a titolo di compenso. Pertanto è corretta la decisione della Corte d'Appello che, se pur con motivazione sintetica, ha correttamente individuato la mancanza della volontà del conseguimento di un ingiusto profitto e difettando, altresì, la prova che l'atto di amministrazione abbia cagionato alla società un danno patrimoniale che deve essere effettivo e non meramente ipotetico*

¹⁴³ Cfr. E. AMATI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 416 «il richiesto dolo deve rappresentare il fine precipuo preso di mira dal soggetto agente, ma non necessariamente il fine unico per il quale il soggetto ha agito»; nello stesso senso E. MEZZETTI, *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario*,

L'avverbio *intenzionalmente* (altrimenti inutile) diverrebbe dunque un indice inequivocabile della volontà del legislatore di affiancare al dolo specifico anche l'ulteriore requisito del dolo intenzionale, ravvisato dalla dottrina allorchè il «soggetto agisce allo scopo di realizzare il fatto, anche se non è necessario che la realizzazione del fatto rappresenti lo scopo ultimo perseguito dall'agente»¹⁴⁴. Nel reato di infedeltà patrimoniale, come già esposto, l'intenzionalità deve avere ad oggetto il danno ossia il soggetto attivo deve aver posto in essere la condotta criminosa *allo scopo* di realizzare il danno patrimoniale alla società. Ne consegue che resterebbero fuori dal campo di applicazione della norma tutte quelle condotte sorrette esclusivamente dal dolo eventuale o anche solo dal dolo diretto¹⁴⁵.

Le conclusioni alle quali si è pervenuti, tuttavia, non sono unanimemente condivise.

Alcuni Autori, seppur con argomentazioni differenti, hanno prospettato margini di punibilità del soggetto che abbia agito con semplice dolo *diretto* o addirittura con dolo *eventuale*.

Il primo filone, più moderato, prende le mosse dalla constatazione che, nel reato d'infedeltà patrimoniale, l'impiego dell'avverbio *intenzionalmente*, pur richiamando alla mente il concetto di dolo intenzionale, non debba essere inteso nella sua accezione tradizionale¹⁴⁶.

Le ragioni dell'introduzione sarebbero infatti da ricercare nella volontà del legislatore di limitare gli abusi giurisprudenziali nel ricorso al concetto di dolo eventuale in sede di accertamento del momento soggettivo. Prassi che, in molti casi, aveva finito col trasfigurare il dolo diretto in *dolo presunto*. Si sostiene che il legislatore abbia impiegato

cit., p. 226 «il dolo intenzionale dell'infedeltà patrimoniale 'taglia via' dallo spettro di incriminazione anche atteggiamenti solo riportabili al dolo eventuale e persino diretto. Esulano quindi, tutte le attività di rischio, anche sproporzionato di impresa, o non prese a scopo dell'azione, ed in cui l'evento sia rappresentato come di sicura verifica, ma non assurga tuttavia a vero e proprio obiettivo della condotta».

¹⁴⁴ G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 188.

¹⁴⁵ E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., p. 215, «tale previsione rischia di rendere davvero troppo angusti i confini di rilevanza penale dell'infedeltà patrimoniale, consentendo che rimangano fuori dal campo di applicazione della fattispecie tutte le ipotesi in cui l'amministratore, portatore di un interesse personale confliggente con quello della società, e mosso dal perseguimento di un ingiusto profitto, si rappresenti come altamente probabile (o perfino come certa) la verifica di un danno patrimoniale alla società e tuttavia decida di compiere ugualmente l'operazione»; nello stesso senso L. FOFFANI, *Le infedeltà*, cit., p. 354.

¹⁴⁶ Secondo P. ALDROVANDI, *L'infedeltà patrimoniale. Art. 2634 c.c.*, cit., p. 197, in tal modo si «rischia seriamente di paralizzare l'applicazione della fattispecie, giacchè, volendo utilizzare una terminologia civilistica, si richiede una sorta di *intento emulatorio* che ben difficilmente potrà caratterizzare la condotta del titolare del potere gestorio, il quale, anche quando abusa dei propri poteri, non lo fa allo *scopo* di danneggiare la società».

il concetto di intenzione in modo “originale” – fatto che permetterebbe all’interprete di formulare una lettura *ex novo* (svincolata dalle precedenti costruzioni dottrinali) – perseguendo l’esclusiva finalità di evidenziare l’incompatibilità del momento soggettivo richiesto dalla norma incriminatrice col dolo eventuale.

Ne consegue che sarebbe sufficiente la presenza del c.d. dolo diretto¹⁴⁷. A sostegno si è argomentato che nel dolo diretto, seppur l’offesa non è voluta in senso stretto, nondimeno

«l’atteggiamento mentale dell’agente è assai prossimo, quanto ad adesione al fatto realizzato, a quello di chi agisca con vero e proprio dolo “intenzionale”, giacché egli si rappresenta l’offesa come inscindibilmente connessa alla propria condotta»¹⁴⁸.

Secondo altra, e più drastica, corrente dottrinale la condotta può essere sorretta tanto da un dolo diretto quanto da un semplice dolo eventuale¹⁴⁹.

Nessun richiamo espresso all’intenzionalità, invece, compare nella fattispecie di cui al co. 2. Pertanto, le condotte di infedeltà patrimoniale sui “*beni posseduti o amministrati per conto di terzi*” possono essere realizzate anche semplicemente con dolo diretto od eventuale. Il Legislatore, nell’estendere la punibilità a tali condotte, richiama esclusivamente il sostantivo “fatto”, che evoca le modalità di condotta e il dolo specifico, ma non l’intenzionalità del danno.

A titolo di ipotesi di lavoro, potrebbe pervenirsi a conclusioni differenti ritenendo che il *fatto* richiamato dal Legislatore debba intendersi non come fatto *storico*, ma come *fatto*

¹⁴⁷ Cfr., P. ALDROVANDI, *L’infedeltà patrimoniale. Art. 2634 c.c.*, cit., p. 141.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 141. Nel senso di attribuire rilevanza anche al dolo diretto con la conseguente esclusione del solo dolo eventuale G. SCHIAVANO, *Riflessioni sull’infedeltà patrimoniale societaria (art. 2634 c.c.)*, cit., p. 825 per il quale «non c’è dubbio che il legislatore (...) richiedendo l’intenzionalità del dolo abbia voluto un *quid pluris* in aggiunta al dolo diretto, escludendo la possibilità di ritenere punibile la condotta infedele in presenza del solo dolo eventuale. A nulla rileva osservare che il richiamo espresso all’*intenzione* non dica nulla di più o di meno di quanto già dispone l’art. 43 c.p., secondo il quale il delitto “è doloso o secondo l’intenzione (...)”, giacché la volontà legislativa, come emerge da tutte le modifiche realizzate con riferimento all’elemento soggettivo porta a ritenere, come in effetti si ritiene che, in questa ipotesi, il legislatore ha voluto un dolo diretto senza la possibilità del dolo eventuale».

¹⁴⁹ V. MILITELLO, *Infedeltà patrimoniale (Art. 2634 c.c.)*, cit., p. 485 secondo il quale «il legislatore, nel formulare la fattispecie, ha posto al centro della condotta del soggetto la disposizione del bene sociale e ha collocato tra le conseguenze accessorie di tale atto il verificarsi intenzionale del danno patrimoniale. L’inversione nella costruzione della frase ha finito per creare un’antinomia di significato: la conseguenza accessoria deve essere il fine ultimo di un atto di disposizione che, invece, può essere voluto dall’amministratore anche solo come probabile conseguenza della propria condotta base. Ne consegue che *l’operazione di sbarrare la strada al dolo eventuale* nella struttura della fattispecie non può dirsi tecnicamente riuscita: la condotta posta a baricentro dell’incriminazione rimane integrabile con quella forma di dolo tanto problematica specie nel diritto penale dell’economia».

di reato, e pertanto comprensivo dell'elemento materiale e soggettivo previamente qualificato¹⁵⁰.

La diversità di trattamento, tuttavia, spezza il parallelismo tra le due condotte e getta un'ombra di illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 3 Cost¹⁵¹.

9. Il conflitto “esterno” e i beni posseduti o amministrati per conto di terzi.

Il secondo comma della fattispecie in esame prevede l'estensione della punibilità “*se il fatto è commesso in relazione a beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi, cagionando a questi ultimi un danno patrimoniale*”. L'innovazione tende a colmare la lacuna creata dall'art. 167 del c.d. Decreto «Draghi» in tema di attività negoziali per conto terzi affidate ad amministratore di società e non ad intermediario finanziario, che avrebbe determinato un'evidente «asimmetria di disciplina»¹⁵².

Si tratta, da un lato, di una fattispecie autonoma rispetto a quella delineata dal primo comma, e dall'altro presenta differenze strutturali anche rispetto alla figura contravvenzionale di “*gestione infedele*” di cui all'art. 167 t.u.i.f.

E' pertanto opportuno analizzarne innanzitutto i caratteri costitutivi per poi valutare i rapporti che intercorrono tra le due norme. Solo in tal modo sarà possibile far chiarezza anche sull'ambito di applicazione delle norme stesse, fortemente discusso in dottrina ed oggetto di opinioni contrastanti.

Sotto il primo aspetto, al conflitto di interessi *interno* fra amministratori (o direttore o liquidatore) è equiparato il conflitto *esterno*, intercorrente tra la società e la clientela dei risparmiatori o investitori.

Diverso è anche il bene giuridico tutelato, da individuarsi nel patrimonio dei terzi poiché l'oggetto materiale della condotta è costituito proprio dai beni che questi hanno

¹⁵⁰ In senso analogo L. FOFFANI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 2151.

¹⁵¹ La differenza del momento soggettivo è stata ritenuta fondata da G. SCHIAVANO, *Riflessioni sull'infedeltà patrimoniale societaria (art. 2634 c.c.)*, cit., p. 826 «in base alla diversa incidenza dannosa delle due condotte volute e realizzate: nella prima il danno pregiudica la società, cui sono preposti i soggetti attivi; nella seconda il danno pregiudica i terzi. Le due diverse situazioni richiedono una diversa tutela e giustificano, quindi, per il legislatore, la richiesta di un diverso momento soggettivo»; in senso analogo P. ALDROVANDI, *L'infedeltà patrimoniale. Art. 2634 c.c.*, cit., p. 142, «l'intenzionalità richiesta dal primo comma dell'art. 2634 c.c., risulta chiaramente finalizzata al pregiudizio patrimoniale della società, per cui, per il danno a terzi estranei del tutto alla gestione, appare giustificata l'ammissibilità del dolo eventuale».

¹⁵² V. MILITELLO, *L'infedeltà patrimoniale e corruzione*, cit., p. 912.

affidato in gestione alla società¹⁵³. Tutti gli altri elementi della fattispecie, descritti a proposito dell'infedeltà di cui al primo comma, devono ritenersi sussistenti anche in relazione alla figura in esame ad opera del richiamo al "fatto" contenuto nella lettera della norma. Al riguardo, tuttavia, è discusso se il richiamo debba essere inteso nel senso di ricomprendere o meno anche l'intenzionalità del danno¹⁵⁴.

La struttura della norma denota come il legislatore della riforma abbia adottato una tecnica di incriminazione differente rispetto a quella che contraddistingue l'ipotesi contravvenzionale.

La prima differenza concerne l'individuazione dei soggetti attivi, che nel reato societario sono circoscritti agli amministratori, direttori generali e liquidatori, mentre nella figura di cui all'art. 167 t.u.i.f. può essere chiunque operi nell'ambito di un intermediario finanziario abilitato (un'interpretazione estensiva includerebbe anche chi esercita l'attività abusivamente).

Anche la descrizione del nucleo essenziale dell'illecito è incentrata su diversi elementi. Un conflitto d'interessi obiettivamente valutabile, attuale, effettivo e preesistente, nell'infedeltà patrimoniale; una "*violazione delle disposizioni regolanti il conflitto di interesse*"¹⁵⁵, nella fattispecie di gestione infedele. La condotta è descritta rispettivamente come "*compiono o concorrono nel deliberare atti di disposizione di beni*" e "*pone in essere operazioni*".

Entrambe chiedono la sussistenza di un dolo specifico caratterizzato dal perseguimento di un ingiusto profitto per sé o per altri.

Nella fattispecie contravvenzionale non si riscontra alcuna specificazione circa il rapporto che deve intercorrere tra condotta criminosa ed evento di danno: quest'ultimo, pur dovendo discendere causalmente dalla prima, non deve costituire necessariamente oggetto di previsione da parte dell'agente e, tantomeno, essere intenzionalmente procurato dallo stesso.

¹⁵³ L. FOFFANI, *Le infedeltà*, cit., p. 356, critica la scelta di collocare all'interno della stessa fattispecie anche la tutela dei c.d. patrimoni gestiti, potendo tale opzione determinare un'effetto di disarmonia in relazione al bene protetto.

¹⁵⁴ Nel senso dell'esclusione C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., p. 207: «non è richiesto il requisito dell'intenzionalità: manca, infatti, nella norma qualsiasi richiamo al dolo intenzionale e l'esplicito riferimento al sostantivo "fatto" di cui al primo comma non può che evocare le modalità di condotta ed il dolo specifico, ma non l'intenzionalità del danno»; in senso contrario L. FOFFANI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 2522: «il richiamo del "fatto" previsto dal co. 1 va necessariamente inteso nella sua interezza, comprensivo di tutti gli elementi oggettivi e soggettivi indicati nella fattispecie base».

¹⁵⁵ Secondo L. FOFFANI, *Le infedeltà*, cit., p. 356, «disposizioni che hanno natura essenzialmente formale-procedimentale».

L'individuazione del medesimo aspetto assume caratteri alquanto problematici, invece, in relazione al delitto di infedeltà patrimoniale così come delineato dal co. 2 dell'art. 2634 c.c. Qui, infatti, non si riscontra nessuna indicazione specifica riguardo al caratterizzarsi del momento soggettivo – a differenza di quanto accade nella fattispecie base dove il gerundio *cagionando* è accompagnato dall'avverbio *intenzionalmente* – ma il legislatore si limita a richiamare il “fatto” di cui al comma precedente. Alcuni Autori, pertanto, hanno ritenuto che il delitto in esame possa essere integrato anche in assenza di un dolo intenzionale¹⁵⁶.

Alla luce di quanto detto sembra si possa concordare con chi ritiene che la figura di cui all'art. 167 t.u.f.

«mantenga intatto il suo specifico ambito applicativo, coincidente con la prestazione dei servizi finanziari di gestione di portafogli di investimento su base individuale e di gestione collettiva del risparmio, collocandosi in rapporto di specialità reciproca con la nuova norma penale societaria, tale comunque da escludere un concorso formale di reati»¹⁵⁷.

Non appare condivisibile, pertanto, l'opinione secondo la quale, in virtù della clausola di sussidiarietà, «l'attuale previsione contravvenzionale opererà solo nelle ipotesi residuali di un intermediario finanziario non societario»¹⁵⁸.

Nonostante le differenze strutturali intercorrenti tra le due fattispecie, sarebbe stato forse opportuno che il legislatore delegato avesse trasformato il reato da contravvenzione a delitto, onde meglio valorizzare il profilo sanzionatorio della fattispecie incriminatrice nel settore dell'intermediazione finanziaria. Sebbene tale opinione sia costante in dottrina, si è detto che per «il carattere deflattivo della riforma, sarebbe stato illusorio e paradossale attendersi un contestuale intervento di segno – politicamente e tecnicamente – opposto sul testo unico dell'intermediazione finanziaria»¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Fautore di suddetta interpretazione è V. MILITIELLO, *Infedeltà patrimoniale (Art. 2634 c.c.)*, cit., p. 488 il quale afferma che «la sopravvivenza del dolo eventuale è infine evidente in relazione all'altra ipotesi di infedeltà, in cui essa concerne beni a disposizione della società, ma in realtà di terzi: qui è stato omesso il riferimento all'elemento dell'intenzione del danno cagionato appunto ai terzi. Un difetto che spezza il parallelismo delle condotte di infedeltà descritte dalla norma e che contrasta con la già menzionata parificazione sanzionatoria prevista». Di avviso difforme L. FOFFANI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 2522 il quale afferma che «il richiamo del “fatto” di cui al co. 1 va necessariamente inteso nella sua interezza, comprensivo di tutti gli elementi oggettivi e soggettivi indicati nella fattispecie base». Sul punto confronta anche *supra* par. 8.2.

¹⁵⁷ L. FOFFANI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 2523.

¹⁵⁸ V. MILITIELLO, *L'infedeltà patrimoniale. Art. 2634 c.c.*, cit., p. 485; P. ALDROVANDI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 143; A. L. MACCARI, *Infedeltà patrimoniale. (Art. 2634 c.c.)*, cit., p. 163.

¹⁵⁹ L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 553.

10. Consumazione e tentativo.

Il delitto d'infedeltà patrimoniale, secondo la disciplina generale relativa ai reati di evento, si considera consumato solo nel momento e nel luogo in cui si verifica l'evento del danno patrimoniale richiesto dalla norma incriminatrice.

Si dovrà trattare di un danno al patrimonio sociale, nell'ipotesi di cui al primo comma, o al patrimonio dei terzi, per l'integrazione della fattispecie di cui al co. 2.

Il tentativo, a norma dell'art. 56 c.p., sarà configurabile quando il soggetto attivo abbia compiuto o concorso a deliberare atti dispositivi di beni sociali idonei e diretti in modo non equivoco alla realizzazione di un danno e quest'ultimo, per circostanze indipendenti dalla volontà dell'agente, non si sia verificato.

Sono compatibili con il delitto in questione anche gli istituti di cui al co. 3 e 4 dell'art. 56 c.p. ossia rispettivamente la *desistenza volontaria*, se il colpevole volontariamente desiste dall'azione, ed il *recesso*, quando impedisca volontariamente l'evento.

11. La problematica perseguibilità a querela.

Come già esposto, tra le innovazioni apportate dal legislatore della riforma deve annoverarsi anche l'introduzione del regime di procedibilità a querela di parte.

Si tratta di una scelta per così dire obbligata e determinata dal forte spirito di privatizzazione che ha pervaso tutta la riforma della disciplina penal-societaria; in effetti,

«una volta scelta la strada della perseguibilità a querela persino nel settore della tutela dell'informazione societaria – luogo di maggior emersione di interessi istituzionali e sovraindividuali – sarebbe stato contraddittorio e irragionevole non prevedere un analogo regime di perseguibilità nel settore dove, viceversa, con maggior nitidezza emerge un'istanza di tutela di natura squisitamente patrimoniale»¹⁶⁰.

Questa novità, se per un verso non comporta particolari problemi in relazione alla fattispecie di infedeltà disciplinata dal secondo comma, di contro, nell'ambito

¹⁶⁰ L. FOFFANI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 2526; ID, *Le infedeltà*, cit., p. 364, dove sottolinea la coerenza del dato con il «quadro generale di forte privatizzazione della reazione penale» che ha caratterizzato la riforma societaria nel suo complesso.

dell'infedeltà c.d. *societaria*, ha originato numerose critiche e considerazioni pessimistiche sulle effettive *chances* di applicazione pratica della norma¹⁶¹.

Invero, già nella prima dizione della norma – ad opera del progetto Mirone – era stata prevista una perseguibilità a querela, pur gestita da un “*curatore speciale*” nominato *ad hoc* dall'assemblea dei soci, e con l'eccezione per i casi di infedeltà *ex art. 2634 co. 2 c.c.*, ove era devoluta direttamente ai terzi danneggiati.

I pareri formulati dalle Commissioni Giustizia della Camera e del Senato hanno evidenziato la preoccupazione di “*non tutelare sufficientemente tutti i soggetti che possono subire un danno a seguito della condotta illecita di infedeltà, come, ad esempio, i creditori o i soci di minoranza, nel caso in cui l'assemblea non abbia deliberato a favore dell'esercizio del diritto di querela*”¹⁶². Conseguentemente, si è suggerito di “*sopprimere ogni limitazione soggettiva al diritto di proporre querela*”¹⁶³, prospettando al legislatore delegato “*l'ulteriore necessità di prevedere, con riferimento all'esercizio del diritto di querela da parte della società, particolari modalità di convocazione e costituzione dell'assemblea in funzione di un rafforzamento degli strumenti di tutela (anche) delle minoranze e di una maggiore ed immediata effettività della previsione alla luce di condotte ostacolanti facilmente immaginabili*”¹⁶⁴.

I suggerimenti, forse, avrebbero dovuto far propendere per la procedibilità d'ufficio – tenuto conto dell'interesse generale sotteso ad una corretta gestione delle società commerciali – piuttosto che ritornare, come è stato fatto, alla tradizionale formula della procedibilità «a querela della persona offesa».

La scelta non solo risponde in modo inadeguato alle perplessità espresse, ma è anche fonte di forti squilibri di tutela e di ulteriori problemi esegetici.

E' opinione pacifica che la persona offesa dal reato debba essere individuata nel titolare del bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice¹⁶⁵.

¹⁶¹ Cfr., R. ACQUAROLI, *Alcune osservazioni sul reato di infedeltà patrimoniale alla luce del nuovo diritto societario*, cit., p. 180; in senso conforme V. MILITELLO, *L'infedeltà patrimoniale. Art. 2634 c.c.*, cit., p. 488.

¹⁶² Il testo dello schema di decreto è pubblicato in *Il Sole 24 Ore*, 15 e 16 gennaio 2002.

¹⁶³ Parere formulato dalla Commissione Giustizia della Camere dei Deputati il 6 marzo 2002.

¹⁶⁴ Parere votato alla Commissione Giustizia del Senato il 19 marzo 2002.

¹⁶⁵ In questo senso cfr. Cass. pen., Sez. V, 17 gennaio 2003, n. 20267, in *Il Fisco*, 2003, p. 4900 ad avviso della quale «(...) la questione relativa alla titolarità del diritto di querela per il reato di infedeltà patrimoniale può fondatamente risolversi nel senso che, trattandosi di un reato strutturato a tutela dell'integrità patrimoniale della società, è quest'ultima l'effettivo ed esclusivo soggetto passivo dell'evento di danno». Nella stessa direzione cfr. Cass. pen., Sez. V, 21 novembre 2006, n. 2260, in *Riv. Guardia di finanza*, 2007, p. 142 ss.

Ne consegue che, essendo tutelati da un lato il patrimonio sociale e dall'altro il patrimonio dei terzi, i titolari del potere di sporgere querela saranno rispettivamente la società e i terzi medesimi.

In relazione a questi ultimi non v'è problema, poiché il titolare del potere può autonomamente manifestare all'esterno la sua volontà. Riguardo alla società, invece, l'organo legittimato alla proposizione della querela deve essere individuato in base alla normativa vigente e in conformità a quanto previsto dallo statuto della società stessa, con una sostanziale convergenza di opinioni in dottrina e giurisprudenza circa la titolarità del potere di esercitare o meno querela in capo all'organo di gestione.

La conclusione discende direttamente dalla riconducibilità dell'atto di querela all'attività di «*gestione della società (...) in quanto concerne in via diretta o indiretta la conservazione del patrimonio e l'attuazione dell'oggetto sociale*»¹⁶⁶.

Tale conclusione, pacifica se riferita alle c.d. *offese esterne* – ossia quelle provenienti da soggetti estranei alla compagine societaria – suscita non poche perplessità qualora venga riferita alle c.d. *offese interne* – ossia quelle promananti dalla cerchia dei detentori del potere sociale – come avviene per il delitto di infedeltà patrimoniale.

E' oltremodo evidente il rischio che l'esercizio della querela possa essere turbato da situazioni di conflitto d'interessi che inevitabilmente verrebbero a crearsi in seno all'organo gestorio qualora si debba valutare sull'opportunità di procedere nei confronti di alcuno dei componenti; non senza arrivare alla estrema e paradossale conseguenza di lasciare nelle mani dello stesso autore dell'illecito la scelta di attivare o meno il procedimento penale.

Nei casi di «*provenienza dell'offesa dall'interno dell'organigramma della società*», autorevole dottrina¹⁶⁷ riteneva che la legittimazione a proporre querela dovesse comunque rimanere in capo all'organo di gestione, salvo l'obbligo di astensione dell'amministratore autore della condotta incriminata e salva una legittimazione concorrente dell'assemblea ordinaria, in quanto organo competente a deliberare le azioni di responsabilità *ex art. 2364 co.1 n. 4 c.c.*

In dottrina prevale tuttavia il diverso orientamento per il quale la provenienza dell'offesa dall'interno della società spoglierebbe l'organo di amministrazione della

¹⁶⁶ L. FOFFANI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 2526 ss.

¹⁶⁷ C. PEDRAZZI, *Società commerciali (disciplina penale)*, cit., p. 396.

legittimazione (di norma spettantegli) a proporre la querela, trasferendo la relativa competenza, in via esclusiva, all'assemblea dei soci¹⁶⁸.

Solo quando l'autore del reato abbia successivamente perduto la titolarità della carica di amministratore, ovvero l'autore sia un «semplice» direttore generale, estraneo all'organo amministrativo, verrebbe meno la *ratio* sottostante all'attribuzione del potere di querela all'assemblea, che mantiene un carattere di eccezione rispetto alla regola generale.

Si evince come la nuova fattispecie crei una forte disparità di trattamento che potrebbe forse, come sostenuto da alcuni, essere fonte di illegittimità costituzionale per violazione degli artt. 3 e 47 Cost.

I terzi che hanno affidato alla società beni da amministrare possono, infatti, tutelarsi autonomamente; la tutela dei soci, invece, resta in capo alla maggioranza assembleare, cui compete l'azionabilità del controllo penale sulla condotta degli amministratori, con l'inevitabile conseguenza di possibili collusioni e ricatti in una logica di scarsa trasparenza¹⁶⁹.

Alcuni autori hanno proposto un'interpretazione che permetterebbe di estendere il potere di sporgere querela al singolo socio¹⁷⁰ sostenendo che

«il patrimonio della società non è protetto come valore in sé, bensì in funzione diretta dell'interesse dei soci e dei creditori, motivo per cui si deve ritenere che anche questi ultimi possano subire un danno diretto ed autonomo rispetto a quello della società per cui devono essere legittimati a proporre querela»¹⁷¹.

Si è ribattuto¹⁷² criticamente affermando che l'espressione *cagionando intenzionalmente un danno alla società* non lascia dubbi circa l'identificazione (nel patrimonio sociale)

¹⁶⁸ Anche tale soluzione, però, non è esente da profili critici in quanto l'assemblea dei soci, chiamata ad esprimere la volontà della società nel rispetto del principio di maggioranza, è soggetta a possibili «(...) connivenze tra soci di maggioranza e amministratori i quali ben potrebbero aver agito nell'interesse dei primi che in sede assembleare potrebbero perciò "ratificare" l'operato del vertice amministrativo, garantendogli la sostanziale impunità» in questi termini F. M. FRASCHETTI, “

¹⁶⁹ Cfr., P. ALESSANDRI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 813; in senso conforme L. FOFFANI, *Le infedeltà*, cit., p. 356.

¹⁷⁰ R. ACQUAROLI, *Alcune osservazioni sul reato di infedeltà patrimoniale alla luce del nuovo diritto societario*, cit., p. 180.

¹⁷¹ A. DI AMATO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., p. 179, in senso conforme anche Cass., Sez V, 16 giugno 2006, n. 37033, in *www.dejure.it* ove motiva: «poiché tale fattispecie è posta a tutela del patrimonio sociale, ne consegue che parte lesa non è solo la società nel suo complesso ma anche – e disgiuntamente – il singolo socio».

¹⁷² G. SCHIAVANO, *Riflessioni sull'infedeltà patrimoniale societaria (Art. 2634 c.c.)*, cit., p. 825 ove afferma che si è «cercato di aggirare l'ostacolo».

del bene giuridico tutelato: soltanto la società danneggiata, quale titolare del bene giuridico tutelato, può sporgere querela.

I soci e i creditori potranno essere considerati danneggiati soltanto secondo la disciplina civilistica. La soluzione opposta comporterebbe, invece, un'inaccettabile commistione tra i concetti di «danneggiato» e «persona offesa»¹⁷³.

Di recente la giurisprudenza si è orientata nel senso di riconoscere la legittimazione alla proposizione della querela, oltre che alla società, anche al singolo socio il quale non deve ritenersi un mero danneggiato ma anch'egli persona offesa dal reato in quanto

«(...) la condotta dell'amministratore infedele è diretta a compromettere le ragioni della società, ma anche, principalmente, quelle dei soci o quotisti della stessa, che per l'infedele attività dell'amministratore subiscono il depauperamento del proprio patrimonio»¹⁷⁴.

Tale orientamento viene si fonderebbe, come rilevato in dottrina, su un triplice ordine di motivi.

Innanzitutto viene posto in rilievo come il delitto di cui all'art. 2634 c.c. offenda sia il patrimonio della società sia quello del singolo socio (o quotista) il quale, in conseguenza dell'attività infedele, subirebbe un depauperamento del proprio cespite.

Ulteriore conferma della soluzione adottata viene individuata dalla giurisprudenza sopra citata nel particolare regime di responsabilità previsto dall'art. 2642, comma 2, c.c. il quale prevede una responsabilità illimitata del socio unico di società di capitali con la conseguenza che, a tale peculiare regime di responsabilità, sarebbe irragionevole non facesse da contraltare l'attribuzione di analoghi poteri finalizzati ad esercitare una difesa degli interessi patrimoniali della società.

Infine, l'adozione della citata soluzione, si imporrebbe al fine di evitare una paralizzazione della procedibilità per il reato di infedeltà patrimoniale che sussisterebbe

¹⁷³ Le figure non vanno confuse in quanto indicano situazioni differenti. La *persona offesa dal reato* è il soggetto sul quale materialmente ricade la condotta delittuosa. E' esclusivamente la società quale titolare del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice. Il *danneggiato*, invece, è colui che subisce dal reato un danno patrimoniale o non patrimoniale. Può trattarsi di qualunque soggetto, socio o creditore, che reputandosi danneggiato dal comportamento infedele potrà intraprendere un'azione di natura civilistica nei suoi confronti volta ad ottenere un risarcimento del danno o potrà costituirsi come *parte civile* a norma dell'art. 74 c.p.p. In questo senso si esprime anche F. M. FRASCHETTI, “

¹⁷⁴ Cfr. Cass. pen., Sez. V, 7 maggio 2014, n. 35080. L'estensione della legittimità in capo al singolo socio di proporre la querela per il delitto di infedeltà patrimoniale è stata prospettata in Cass. pen., Sez. V, 17 gennaio 2003, n. 20267 la quale in un *obiter dictum* e in formula dubitativa si esprimeva in termini problematici sull'argomento. L'orientamento si è poi consolidato, oltre che con la sentenza citata, con le pronunce di Cass. pen., Sez. II, 25 febbraio 2009, n. 24824 e Cass. pen., Sez. V, 16 giugno 2006, n. 37033 le quali hanno ribadito la legittimazione alla proposizione della querela per il reato di infedeltà patrimoniale spettanti, oltre che alla società, anche in via disgiunta al singolo socio.

nel caso in cui unico soggetto legittimato alla proposizione della querela fosse proprio l'amministratore quale legale rappresentante della società¹⁷⁵.

Tuttavia, come rilevato in dottrina, l'estensione della legittimità alla proposizione del diritto di querela anche al singolo socio se da un lato evita il rischio di ineffettività e disapplicazione della norma incriminatrice dall'altro presta il fianco ad un'eccessiva dilatazione del diritto che, per tale via, dovrebbe essere riconosciuto a tutti i singoli soci anche nel caso di imprese multinazionale nell'ambito delle quali la singola partecipazione assume un rilievo minimale con i rischi che ne possono derivare¹⁷⁶.

12. Le sanzioni e la prescrizione del reato.

Nel disciplinare l'attuale fattispecie di infedeltà patrimoniale il legislatore ha inteso riconoscerle un ruolo fondamentale nella tutela del patrimonio sociale prevedendo, per la sua violazione, una pena edittale che risulta essere tra le più gravi misure sanzionatorie introdotte nel nuovo sistema dei reati societari. Nonostante ciò si può parlare di un significativo arretramento di tutela non solo perché viene comminata una pena "bagatellare" – la reclusione da sei mesi a tre anni – ma anche per l'abbandono della pena pecuniaria che caratterizzava la previgente disciplina del conflitto di interessi (art. 2631 c.c.)¹⁷⁷.

La ragione di un trattamento di così scarsa severità che, nelle intenzioni del legislatore, troverebbe la sua giustificazione nella regola della proporzione tra fatto vietato e pena, non sembra in realtà così convincente per due ordini di ragioni.

¹⁷⁵ Si esprime in termini critici rispetto alla soluzione qui prospettata F. M. FRASCHETTI, "¹⁷⁶ Segnala questo rischio Ordinanza Gip Cosenza 27 ottobre 2010, in *Giur. Merito*, 2011, 5 p. 1348 nella quale si evidenzia «(...) nel reato di infedeltà patrimoniale la possibilità della querela da parte del socio danneggiato non è conforme alla struttura del delitto poiché a questo verrebbe riconosciuta la qualifica di persona offesa (...) con il rischio che il patrimonio sociale, terzo e autonomo rispetto ai soci, si confonderebbe con il patrimonio di alcuni di questi, spesso di minoranza, creando uno strumento di ricatto nelle mani di una parte della compagine sociale ed esponendo le stesse società alla minaccia dell'utilizzo dello strumento penale, anche nei casi di puro rischio di impresa»

¹⁷⁷ A. L. MACCARI, *Infedeltà patrimoniale. Art. 2634 c.c.*, cit., p. 166.

Innanzitutto perchè si tratta di un'ipotesi criminosa che può influire su questioni particolarmente difficili ed importanti della vita societaria e, pertanto, può produrre conseguenze economiche pregiudizievoli per la stessa società le quali necessitano di idonei presidi sanzionatori. La previsione della perseguibilità a querela della persona offesa, infine, rischia di pregiudicare qualsiasi tipo di funzione general-preventiva con la conseguenza – dovuta anche alla scarsa deterrenza special-preventiva conseguente agli esigui regimi sanzionatori – che l'efficacia pratica della nuova figura criminosa venga fortemente pregiudicata.

Tuttavia, per compensare un così scarso livello sanzionatorio, il legislatore ha statuito che, in caso di condanna o applicazione della pena su richiesta delle parti, sia disposta la confisca del prodotto o del profitto del reato e dei beni utilizzati per commetterlo. Però, nel caso in cui l'individuazione o l'apprensione dei beni non fosse possibile, la confisca avrà per oggetto una somma di denaro o beni di valore equivalente¹⁷⁸.

Inevitabile conseguenza dell'abbassamento delle sanzioni edittali, caratteristica che contraddistingue l'intera riforma del diritto penale societario, è quella di una drastica riduzione dei termini di prescrizione dei reati societari tra i quali anche l'infedeltà patrimoniale¹⁷⁹.

Infatti, posto che per gli illeciti penali la nuova disciplina prevede pene massime mai superiori ai cinque anni, si segnala che, ai sensi degli artt. 157 e 160 del c.p., tutti i reati si prescrivono entro cinque anni dalla data in cui il fatto è stato commesso, data che poi è estendibile fino ad un massimo di sette anni e sei mesi nel caso in cui si verificano cause di interruzione della prescrizione. Tali termini, in quanto più favorevoli agli imputati, operano anche con riferimento ai procedimenti già in corso alla data del 16 aprile 2002, coincidente con il giorno stesso dell'entrata in vigore del decreto.

¹⁷⁸ Per tutto ciò che non viene stabilito si applicano le disposizioni dell'art. 240 c.p.

¹⁷⁹ Un'allusione in questo senso la si ritrova anche in A. ALESSANDRI, *Alcune considerazioni generali sulla riforma*, in *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, p. 11 ove afferma che «(...) alla fine l'abbassamento delle pene, combinata alla ben nota durata dei nostri processi, sicuramente un effetto l'avrà in termini di definizione "certa" del processo». Lo stesso A. riconosce (p. 21) come all'abbassamento generalizzato e alla cospicua contrazione delle cornici edittali consegua un «fastidioso assedio della prescrizione»; o ancora sul tema (p. 33) «(...) l'abbassamento sanzionatorio, l'allungamento degli accertamenti, la facilità della prescrizione».

13. L'infedeltà nei gruppi di società.

Con la riforma societaria il legislatore ha attribuito rilevanza giuridica al fenomeno dei “gruppi” codificando la teoria dei c.d. vantaggi compensativi, ampiamente diffusa in dottrina già a partire dagli anni '80 e recepita anche da alcune decisioni della giurisprudenza civile.

Dapprima il progetto Mirone e, in seguito, la legge delega e il decreto delegato «hanno scelto la strada – ambiziosa ma insidiosa – di una clausola espressa sui gruppi»¹⁸⁰ sulla falsariga di quanto alcuni anni or sono già prevedeva il progetto di riforma del codice penale, elaborato dalla Commissione Pagliaro nel 1992.

La scelta ha origine nell'accresciuta consapevolezza del legislatore circa la necessità di regolare un fenomeno dalle rilevanti problematiche penalistiche sia in relazione all'individuazione delle responsabilità dei singoli soggetti, sia in relazione al fenomeno delle c.d. politiche di gruppo, che a loro volta si riverberano in atti gestionali dannosi per il patrimonio delle società controllate (ed anche controllanti).

Si è presa coscienza del fatto che il presupposto conflittuale assume, all'interno della dinamica dei gruppi, connotati del tutto peculiari. Il comportamento del singolo amministratore, pertanto, deve essere valutato non secondo normali criteri comportamentali ma tenendo conto del fatto che, spesso, è nella condizione di dover operare una scelta sull'interesse da perseguire¹⁸¹. Interesse non sempre coincidente con quello della società amministrata, ma non per questo da definirsi automaticamente *extrasociale*, potendo rispondere ad una logica di gruppo. Devono altresì essere valutati anche eventuali riflessi positivi dell'operazione per la singola società. Solo in questa luce potrà valutarsi se l'interesse perseguito dall'agente fosse da considerare del tutto extrasociale ed egoistico o, piuttosto, finalizzato al raggiungimento di una politica di gruppo vantaggiosa anche per la società da lui amministrata.

¹⁸⁰ L. FOFFANI, *Le infedeltà*, cit., p. 360 ss; ID, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 2524 ss.

¹⁸¹ P. MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. Comm.*, 1995, p. 710 ss., «la revisione della teoria atomistica del conflitto di interessi deve a mio avviso fondarsi sull'idea che la compatibilità dell'interesse di gruppo con l'interesse sociale deve valutarsi in termini di razionalità e coerenza di una singola scelta, ancorché pregiudizievole per la società che la pone in essere, rispetto ad una politica generale di gruppo di medio e lungo termine, da cui ragionevolmente può derivare un vantaggio alla singola società, anche su piani economici differenti, anche in tempi diversi rispetto al momento dell'operazione ed anche secondo un parametro non rigidamente proporzionale, né necessariamente quantitativo. In tal modo si lascia un maggiore margine di discrezionalità alle politiche di gruppo».

La Relazione illustrativa al progetto pone quale scopo della norma quello di “evitare che la fattispecie si presti a qualificare penalmente, in presenza di situazioni di conflitto formale tra società del medesimo gruppo, operazioni che, isolatamente considerate, avvantaggiano l’una società ai danni dell’altra, ma si inseriscano in un panorama di scambi infragruppo, anche «in fieri», idonei ad assicurare in prospettiva un complessivo riequilibrio dei rapporti”¹⁸².

Sul piano del diritto positivo, tale intento ha portato alla formulazione dell’art. 2634 co. 3 c.c.: “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”.

La complessa tematica del conflitto di interessi all’interno dei gruppi può trovare soluzione nella c.d. teoria dei vantaggi compensativi, che parrebbe codificata dal nostro legislatore sulla scorta delle indicazioni di autorevole dottrina¹⁸³.

Occorrerà valutare gli interessi del gruppo e quelli delle singole società

«bilanciando gli uni e gli altri in una logica che viene definita di tipo compensativo: l’interesse del gruppo non può a priori essere considerato extrasociale e quindi generare una situazione di conflitto»¹⁸⁴.

La predisposizione di una disciplina tale da sanzionare gli abusi perpetrati dagli amministratori (direttori generali e liquidatori) senza, per ciò solo, criminalizzare e paralizzare le “nuove” modalità di organizzazione dell’impresa è stata di difficile elaborazione anche per l’insolita funzione “di battistrada” assegnata alla norma penale in esame rispetto alla disciplina civilistica dei gruppi¹⁸⁵.

Come rilevato dalla dottrina maggioritaria sarebbe stato opportuno prevedere, innanzitutto, una disciplina del fenomeno dei gruppi e una regolamentazione degli interessi in gioco sul piano civilistico, e solo in un secondo tempo, su questa base, individuare “spazi di liceità” che garantiscano al fenomeno di sviluppare le sinergie virtuose, reprimendo solo le condotte residuali, abusive e finalizzate al perseguimento di vantaggi ingiusti (generalmente, a scapito di tutti quei soggetti che non partecipano al gruppo di controllo).

¹⁸² A. MIGNOLI, *Interessi di gruppo e società a sovranità limitata*, in *Contr. Impr.*, 1986, p. 731.

¹⁸³ Ci si riferisce in particolare a P. MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, cit., p. 710 ss.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 710.

¹⁸⁵ L. FOFFANI, *Le infedeltà*, cit., p. 356 ss.

Anche il legislatore civile, seppur in un momento successivo, ha regolamentato il fenomeno all'art. 2497 c.c., sotto la rubrica «*Direzione e coordinamento di società*».

Già da un sommario raffronto tra le due discipline – un'analisi dettagliata verrà svolta in seguito – emerge quanto sostenuto da alcuni autori:

«sembra che, la fattispecie civilistica, meglio esprima quel giudizio di bilanciamento tra il danno subito dalla singola società – in luogo del profitto perseguito di cui parla la norma penale – e il risultato di vantaggio complessivo per il gruppo»¹⁸⁶.

Anche il campo di applicazione dell'art. 2497 c.c. risulta più ristretto rispetto all'art. 2634 c.c. co. 3 per due ordini di motivi.

Innanzitutto, la compensazione richiesta dalla norma civile deve essere effettiva: si parla di un danno “*mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette*”, in luogo della dizione penalistica “*compensato da vantaggi conseguiti o fondatamente prevedibili*”¹⁸⁷.

Inoltre, la compensazione non si estende ai casi in cui ci sia solamente un *collegamento*¹⁸⁸, essendo ancorata al più ristretto criterio di *direzione unitaria*¹⁸⁹.

Tali differenze, secondo parte della dottrina, possono essere giustificate come espressione della natura sussidiaria e di *extrema ratio* svolta dalla disciplina penale.

¹⁸⁶ E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., p. 225.

¹⁸⁷ Secondo L. FOFFANI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 2525; ID, *Le infedeltà*, cit., p. 357, «si tratta di una chiave di valutazione equivoca, in quanto la compensazione della società svantaggiata e un corretto riequilibrio dei rapporti infragruppo devono necessariamente passare dall'elemento del danno (della singola società sacrificata), e non già del profitto (della società collegata o del gruppo) perseguito dal soggetto agente»; nello stesso senso E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., p. 224.

¹⁸⁸ Critica il riferimento alla nozione di collegamento L. FOFFANI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 2525 affermando che «non segnala null'altro che la presenza di una *influenza notevole* di una società nei confronti di un'altra; senza che debba in alcun modo da ciò necessariamente inferirsi l'esistenza di legami di gruppo in senso proprio, né di rapporti di controllo, che presuppongono invece un'*influenza dominante*»; in senso conforme F. MUCCIARELLI, *Il ruolo dei «vantaggi compensativi» nell'economia del delitto di infedeltà patrimoniale degli amministratori*, cit., p. 633, ritenendo la formula «eccessivamente flessibile, in qualche misura esangue e non facilmente compatibile con le esigenze di tassatività proprie di una norma penale».

¹⁸⁹ Secondo R. ACQUAROLI, *Alcune osservazioni sul reato di infedeltà patrimoniale alla luce del nuovo diritto societario*, cit., p. 182, «mentre nell'art. 2634 c.c. (il legislatore) ricorre alla locuzione di gruppo facendo riferimento ad un generico criterio di appartenenza, l'art. 2497 c.c., muovendosi con grande cautela, segue la diversa strada dell'individuazione dell'elemento caratterizzante la *holding* nell'attività di direzione e coordinamento svolta dalla società capogruppo, evitando, rispetto al fenomeno dei gruppi, i rischi sottesi ad una definizione che, proprio per le forme poliedriche che essi assumono, correva il rischio di rivelarsi inadeguata al dato fenomenico».

14. La clausola dei vantaggi compensativi.

Il comma 3 dell'art. 2634 c.c., come già esposto, sarebbe la “trasposizione normativa” della c.d. teoria dei «vantaggi compensativi»¹⁹⁰.

Questa propone un procedimento valutativo incentrato sull'accertamento dell'esistenza di *vantaggi compensativi*, appunto, che controbilancino il sacrificio economico subito da una società in seguito ad un'operazione infragruppo.

Solo tramite questa verifica può emergere come la condotta del soggetto agente non sia finalizzata al perseguimento di interessi extrasociali, bensì alla realizzazione di una politica di gruppo che, seppure non in via diretta, può rivelarsi vantaggiosa anche per la società (apparentemente) svantaggiata¹⁹¹.

In altre parole si tratta di valutare se

«il danno derivante da alcune operazioni compiute dagli amministratori per una società (sacrificata) appartenente al gruppo può essere ‘bilanciato’ da un corrispondente vantaggio che può aversi nella stima costi-benefici infra-gruppo¹⁹², sicché esso viene ‘diluito’ nella complessiva politica economica dei profitti dell'intero comparto di società appartenenti al gruppo di riferimento»¹⁹³.

Proprio su tale dinamica “*compensativa*” si è focalizzata l'attenzione della dottrina¹⁹⁴, preoccupata innanzitutto di analizzarne i termini, per poi definirne la natura e l'ambito di applicazione.

L'elaborazione della clausola è stata piuttosto travagliata: dai vantaggi “*ragionevolmente prevedibili*” della commissione Pagliaro si è passati alla dizione “*fondatamente attesi*”, pervenendo all'odierna “*fondatamente prevedibili*”.

¹⁹⁰ P. MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, cit., p. 731.

¹⁹¹ Secondo E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., p. 223, «in tutte le ipotesi in cui il danno patrimoniale sopportato dalla singola società può apparire funzionale al raggiungimento di obiettivi nel complesso vantaggiosi per il gruppo viene a cadere *ex lege* il requisito dell'ingiustizia del profitto, non potendosi cioè connotare come extrasociale la finalità in concreto perseguita dagli amministratori e, dunque, come infedele il loro comportamento».

¹⁹² Sul fenomeno dell'interesse di gruppo si veda F. GALGANO, *I gruppi di società*, in *Le società*, Torino 2001, *passim*.

¹⁹³ E. MEZZETTI, *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario*, cit., p. 232 ss..

¹⁹⁴ La formulazione più compiuta della teoria in questione si deve a P. MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, cit., p. 710 ss. Tra i penalisti si rinvia per tutti a F. MUCCIARELLI, *Il ruolo dei «vantaggi compensativi» nell'economia del delitto di infedeltà patrimoniale degli amministratori*, cit., p. 633 ss.

La titubanza non è da ricercare in questioni terminologiche intese a segnalare la sicura riferibilità a valutazioni personali dell'agente, quanto nella stessa perplessità di attribuire alla locuzione un senso prettamente "soggettivistico". Occorre pertanto "recuperare" un'accezione oggettiva che richiami aspettative di vantaggi mediamente e ragionevolmente auspicabili in base a valutazioni economico-finanziarie standard, secondo parametri dettati dal mercato e tenuto conto dei margini di rischio insiti in alcune operazioni¹⁹⁵.

Siffatta valutazione non può essere svolta *ex post* poiché ciò che deve essere verificato non è già il risultato finale positivo o negativo, bensì il risultato complessivo che ci si poteva ragionevolmente (o meglio, fondatamente, come dice la norma) attendere.

Occorrerà dunque effettuare un giudizio *ex ante* che, però, non sfoci in una chiave di lettura esclusivamente psicologica¹⁹⁶.

Gran parte della dottrina si è preoccupata di identificare (e delimitare) in modo preciso la portata della clausola in questione, data l'ampia formulazione normativa¹⁹⁷, e molteplici sono le soluzioni proposte.

Alcuni – preoccupati di garantire una tutela efficace ai soci esterni e ai creditori sociali – hanno optato per un'interpretazione restrittiva, richiedendo una compensazione praticamente effettiva in analogia a quanto previsto in sede civile¹⁹⁸.

Altri, invece, onde assicurare una maggiore sfera d'azione alle politiche di gruppo, hanno sostenuto che il bilanciamento non va commisurato in senso stretto al pregiudizio subito¹⁹⁹ – secondo la cosiddetta tecnica dell'indennizzo – pur tuttavia riconoscendo che la compensazione debba fondarsi su previsioni oggettive.

¹⁹⁵ A. L. MACCARI, *Infedeltà patrimoniale. (Art. 2634 c.c.)*, cit., p. 165, ritiene che la locuzione *fondatamente prevedibili* debba essere intesa «come una prognosi obiettivo-postuma, vale a dire come una valutazione concreta, di natura tecnico-economica, formulata in base agli elementi noti al momento in cui l'operazione è posta in essere ed il cui esito indichi non una mera probabilità ma quasi certezza sul futuro riequilibrio dei vantaggi tra le società e il gruppo».

¹⁹⁶ In questi termini si esprime E. AMATI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 424.

¹⁹⁷ L. FOFFANI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 2525 rileva che, «la tipizzazione, in sede normativa penale, (della c.d. clausola dei vantaggi compensativi) risulta elastica fino al limite massimo consentito (e forse anche oltre) per una norma penale (...)».

¹⁹⁸ Particolarmente critici nei riguardi di una interpretazione elastica della teoria suddetta si mostrano F. DENOZZA, *Rules vs Standard nella disciplina dei gruppi: l'inefficienza delle compensazioni «virtuali»*, in *Giur. Comm.*, 2000, I, p. 327 ss. e L. ENRIQUES, *Gruppi piramidali, operazioni intragruppo e tutela degli azionisti esterni: appunti per un'analisi economica*, cit., p. 698 ss.

¹⁹⁹ Secondo P. MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, cit., p. 1415, «la compatibilità con l'interesse sociale dell'interesse di gruppo deve valutarsi in termini di razionalità e coerenza di una singola scelta, ancorché pregiudizievole per la società che la pone in essere, rispetto ad una politica economica generale di gruppo di medio e lungo termine, da cui

Entrambe le soluzioni presentano luci ed ombre²⁰⁰.

In conclusione, la clausola

«può trovare applicazione solo se i vantaggi compensativi della ricchezza perduta siano basati su elementi sicuri, pressoché certi e non meramente aleatori (...) non essendo sufficiente la mera speranza o l'aspettativa di benefici futuri»²⁰¹.

La dottrina ha espresso diversi orientamenti sulla natura della clausola. Poiché l'argomento verrà analizzato diffusamente in seguito, sarà sufficiente, per il momento, una semplice rassegna delle principali opinioni.

Secondo un primo orientamento la formula normativa che definisce a quali condizioni poter ritenere assente il carattere di ingiustizia del profitto non rappresenta una mera causa di non punibilità, bensì inerisce alla struttura stessa del reato, determinando l'esclusione del dolo specifico, e, per conseguenza, la stessa tipicità del fatto²⁰².

In senso parzialmente diverso altri individuano una causa di esclusione della tipicità del fatto e inquadrano la clausola in esame come "limite esegetico" dell'offesa al bene tutelato dalla norma incriminatrice²⁰³.

Altri ancora ritengono trattarsi di scriminante e dunque di circostanza che elide l'antigiuridicità del fatto tipico²⁰⁴.

E' problema molto dibattuto, infine, la possibilità o meno di estendere la clausola di esclusione della responsabilità penale di cui all'art 2634 c.c. co. 3 anche ad altre fattispecie quali il *falso in bilancio consolidato* (art. 2622 c.c.), la *bancarotta societaria* (art. 223 l.f.) e l'*appropriazione indebita* (art. 646 c.p.). La soluzione del problema deriva in modo lineare dalla natura attribuita alla clausola in questione.

ragionevolmente può derivare un vantaggio alla singola società, anche su piani economici differenti, anche in tempi diversi rispetto al momento dell'operazione ed anche secondo un parametro non rigidamente proporzionale, né necessariamente quantitativo».

²⁰⁰ Circa le problematiche e le tecniche inerenti la valutazione dei vantaggi compensativi si rinvia *infra* cap. III ove l'argomento sarà trattato diffusamente.

²⁰¹ Cass. pen., Sez. V, 7 ottobre 2003, n. 38110, in *Riv. pen.*, 2004, p. 194.

²⁰² E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., p. 218; E. AMATI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 425; L. FOFFANI, *Le infedeltà*, cit., p. 356 ss; V. MILITIELLO, *L'infedeltà patrimoniale*, cit., p. 490.

²⁰³ C. BENUSSI, *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale nei gruppi di società: limite scriminante o «esegetico»?* , in AA. VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. DOLCINI e C. E. PALIERO, Milano, 2006, p. 2207 ss.

²⁰⁴ F. Mucciarelli, *Il ruolo dei «vantaggi compensativi» nell'economia del delitto di infedeltà patrimoniale degli amministratori*, cit., p. 631; *contra* E. Amati, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 425, «la clausola delimitativa in esame non parrebbe inquadrabile tra le cause di non punibilità o tra le scriminanti. Essa opera piuttosto come causa di esclusione del dolo specifico e, quindi, come limite negativo della tipicità (...)».

Qualora la si consideri mera causa della esclusione della sola pena (per il carattere eccezionale di siffatta causa di non punibilità) l'estensione sarebbe preclusa dal divieto posto dall'art. 14 preleggi c.c.

Di contro, se venga considerata "limite esegetico" o "elemento di esclusione del dolo specifico" la prevalente dottrina ne ritiene l'estensibilità.

Opinione diametralmente opposta è invece sostenuta dalla Suprema Corte²⁰⁵ secondo la quale il fenomeno del collegamento di gruppo non scalfisce il principio dell'autonomia delle singole società, talché non può assumere rilevanza giuridica.

15. Responsabilità della società: esclusione.

La fattispecie dell'infedeltà patrimoniale di cui all'art. 2634 c.c. non è stata inserita nel novero dei reati che possono dar luogo ad una «responsabilità amministrativa dell'ente». Non si tratta di mera omissione, ma di soluzione imposta dalla previsione – da parte del legislatore della D.Lgs. 231 del 2001 – di un criterio oggettivo di imputazione della responsabilità²⁰⁶.

La dottrina²⁰⁷ non ha mancato di sollevare alcune perplessità al riguardo sottolineando due aspetti critici della scelta:

l'infedeltà patrimoniale può essere anche realizzata in pregiudizio esclusivo dei terzi e a vantaggio della società (fattispecie di cui all'art. 2634 c.c. co. 2);

in una logica prevenzionistica quale quella dei c.d. *compliance programs* – ossia i «modelli di organizzazione e gestione idonei alla prevenzione dei reati» – si dovrebbe tenere in debito conto non solo la prevenzione dai reati commessi nell'interesse della società, ma anche la prevenzione dai reati commessi contro la società, in vista di una responsabilizzazione della stessa. Assumono rilevanza, infatti, una molteplicità di interessi – facenti capo a soggetti diversi e non circoscrivibili alla sola compagine

²⁰⁵ Secondo Cass. pen., 24 aprile 2003, Tavecchia, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2142 «la bancarotta fraudolenta prescinde dalla considerazione degli interessi del gruppo societario, unitamente apprezzato: una volta intervenuto il fallimento, viene in evidenza la tutela dei creditori, poiché il fenomeno del collegamento societario non vulnera il principio dell'autonomia soggettiva di ciascuna società facente parte del gruppo. Solo ai fini del reato societario di cui all'art. 2634 c.c., il legislatore impone la valutazione degli interessi antagonisti della società del gruppo per escludere l'ingiustizia del profitto dell'agente ove il danno alla società sacrificata sia compensato dai vantaggi conseguiti o fondatamente previsti a beneficio del gruppo stesso».

²⁰⁶ All'art. 5 d.lgs. 231/2001 rubricato «*Responsabilità dell'ente*» viene richiesta per la sussistenza della stessa la commissione dell'illecito «*nel suo interesse o a suo vantaggio*».

²⁰⁷ L. FOFFANI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 2529.

societaria – che dovrebbero indurre ad ostacolare tutte le forme di auto-esposizione a pericolo del patrimonio sociale da parte dei titolari, in considerazione delle potenziali conseguenze negative su pluralità indeterminate di persone.

L'obiezione più di frequente mossa contro la possibile inclusione del reato *de quo* all'interno dell'art. 25-ter D.Lgs. 231/2001 concerne la tutela dei soci incolpevoli, due volte danneggiati: dalla commissione del reato da parte degli amministratori, e dall'eventuale sanzione irrogata nei confronti dell'ente.

Al riguardo è stato rilevato come la soluzione più adeguata ed equilibrata al problema potrebbe essere verosimilmente individuata

«sul terreno delle tipologie sanzionatorie, attraverso la ricerca di misure dissuasive e punitive che non penalizzino economicamente il patrimonio dell'ente quanto piuttosto ne stigmatizzino simbolicamente e colpiscano materialmente la struttura organizzativa, neutralizzandone la potenzialità criminosa»²⁰⁸.

²⁰⁸ L. FOFFANI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 2529.

CAPITOLO II

IL FENOMENO DEI GRUPPI DI SOCIETA'.

SOMMARIO: 1. La nascita e lo sviluppo dei gruppi: nuovi fenomeni imprenditoriali e nuove forme organizzative per l'esercizio dell'impresa. – 1.1 Excursus storico: il gruppo come forma evoluta della società per azioni. – 1.2 Unità economica e pluralità giuridica. – 1.3 Il comune denominatore economico come mezzo per riportare ad unità il fenomeno anche dal punto di vista giuridico: un'ipotesi dottrinale. – 1.4 Il gruppo come impresa unitaria: irrilevanza della questione e persistenza delle problematiche connesse all'esercizio dell'attività di gruppo. – 2. L'emersione del fenomeno nella disciplina civilistica: il concetto di controllo. – 2.1. La nozione di direzione unitaria: un dialogo tra la dottrina, la giurisprudenza e il legislatore. – 3. Il gruppo di società. – 4. I diversi tipi di gruppi. – 5. Il legislatore penale e i gruppi: alcune problematiche. – 5.1 Le condotte infragrupo abusive nel sistema previgente all'art. 2634 c.c.: l'adattamento di norme "inadeguate" ad opera della dottrina e il riconoscimento del gruppo anche come fattore di giustificazione. – 5.2. La giurisprudenza e il fenomeno dei gruppi di società. – 5.3. Il legislatore penale fa un "balzo" in avanti: il riconoscimento dei gruppi e il delitto di infedeltà patrimoniale. – 6. La riforma del diritto societario: una prima bozza di uno "statuto dell'impresa esercitata sotto forma di gruppo". – 6.1. Direzione e coordinamento di società: principi generali su cui è basata la riforma. – 6.2. Obblighi di trasparenza e pubblicità: una tutela preventiva per gli azionisti esterni e per i creditori delle controllate – 6.3. Alcune tutele specifiche: il recesso del socio e la postergazione nella restituzione dei finanziamenti infragrupo. – 6.4. La responsabilità patrimoniale della *holding* per "abuso di direzione unitaria". – 7. Alcune valutazioni conclusive. – 7.1. Sulla responsabilità degli amministratori. – 7.2. Una rivisitazione del concetto di "interesse sociale" e di "pregiudizio". – 7.3. Sui poteri della maggioranza, sul bene tutelato e sulle ragioni della procedibilità a querela in relazione al delitto di infedeltà patrimoniale.

1. La nascita e lo sviluppo dei gruppi: nuovi fenomeni imprenditoriali e nuove forme organizzative per l'esercizio dell'impresa.

Nell'affrontare la complessa materia conosciuta sotto il nome di "gruppi di società" s'impone la constatazione di uno scrittore francese, Rodière, secondo il quale il diritto delle società è uscito dall'era *atomica* per entrare in quella *molecolare*.

Negli scritti giuridici, forse, si è abusato di siffatto paragone, ma possiede inequivocabile valenza pratica poiché fotografa in modo chiaro e sintetico l'evoluzione del diritto societario nell'ultimo secolo.

È sotto gli occhi di tutti, infatti, come sia mutato lo scenario della maggior parte delle operazioni economiche. Oggi il mercato ha davvero assunto dimensioni mondiali secondo quel fenomeno noto come "globalizzazione"²⁰⁹, fortemente accelerato anche dallo sviluppo dei mercati finanziari.

²⁰⁹ Con il termine *globalizzazione*, si intende il fenomeno di crescita progressiva delle relazioni e degli

In questo scenario, completamente ridisegnato, anche gli attori non sono rimasti immuni da modifiche di portata talmente ampia da generare uno “spiazzamento” del diritto azionario²¹⁰, che, pur svolgendo la funzione di “statuto organizzativo generale” degli operatori, è ormai superato dai modelli scelti dalla grande impresa.

Emerge “il gruppo”, diventato ormai la forma di organizzazione caratteristica della grande o medio-grande impresa del nostro tempo.

Come afferma Francesco Galgano:

«quando l'impresa raggiunge consistenti dimensioni aziendali, estendendo la sua azione su vasti mercati, essa assume, immancabilmente, la configurazione di una pluralità di società operanti sotto la direzione unificante di una società capo-gruppo o *holding*. Quanto maggiori sono le dimensioni aziendali, quanto più estesi sono i mercati sui quali l'impresa agisce, tanto maggiore è il numero delle società che compongono il gruppo; e superano il numero di mille società anche i maggiori gruppi italiani»²¹¹.

L'incidenza del fenomeno è confermata da una recente ricerca patrocinata dalla Banca d'Italia²¹² e dall'analisi dell'Unione delle Camere di Commercio nel Rapporto Italia 2006²¹³.

scambi a livello mondiale in diversi ambiti il cui effetto principale è una decisa convergenza economica e culturale tra i Paesi del mondo. Sebbene il termine sia stato usato prevalentemente dagli economisti l'incidenza del fenomeno non può essere circoscritta al solo campo commerciale in quanto notevoli sono i risvolti anche sotto il profilo, politico, sociale, tecnologico, giuridico etc. Limitando l'analisi alle questioni in esame, si possono delineare due profili: le società ormai operano su un mercato non più nazionale ma mondiale, e pertanto – onde poter competere – sono costrette a strutturarsi in modo adeguato, ossia in gruppo, sola modalità idonea a confrontarsi su dimensioni globali; sotto il profilo strettamente normativo, per la sempre più sentita esigenza di uniformare le esperienze giuridiche, bisognerà analizzare le soluzioni accolte dai diversi ordinamenti, traendo spunto dagli accorgimenti per meglio intenderne il significato. Per un approfondimento sul tema della globalizzazione P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto e scienza giuridica*, in *Foro it.*, 2002 parte V, p. 151; M. R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002.

²¹⁰ F. D'ALESSANDRO, *Il diritto delle società da i «battelli del Reno» alle «navi vichinghe»*, in *Il Foro it.*, 1988, p. 50.

²¹¹ F. GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, in *Contr. Impr.*, 2002, p. 1017.

²¹² Per un'analisi dei dati e le relative tabelle: L. CANNARI – C. GOLA, *La diffusione dei gruppi industriali in Italia*, in *I gruppi di società*, Atti del convegno internazionale di studi, Venezia 16-17-18 novembre 1995, a cura di P. BALZARINI, G. CARCANO e G. MUCCIARELLI, Milano, 1996, p. 1090 ss. Gli Autori commentano i dati sottolineando come, superato un certo livello dimensionale, le imprese si strutturino nella forma di gruppo, ed analizzano le motivazioni principali di tale scelta.

²¹³ Il documento si può leggere in www.unionecamere.it. Dalla lettura di questo emerge come, sempre più spesso, le società – in particolar modo quelle di capitali – stanno modificando la loro organizzazione rafforzando i legami con altre imprese o costituendo società “figlie” tant'è che oggi, in Italia, sono presenti oltre 71.000 gruppi di società attorno ai quali orbitano circa 170.000 società. La maggiore concentrazione di *holdings* sul territorio nazionale è riscontrabile nel Nord-Ovest (39% del totale), dove sono, allo stesso tempo, più presenti le aziende controllate da imprese estere. Nel Mezzogiorno, invece, il fenomeno appare meno diffuso, sia in termini di gruppi (9.168, il 12,9% del totale), sia in termini di imprese coinvolte (le controllate non superano le 20.000 unità, con un'incidenza del 13,4% sul totale). I gruppi più diffusi, nonché quelli più efficienti, sono quelli che mantengono o sviluppano un'attività strumentale a quella della casa madre sperimentando però anche integrazioni commerciali, logistiche e

Tale realtà è cresciuta e si è sviluppata in assenza di disciplina e nel vuoto normativo, inizialmente totale anche se, in seguito, temperato da interventi episodici e frammentari. Solo con la riforma del 2003 si è colmata, in parte, la lacuna tramite l'introduzione di una disciplina sistematica che può essere considerata il *principio* di uno «statuto della grande impresa organizzata in forma di gruppo»²¹⁴.

L'adeguamento normativo è di fondamentale importanza giacchè tutti o quasi tutti i classici problemi del diritto azionario assumono aspetti e configurazioni nuove, nel momento in cui una società entra a far parte di un gruppo, ed esigono così regole anch'esse nuove e diverse²¹⁵.

In definitiva: il “*diritto delle società*” è oggi, in misura crescente e comunque già prevalente, di fatto “*diritto dei gruppi*”, nel senso che ne sono destinatarie società aventi complessi collegamenti e stretta integrazione con altre imprese²¹⁶.

L'assenza di una disciplina organica del fenomeno non ha ostacolato la riflessione dottrinale sul tema che in Italia, fin dagli anni '80, ha assunto un registro propositivo e, pur non riuscendo a qualificare giuridicamente il gruppo in quanto tale, lo ha sempre riconosciuto come *campo problematico*²¹⁷. Ne è scaturito un dibattito ricco e proficuo volto a selezionare e affrontare quelle nuove situazioni difficilmente disciplinabili ricorrendo agli strumenti del diritto societario *classico*.

Allo stesso compito non si è sottratta neppure la giurisprudenza – e in particolar modo quella della Suprema Corte – che con le sue sentenze ha concorso, in dialogo con la

finanziarie; non mancano, tuttavia, anche gruppi monosettoriali. Il fenomeno abbraccia non solo le grandi realtà economiche ma anche le imprese di medie e piccole dimensioni. Per valutare l'incidenza del fenomeno, infine, occorre sottolineare che le aziende in gruppo generano circa il 32% del valore aggiunto italiano e danno lavoro a circa 5 milioni di addetti.

²¹⁴ Ci si riferisce all'introduzione, ad opera dell'art. 5.1, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, del Capo IX rubricato “*Direzione e coordinamento di società*” all'interno del Libro V. Si tratta di un complesso normativo formato da sette articoli (2497-2497-septies) volti a disciplinare alcuni punti salienti dei rapporti tra società facenti parte di un gruppo.

²¹⁵ Cfr., con quanto sostenuto da F. D'ALESSANDRO, *Il diritto delle società da i «battelli del Reno» alle «navi vichinghe»*, cit., p. 51 «credo che il dilemma fondamentale sia se restare all'interno del diritto societario comune, adattando le regole già note ed i principi da esse espresse alla particolare materia da disciplinare, oppure se compiere il “salto”, senza esitazioni, fuori dal cerchio».

²¹⁶ *Ibidem*, p. 51.

²¹⁷ In questi termini P. SPADA, *Gruppi di società*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1992, II, p. 221. L'A. si riferisce in particolar modo al Convegno organizzato dall'Associazione Italiana dei Giuristi di Impresa nel corso del quale numerosi studiosi e pratici del diritto si sono confrontati su alcuni dei problemi relativi al fenomeno dei gruppi. Gli interventi si possono leggere in *Atti del Convegno di Bellagio, 19-20 giugno 1981*, Milano, 1982.

dottrina²¹⁸, a delineare non solo gli elementi caratterizzanti il gruppo di società, ma anche a profilare soluzioni concrete sulle numerose incertezze presentate dalla prassi.

E' evidente, dunque, come

«l'analisi delle problematiche connesse al gruppo di imprese non possa prescindere, ai fini di un suo corretto inquadramento, da quella relativa al percorso compiuto dalla giurisprudenza e dalla dottrina nonché dagli sbocchi, solo successivi e "ratificatori", che i suoi esiti hanno avuto nei vari interventi legislativi che, prima con maggior diffidenza e poi quasi con rassegnata benevolenza, hanno preso atto del fenomeno»²¹⁹.

Occorrerà, quindi, (pur ovviamente limitandosi agli aspetti rilevanti in relazione al delitto di infedeltà patrimoniale) prendere le mosse da come (in realtà) si sia sviluppata la prassi delle aggregazioni societarie e individuare quali sono stati i primi riconoscimenti dottrinali e giurisprudenziali del fenomeno, per poi procedere ad una disamina dei problemi e delle difficoltà insorte in sede applicativa.

Solo al termine di questo percorso si potranno comprendere con chiarezza le soluzioni "recepte" dal legislatore della riforma.

1.1. Excursus storico: il gruppo come forma evoluta della società per azioni.

La nascita dei gruppi di società costituisce, sul terreno dell'organizzazione giuridica, una *rivoluzione copernicana* pari solamente alla introduzione, nel secolo scorso, delle società per azioni, quale tipo caratterizzato dalla divisione del capitale sociale in azioni e dalla limitazione della responsabilità patrimoniale dei soci²²⁰.

Per poter comprendere appieno il portato di siffatta "rivoluzione" occorre esaminare il fenomeno non come un qualcosa "a sé stante" bensì in stretta dipendenza alla struttura organizzativa delle società per azioni; si potrebbe dire, anzi, che i gruppi rappresentano il massimo sviluppo della società per azioni, l'esaltazione della limitazione di responsabilità concessa attraverso il concetto di personalità giuridica²²¹.

²¹⁸ F. GALGANO, *L'oggetto della holding è, dunque, l'esercizio mediato e indiretto dell'impresa di gruppo*, in *Contr. Impr.*, 1990, p. 403.

²¹⁹ E. SCARONIA, *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo di imprese*, Milano, 2006, p. 9.

²²⁰ Nello stesso senso si esprime F. GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, cit., p. 1016 il quale afferma «la società per azioni era stata una creazione legislativa; e solo con norma di legge si era potuto dare vita ad un tipo di società nel quale la partecipazione dei soci era tramutata in un valore di scambio, liberamente circolabile come cosa mobile, ed a tutti i soci era dato fruire del beneficio della responsabilità limitata al capitale conferito».

²²¹ Nello stesso senso G. ROSSI, *Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo da risolvere*, in *Riv. Soc.*, 1995, p. 1132 dove afferma che il fenomeno dei gruppi «si presenta dunque come una sorta di

Non si può tralasciare l'essenza e il fondamento delle maggiori difficoltà di inquadramento del fenomeno: la realtà dei gruppi è, per così dire, una realtà *paragiuridica*.

Mentre la società per azioni è una creazione legislativa, all'opposto, il gruppo di società è frutto della inventiva imprenditoriale.

La prima è stata resa possibile solo da un intervento normativo che ne ha definito i confini e indicato i requisiti necessari; la seconda si è sviluppata secondo le esigenze imprenditoriali e l'inventiva che da sempre è propria di quei settori dove si esplica l'autonomia privata. Tant'è che «quando la legge è intervenuta – come, per prima, la legge azionaria tedesca del 1965 – essa è intervenuta solo per prendere atto di un già consolidato fenomeno e solo per correggerne taluni effetti distorsivi»²²².

Sotto il profilo storico, il riconoscimento normativo dei gruppi suole farsi risalire, nei paesi di *common law*, ad una legge del *New Jersey* del 1896 che autorizzava le *corporations* a comprare le azioni di un'altra società.

In Italia la prima apparizione legislativa del fenomeno – ormai giunto ad una fase avanzata della sua espansione²²³ – si registra col R.D. 13 novembre 1931 n. 1434, che anticipando l'art 2361 c.c., permetteva ad una società di assumere partecipazioni in altre società aventi il medesimo oggetto sociale.

Successivamente si susseguiranno numerosi interventi normativi tutti di carattere speciale, con più o meno ampia portata e spesso dai caratteri indefiniti, volti a disciplinare per lo più gli aspetti patologici del fenomeno.

vendetta dell'impresa verso il diritto delle società di capitali, quasi una furibonda rivalse della vitalità dell'*homo oeconomicus* sulla regola giuridica formalizzata e precisa che tutto vorrebbe ridurre all'ordine statico della persona giuridica». Nello stesso senso F. GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, cit., p. 1016: «il gruppo di società nasce dalla valorizzazione di potenzialità implicite nella forma giuridica della società per azioni, che l'inventiva imprenditoriale porta alle estreme conseguenze».

²²² F. GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, cit., p. 1016. Anche E. SCARONIA, *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo di imprese*, cit., p. 3 afferma «(...) il legislatore è intervenuto in un momento successivo alla loro affermazione e al solo fine di limitarne gli effetti distorsivi».

²²³ In questo senso F. GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, cit., p. 1017; mentre P. G. JAEGER, *Considerazioni parasistematiche sui controlli e sui gruppi*, in *Giur. Comm.*, 1994, p. 476 fa risalire la nascita del gruppo in Italia agli inizi degli anni '30 quando lo Stato per far fronte alla crisi economica mondiale decise di creare un Ente pubblico economico (IRI) cui affidare il risanamento di taluni rami dell'imprenditoria pubblica. Al contrario, per quanto concerne lo sviluppo dei gruppi nell'imprenditoria privata, L. CONTI, *Responsabilità penali degli amministratori e politiche di gruppo*, in *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, 1995, p. 436 sottolinea come «l'incentivazione del fenomeno dei gruppi è presso di noi fatto relativamente recente: un particolare sviluppo fu provocato soltanto negli anni '60 dalla politica di programmazione del CIPE e nell'ambito di essa allo scopo di ottenere finanziamenti agevolati; mentre negli anni '70 causa di espansione dei gruppi fu la politica tributaria».

1.2. Unità economica e pluralità giuridica.

Sin dalle prime manifestazioni del nuovo operare della grande impresa – caratterizzato dall’abbandono della struttura multidivisionale per rami d’azienda e dall’approdo ad una struttura composita formata da una pluralità di società – la dottrina si è trovata concorde nel constatare una palese asimmetria tra fenomeno giuridico ed economico²²⁴.

Infatti,

«mentre da un punto di vista economico si è di fronte ad un insieme di attività svolte nell’ambito di una logica imprenditoriale unitaria, da un punto di vista giuridico si è di fronte ad una pluralità di soggetti giuridici distinti, ciascuno dei quali costituisce un autonomo centro di imputazione di diritti e doveri sia per quanto riguarda i rapporti interni, sia per quanto riguarda i rapporti esterni»²²⁵.

Da tale antinomia emerge a chiare lettere uno dei primi problemi che si presentano al giurista nell’accingersi all’analisi del fenomeno dei gruppi.

Non sussistono dubbi, infatti, in merito all’autonomia di ogni singola società e neppure dei rispettivi organi amministrativi, i quali hanno l’obbligo di perseguire l’interesse sociale della struttura cui sono preposti nell’osservanza dei doveri che la legge impone a tutela dei soci, dei dipendenti e dei creditori sociali. Tuttavia sarebbe frutto di una visione distorta, oltre che fortemente antiquata, pensare che tra le diverse società appartenenti al gruppo non intercorrano rapporti idonei a influenzare le decisioni delle diverse componenti, soprattutto nei rapporti tra capo-gruppo e controllate²²⁶.

Ancor prima di esaminare i problemi che ne conseguono, occorre chiarire meglio i termini della questione, e vedere da quali fattori può dipendere l’esercizio di tale influenza.

²²⁴ Così L. CONTI, *Responsabilità penali degli amministratori e politiche di gruppo*, cit., p. 435: «la mancanza di una normativa generale e la varietà delle forme con cui esso si manifesta non rendono agevole la definizione di gruppo. Al di là del concorde assunto che trattasi di un organismo economico unitario il quale non costituisce soggetto autonomo di imputazione di rapporti giuridici e patrimoniali e che lascia autonomia e indipendenza alle sue componenti, la dottrina e la giurisprudenza hanno incontrato difficoltà a definire le caratteristiche del fenomeno».

²²⁵ Così G. SBISA, *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, in *Contr. Impr.*, 2003, p. 592.

²²⁶ Si tratta del problema dell’*autonomia* e dell’*eteronomia* di un ente rispetto ad un altro esaminato da P. SPADA, *Gruppi di società*, cit., p. 222 il quale ritiene che «a questo campo appartengono i problemi che scaturiscono non solo dal governo unitario di un’impresa giuridicamente plurima, ma, più in generale, dalla tensione tra attività decisionale delle figure organizzative istituzionali di un ente ed attività decisionale di altro ente che, ad uno o ad altro titolo, ha il potere di condizionare l’attività delle prime: non tanto i problemi dell’unità economica e della pluralità giuridica, ma dell’autonomia e dell’eteronomia».

Le società per azioni, come noto, sono caratterizzate dall'incorporazione della partecipazione in titoli azionari liberamente scambiabili sul mercato. Il possesso di questi consente al titolare di esercitare poteri di natura amministrativa tramite il voto in assemblea, oltre, ovviamente, al diritto alla partecipazione agli utili prodotti e al dovere di contribuire nelle perdite in proporzione al capitale investito.

Oggi, superati gli originari divieti di acquisto o sottoscrizione di azioni gravanti sulle società (in quanto considerati atti *ultra vires*) chiunque può compiere operazioni di questo tipo.

Talché può accadere – e nella pratica è frequente – che una società acquisti o sottoscriva azioni di un'altra società in misura tale da assumerne il controllo tramite l'esercizio del diritto di voto in assemblea. A questa società, di regola indicata come società-madre, capo-gruppo o anche società *holding*, spetterà la direzione e il coordinamento dell'intero gruppo.

La società controllata «diventa strumento di azione della controllante»²²⁷ permettendo all'imprenditore di circoscrivere il rischio di impresa connesso a ciascun settore dell'attività produttiva o a ciascun mercato e di diversificare la propria attività su scala mondiale.

Formalmente, risulterà un normale socio e, nella peggiore delle ipotesi, potrà perdere il capitale investito, sebbene la responsabilità patrimoniale permanga in capo alle singole società senza propagarsi alla controllante in quanto terza rispetto ai rapporti giuridici delle controllate.

La medesima attività economica, in definitiva, viene esercitata e ricondotta ad unità tramite l'operare coordinato di una pluralità di società collegate da un rapporto di controllo che ne assicura la guida unitaria: le singole società, pur costituendo autonomi centri di imputazione di situazioni giuridiche soggettive, sono inserite in un contesto più ampio e, sotto la direzione unitaria della *holding*, perdono l'indipendenza economica in vista del perseguimento di obiettivi comuni. Di qui l'affermazione dell'esistenza di un "interesse di gruppo" come realtà trascendente quella delle singole controllate²²⁸.

²²⁷ Il pensiero è tratto dal saggio di F. GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, cit., p. 1017 ss.

²²⁸ C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., p. 30.

Si rileva in dottrina e in giurisprudenza²²⁹ una frequente oscillazione tra chi tende a riconoscere in capo al gruppo una soggettività giuridica e chi la nega in quanto prerogativa esclusiva delle singole società.

Chi giudica *positivamente* il fenomeno si impegna a sottolineare i benefici della direzione unitaria: la capacità di strategie politiche ed economiche superiori, la competitività sui mercati, la creazione di posti di lavoro, l'incentivo alla ricerca (e si potrebbe continuare²³⁰).

Su altro versante sta, invece, chi valuta *negativamente* i raggruppamenti di società, temendo le condotte abusive e patologiche spesso perpetrate dagli amministratori della *holding* e delle controllate volte a monopolizzare i mercati o fare speculazioni finanziarie e monetarie (sul piano *esterno*), ed il pregiudizio dei soci c.d. esterni e dei creditori sociali delle singole controllate²³¹ (sul piano *interno*).

Proprio questa oscillazione tra unità e pluralità genera la maggior parte delle problematiche connesse al fenomeno dei gruppi²³², che possono così enuclearsi:

- 1) chi prende le decisioni di maggior rilievo è, solitamente, la *holding* la quale tuttavia, essendo terza rispetto alle singole società facenti parte del gruppo, non

²²⁹ Nega che al gruppo possa essere attribuita una soggettività giuridica F. D'ALESSANDRO, *Il diritto delle società da «i battelli del Reno» alle «navi vichinghe»*, cit., p. 50 ss. secondo cui il fenomeno di gruppo è caratterizzato dal fenomeno della partecipazione azionaria: fenomeno irrilevante, tuttavia, sotto il profilo giuridico. Pertanto le società costituiscono dei soggetti autonomi e indipendenti e la *holding* non può essere qualificata come soggetto di diritto. Pone l'accento sulla configurabilità di una soggettività giuridica – pur riconoscendo non possa trattarsi di soggetto a sé stante – tramite la teoria dell'impresa di gruppo F. GALGANO, *L'oggetto della holding è, dunque, l'esercizio mediato e indiretto dell'impresa di gruppo*, cit., 403 ss. Per quanto attiene alla giurisprudenza si rileva che ha dominato a lungo una visione atomistica secondo la quale il gruppo non aveva una soggettività giuridica. Questa veniva riconosciuta, dapprima, esclusivamente in una fase patologica per estendere la responsabilità ad altre società appartenenti al gruppo sino alla citata sentenza della Suprema Corte (Cass. Civ., Sez. I, 26 febbraio 1990, n. 1439, Caltagirone G. e altro c. Fall. Caltagirone) con la quale si è riconosciuta una certa soggettività giuridica del gruppo anche in una fase fisiologica del suo operare.

²³⁰ Cfr., fra gli altri P. MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. Comm.*, 1995, I, p. 710 ss; A. MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, in *Contr. Impr.*, 1986, p. 729 ss; Cass. Civ., Sez. I, 26 febbraio 1990, n. 1439, in *Riv. Dir. comm.*, 1991, II, p. 552 ss ove si legge che «lo scopo dell'attività direttiva e di coordinamento del gruppo deve individuarsi nella più efficiente operatività economica del gruppo nel suo insieme e, pertanto, nell'attitudine alla realizzazione di vantaggi economici del gruppo nel suo insieme e nelle sue componenti».

²³¹ F. D'ALESSANDRO, *Il diritto delle società da «i battelli del Reno» alle «navi vichinghe»*, cit., p. 51 ss.

²³² Rileva tale tendenza L. CONTI, *Responsabilità penali degli amministratori e politiche di gruppo*, cit., p. 434 ss. dove afferma che i processi degli ultimi tempi denotano l'accentuazione «di una singolare antinomia tra la martellante affermazione di chi si volge a difendere il potere di direzione unitaria in uno con le c.d. politiche di gruppo delle controllanti e il lavarsi le mani degli amministratori di queste ultime nel caso di malefatte penali dei colleghi delle controllate. Né stupisce, perché è tipico della natura umana, il veder evidenziata l'importanza e la coesione del gruppo quando si tratta di ottenerne i vantaggi (...) e l'indipendenza delle società che lo compongono quando si tratta di evitare i danni».

risponde delle obbligazioni delle controllate in quanto non le sono direttamente attribuibili²³³;

- 2) le singole società facenti parte del gruppo e la stessa *holding*, in quanto soggetti autonomi, hanno propri scopi ed oggetti sociali, potenzialmente differenti e/o addirittura contrastanti, talché molte operazioni infragruppo vengono qualificate come illecite in quanto non perseguono in modo diretto l'interesse di gruppo²³⁴;
- 3) gli amministratori versano – praticamente sempre – in conflitto di interessi operando in favore di un gruppo non formalmente riconosciuto: ogni loro decisione potrebbe essere giudicata illecita in quanto assunta nel perseguimento di un fine extrasociale²³⁵;
- 4) infine, non trattandosi di una struttura unitaria, si pone il problema dei soci che non partecipano al controllo del gruppo e dei creditori di una singola controllata. Questi, in assenza di meccanismi riequilibratori, subiscono un danno da tutte le operazioni che, pur volte al raggiungimento di un vantaggio per il gruppo, sono pregiudizievoli per la singola società²³⁶.

Una certa soggettività giuridica del gruppo, invero, è stata riconosciuta più volte dalla giurisprudenza sebbene, nella maggioranza dei casi, si sia trattato di situazioni patologiche dove il riconoscimento mirava prevalentemente ad attenuare le conseguenze pregiudizievoli ovvero a fornire tutela ai soggetti danneggiati dall'operare del gruppo²³⁷.

²³³ Cfr., E. SCARONIA, *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo di imprese*, cit., p. 13.

²³⁴ Si versa in situazioni di questo tipo ad esempio nel caso in cui vengano prestate fideiussioni gratuite o a prezzo simbolico, fornite merci o materie prime a prezzo di favore etc.

²³⁵ Rileva tale fenomeno, in senso unanime, la dottrina. Fra i tanti cfr., F. D'ALESSANDRO, *Il diritto delle società da «i battelli del Reno» alle «navi vichinghe»*, cit., p. 50; M. BIN, *Il conflitto di interesse nei gruppi di società*, in *Contr. e impr.*, 1993, p. 879.

²³⁶ Attenti a tale problematica soprattutto L. ENRIQUES, *Gruppi piramidali, operazioni intragruppo e tutela degli azionisti esterni: appunti per un'analisi economica*, in *Giur. comm.*, 1997, I, p. 698 ss; G. SCOGNAMIGLIO, *Prospettive di tutela dei soci esterni nei gruppi di società*, in *Riv. soc.*, 1995, p. 420. Anche F. D'ALESSANDRO, *La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata. Ovvero: esiste ancora il diritto societario?*, in *Riv. Soc.*, 2003, p. 45 sostiene che «il problema fondamentale della disciplina dei gruppi consiste nella protezione dei c.d. soci esterni (...)».

²³⁷ Cfr., Cass. Civ., Sez. I, 26 febbraio 1990, n. 1439, cit., p. 552 ss. sulla nota vicenda giudiziaria della famiglia Caltagirone; Cass. Civ., Sez. I, 8 maggio 1991, n. 5123, Accetti ed altro c. SIAC-Assicurazioni S.p.A., in *Riv. dir. comm.*, 1992, I, p. 2059; Cass. Civ., Sez. I, 2 luglio 1990, n. 6769, S.r.l. Estense c. fall. S.r.l. Estense, in *Fall.*, 1991, p. 47.

1.3. Il comune denominatore economico come mezzo per riportare ad unità il fenomeno anche dal punto di vista giuridico: un'ipotesi dottrinale.

Fin dagli anni '70, Francesco Galgano sostiene doversi riconoscere la soggettività giuridica in capo al gruppo, non solo nella fase patologica ma anche in quella fisiologica dell'operare, come portatore di interessi ulteriori rispetto alle singole società che lo compongono.

Galgano ha sostenuto – e sostiene – che non si debba parlare di *gruppi di imprese* quanto piuttosto di *impresa di gruppo* poiché la forma di organizzazione di gruppo è caratterizzata dall'esercizio di una medesima attività tramite una pluralità di società, ricondotta ad unità sotto la direzione e il coordinamento della *holding*.

«Bisognava superare il diffuso luogo comune, presente anche nella giurisprudenza di merito, secondo il quale realtà economica e costruzione giuridica divergono fra loro in materia di gruppi, che per la scienza economica danno vita ad un'unica impresa, mentre il giurista è costretto ad ammettere che, essendo il gruppo formato da una pluralità di soggetti di diritto, ciascuno di questi esercita una propria e distinta impresa»²³⁸.

Tale impostazione permette di risolvere – o almeno di attenuare – alcune delle problematiche sopra menzionate. Infatti, pur riconoscendo l'autonomia delle singole società, permette di guardare il gruppo sotto una nuova ottica, e non – come spesso è stato – nella dimensione di una “mera situazione di fatto” caratterizzata dal possesso azionario di una società rispetto all'altra.

Occorre precisare che la tesi, accolta anche dalla Suprema Corte nella vicenda Caltagirone²³⁹, lungi dal considerare il gruppo come soggetto a sé stante²⁴⁰ chiarisce, tuttavia, i rapporti tra la *holding* e le altre società controllate.

²³⁸ F. GALGANO, *L'oggetto della holding è dunque, l'esercizio mediato e indiretto dell'impresa di gruppo*, cit., p. 402.

²³⁹ La vicenda giudiziaria dei fratelli Caltagirone (Gaetano, Francesco e Camillo) inizia con la dichiarazione di fallimento ad opera del Tribunale di Roma con sentenza datata 15 marzo 1980 per concludersi con la sentenza della Suprema Corte del 26 febbraio 1990 n. 1439. Il giudice di merito ritiene i tre soggetti non solo imprenditori commerciali a titolo individuale in quanto ciascuno titolare di una impresa edilizia, ma anche in quanto titolari di una *holding* individuale. I Caltagirone, infatti, esercitavano un'attività di finanziamento, di gestione e di amministrazione di un patrimonio costituito dalle società di capitali controllate, mediante una vera e propria osmosi di capitali formalmente intestati alle varie società partecipate ma sostanzialmente concentrati in una sola mano per ciascun gruppo. L'attività svolta piuttosto che essere ascritta alla normale gestione di un pacchetto azionario viene considerata una vera e propria attività imprenditoriale (di direzione unitaria). Per un maggiore approfondimento si veda *Il fallimento Caltagirone*, in *Annali della facoltà di giurisprudenza di Genova*, 1991-1992, p. 424.

Dal punto di vista del diritto d'impresa, si riconosce alla *holding* l'esercizio di una propria attività che non si esaurisce nella mera gestione di pacchetti azionari, ma consiste nella direzione e nel coordinamento delle società controllate. Ne deriva che l'oggetto sociale della capogruppo si determina – e identifica – in ragione dell'attività (produttiva o di scambio) esercitata dalle controllate, ed anche l'interesse sociale è omogeneo giacché la prima esercita in modo mediato e indiretto la stessa attività svolta in modo immediato e diretto dalle controllate²⁴¹.

Gli aspetti di maggior rilievo si riscontrano sul terreno del diritto delle società in quanto:

«l'interesse della *holding* non è, nell'assemblea delle controllate, un interesse extrasociale, e gli amministratori della prima, che votano nell'assemblea delle controllate secondo gli interessi di gruppo, non sono in conflitto di interessi con la società. Unico limite al voto della *holding* nell'assemblea delle controllate è, da questo punto di vista, la salvaguardia degli interessi degli azionisti esterni e dei creditori delle controllate»²⁴².

Si riconosce, quindi, una certa permeabilità degli interessi di gruppo nelle delibere delle società controllate: le operazioni poste in essere dagli amministratori di queste non si dovranno ritenere illegittime (*rectius*: viziate da conflitto di interessi) per il solo fatto che perseguono un interesse facente capo al gruppo nel suo complesso.

Il raggiungimento di una politica unitaria può essere considerato lecito fin tanto che non si assumano, in suo nome, operazioni in aperto contrasto con gli interessi particolari della singola società al punto da recarle pregiudizio²⁴³ e sempre che «le relazioni

²⁴⁰ La configurazione del gruppo come soggetto a sé stante è sempre stata rifiutata dalla Corte di Cassazione e dalla giurisprudenza di merito: App. Milano, 9 settembre 1988, in *Riv. dir. comm.*, 1989, II, p. 215 con nota di B. LIBONATI.

²⁴¹ Gli sviluppi pratici di questa impostazione sono in linea con alcuni dei principi già da tempo acquisiti dalla giurisprudenza della Cassazione. A sostegno di quanto affermato si ricorda la massima secondo la quale la fideiussione della *holding* a favore della controllata non è atto estraneo all'oggetto sociale della prima: Cass., 14 settembre 1976, n. 3150, in *Riv. dir. comm.*, 1978, II, p. 220; o ancora la remissione del debito della *holding* alla controllata non è atto di liberalità, la prima essendo mossa da proprio interesse patrimoniale, anche se mediato e indiretto: Cass., 2 aprile 1969, n. 1693, in *Riv. leg. Fisc.*, 1969, p. 1948; Cass., 20 marzo 1968, n. 2215, *ivi*, 1969, p. 263; Cass., 20 ottobre 1969, n. 907, *ivi*, 1970, p. 1853.

²⁴² F. GALGANO, *L'oggetto della holding è dunque, l'esercizio mediato e indiretto dell'impresa di gruppo*, cit., p. 402. L'A. enuclea come corollari della tesi sopra esposta anche i seguenti assunti: a) la conversione di una società operante in società *holding* non comporta modificazione dell'oggetto sociale; b) gli atti posti in essere dagli amministratori della *holding*, se rientranti nell'oggetto sociale delle controllate, non sono atti estranei all'oggetto della *holding*.

²⁴³ Trib. Milano 2 ottobre 1986, SIAC S.p.A. c. Accetti ed altri, in *Le Società*, 1987, p. 301; Trib. Napoli 2 febbraio 1994, soc. Iper c. soc. Sotea, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1, p. 1676; App. Milano 21 gennaio 1994, Doronzo c. soc. Fidimpresa, in *Società*, 1994, p. 929.

privilegiate non si traducano in scelte che non trovano altra giustificazione che quella di favorire la capogruppo a danno della società controllata²⁴⁴».

La soluzione a cui si è pervenuti ha il pregio di mettere in evidenza come l'interesse di gruppo non deve essere considerato a priori extrasociale, rendendosi necessario (a tal fine) un concreto accertamento sulle peculiarità del caso. La tesi è stata anche oggetto di aspre critiche in quanto si è sostenuto che lo spazio operativo rimesso alle c.d. politiche di gruppo risulterebbe eccessivamente angusto. Per tale via, infatti, tutte le operazioni che, nell'immediato, comportano un pregiudizio per la società controllata sarebbero ritenute illegittime anche se idonee a produrre, in un futuro, dei ritorni di utilità. Unico rimedio sarebbe quello di un contestuale indennizzo a favore della società pregiudicata ma, così operando, si vanificherebbero i vantaggi derivanti dall'adozione di siffatto modello organizzativo²⁴⁵.

L'impostazione fin qui seguita attenua il divario tra il gruppo unitariamente inteso e le singole società e fa breccia, in parte, nell'arcaico muro che ravvisa nella società per azioni un soggetto necessariamente autonomo e indipendente.

Tuttavia, come riconosciuto a chiare lettere dallo stesso Autore, il gruppo non può essere qualificato come entità a sé stante distinta dalle sue singole componenti. Ne consegue che la maggior parte delle problematiche che derivano dall'adozione di tale modello organizzativo non possano essere risolte in modo compiuto semplicemente riconoscendo, in capo alla *holding*, la possibilità di influire sulle decisioni delle controllate e in capo a queste la possibilità di perseguire una politica di gruppo peraltro entro gli angusti limiti poc' anzi individuati.

1.4. Il gruppo come impresa giuridicamente unitaria: irrilevanza della questione e persistenza delle problematiche connesse all'esercizio dell'attività di gruppo.

La tesi innanzi esposta ha il pregio di ascrivere l'attività svolta dal gruppo, pacificamente qualificata come unitaria sotto il profilo economico, ad un'unica impresa.

²⁴⁴ Trib. Verona 7 febbraio 1990, ric. Merlini, in *Società*, 1990, p. 1665 e *Riv. dir. comm.*, 1993, II, p. 259; App. Roma 22 febbraio 1996, Banco Sicilia c. soc. Martini e Neri, in *Foro it.*, 1997, I, c. 1, p. 1616.

²⁴⁵ A. MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, cit., p. 729 ss.; P. MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, cit., p. 710 ss. secondo i quali affermare la legittimità del perseguimento dell'interesse di gruppo a condizione che la singola società controllata non subisca un pregiudizio equivarrebbe a negare la possibilità al gruppo di operare sfruttando i vantaggi di tale organizzazione.

Tale operazione ermeneutica è consentita in quanto, ormai, la categoria dell'impresa è generalmente riconosciuta e qualificata sul piano dell'attività²⁴⁶.

Occorre però valutare quali corollari derivino da siffatta impostazione. Infatti, una volta accettato che, almeno in certi casi, l'attività svolta attraverso una struttura di gruppo possa assumere i caratteri necessari per configurare un'*attività di impresa* in senso giuridico, bisogna analizzare le potenziali conseguenze.

Come rilevato da gran parte della dottrina, allo stato attuale (ed a seguito della soppressione dell'ordinamento corporativo) la disciplina ricollegabile all'art. 2082 c.c. (ossia all'impresa) è «di dubbia identificazione e difficilmente pensabile come sistema (cioè razionalmente ordinabile)»²⁴⁷. All'interno di tale scarna disciplina ciò che assume rilievo è la differenza tra l'impresa agricola, il piccolo imprenditore e l'impresa commerciale medio-grande. Solo per quest'ultima, infatti, il legislatore ha previsto una vera e propria regolamentazione (il c.d. statuto dell'imprenditore commerciale) mentre la qualificazione delle altre ha un rilievo esclusivamente negativo: in pratica, consiste nella disapplicazione per tali soggetti della disciplina stessa, sostanziosamente nell'assoggettabilità o meno dell'imprenditore alle procedure concorsuali²⁴⁸.

Si condivide quanto sostenuto da Tombari:

«ne consegue che, allo stato attuale della legislazione, il problema del gruppo come impresa giuridicamente unitaria rileva essenzialmente, per non dire esclusivamente, al fine di ricostruire la disciplina applicabile al gruppo in ipotesi di crisi ed è invece del tutto irrilevante nella prospettiva di un diritto dei gruppi come diritto di organizzazione (...) siamo proiettati, in altri termini, nella dimensione patologica della vita del gruppo e non in quella fisiologica»²⁴⁹.

Può affermarsi, quindi, che il tentativo teorico di ricondurre un'attività economica, esercitata da una pluralità di società distinte, ad un'impresa unitaria è possibile – in

²⁴⁶ C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2008, p. 217 ss.

²⁴⁷ P. SPADA, voce *Impresa*, in *Dig. discipl. priv.*, Sez. comm. VII, Torino, 1992, p. 38

²⁴⁸ P. G. JAEGER-F. DENOZZA, *Appunti di diritto commerciale*, Milano 1997, p. 81 sottolineano come «la ragione principale che induce a dedicare tanta attenzione alla possibilità di definire un imprenditore come agricolo oppure come commerciale, come piccolo oppure come medio-grande, è costituita proprio dalla necessità di decidere se egli deve o meno fallire».

²⁴⁹ In questi termini U. TOMBARI, *Il gruppo di società*, Torino 1997, p. 93 ss. Dallo stesso si trae ispirazione per le soluzioni che si prospetteranno nel corso del paragrafo.

quanto l'impresa è «giuridicamente una attività e non è mai soggetto o centro di imputazione»²⁵⁰ – ma di scarsa rilevanza pratica²⁵¹.

Infatti, pur riuscendo ad individuare nel gruppo un'attività di impresa giuridicamente unitaria, persiste il problema dell'imputazione della disciplina alla fattispecie dell'impresa: occorre, in altri termini, ricercare il soggetto a cui ricollegarla.

Essendo attualmente del tutto pacifico che nel nostro ordinamento il criterio di imputazione è quello della *spendita del nome*, ne consegue che «centri di imputazione» sono necessariamente le singole società, nel nome delle quali sono state svolte le varie sub-attività (che a loro volta costituiscono una parte dell'attività unitaria svolta dal gruppo nel suo complesso).

Persino chi sostiene che si possa parlare di un'unica impresa riconosce di non poterla attribuire ad un unico soggetto ed è costretto ad introdurre il concetto di «fase» del processo di produzione. Solo in questo modo ogni fase è ricondotta ad un soggetto – le diverse società appartenenti al gruppo – quale destinatario della relativa disciplina²⁵².

Dunque, la configurazione del gruppo come più imprese giuridicamente indipendenti facenti capo ad altrettanti imprenditori ovvero come impresa unitaria le cui fasi sono riferite a soggetti diversi non risolve il problema: la disciplina di riferimento si applica, in entrambi i casi, a soggetti differenti²⁵³.

²⁵⁰ F. GALGANO, *Il punto sulla giurisprudenza in materia di gruppi di società*, in *Contr. Impr.*, 1991, p. 900-901 sostiene: «nella letteratura in materia di gruppi talvolta affiora un equivoco del quale bisogna liberarsi. Si suppone che, per affermare l'esistenza di un'unica impresa di gruppo, occorra superare lo schermo della distinta personalità giuridica delle società e ricondurre il gruppo ad un unico soggetto di diritto. Va ribadito che l'unicità dell'impresa non richiede affatto l'unicità del soggetto che la esercita»

²⁵¹ In questo senso anche F. SETTE, *Dal gruppo di imprese all'impresa di gruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, p. 282 il quale cerca di costruire il gruppo come impresa unitaria, anche se in una prospettiva più ristretta rispetto a Galgano, in quanto ritiene possibile ravvisare un'unica impresa solo nei c.d. gruppi integrati. L'A. si spinge sino ad attribuire «la titolarità dell'impresa unitaria di gruppo (...) alla società capogruppo in quanto in quest'ultima è dato rinvenire quel potere di organizzare e governare che è elemento essenziale della qualifica di imprenditore». Tuttavia, pur difendendo la tesi sostenuta, l'A. è costretto ad ammettere che, *de jure condito*, una tale operazione non avrebbe rilevanza ai fini del diritto societario e in particolare in tema di responsabilità patrimoniale (pp. 279 e 280) e che «alcuni dei fenomeni studiati come profili di emersione della rilevanza positiva dell'impresa unitaria di gruppo possono essere spiegati anche altrimenti (p. 280)».

²⁵² Ci si riferisce a F. GALGANO, *L'oggetto della holding è dunque l'esercizio mediato e indiretto dell'impresa di gruppo*, cit., p. 401 secondo cui «società holding e società controllate non esercitano imprese diverse, ma esercitano fasi diverse della medesima impresa», e ribadisce che il fenomeno della scomposizione dell'impresa per fasi, ciascuna imputata ad un soggetto diverso, è già conosciuto dal nostro ordinamento all'art. 2602 c.c., in materia di consorzi tra imprenditori.

²⁵³ *Ibidem*, p. 401 rileva come l'operazione non sia del tutto priva di significato evidenziando diversi corollari sia sul terreno del diritto d'impresa che delle società, di cui già *supra*.

Senza indugiare oltremodo, si potrebbe sostenere (*de jure condendo*, essendo gli appigli normativi per una interpretazione *de jure condito* eccessivamente esigui) che di fronte all'incalzare dei tempi e all'emersione di nuove strutture organizzative per l'esercizio dell'impresa – come, appunto, nel caso del gruppo – sia opportuno ricercare nuovi criteri di imputazione idonei a far assumere la qualifica di imprenditore a chi di fatto dirige la struttura imprenditoriale.

Tuttavia un'operazione interpretativa (*rectius*: creativa) di questo tipo avrebbe un ben preciso *costo giuspolitico*: verrebbero vanificati i principali motivi che sono all'origine della formazione dei gruppi, ossia la possibilità di fruire di quella maggior limitazione di responsabilità garantita dal riferire ogni singola parte dell'attività unitaria a soggetti diversi. Un ovvio canone ermeneutico impone invece di prediligere, tra le diverse strade percorribili, quella che permette di far sopravvivere un fenomeno esistente e ritenuto – almeno nella sua fase fisiologica – legittimo e meritevole di tutela²⁵⁴.

Per tentare una risposta alle problematiche connesse all'esercizio dell'attività di impresa sotto forma di gruppo occorre fare *un passo indietro* ed esaminare le disposizioni normative disseminate dal legislatore nel corso degli anni nei diversi rami dell'ordinamento. Data la frequente disorganicità di tali norme non si potrà prescindere dall'interpretazione della dottrina e dalle applicazioni della giurisprudenza, sempre sensibili al tema.

2. L'emersione del fenomeno nella disciplina civilistica: il concetto di controllo.

Il fenomeno dell'aggregazione di più società in gruppo, e i conseguenti molteplici vantaggi di ordine economico e finanziario, erano ben noti al legislatore italiano fin dal 1942²⁵⁵ tuttavia gli altrettanti pericoli insiti in tali forme di raggruppamento gli

²⁵⁴ Il principio di libertà espresso dall'art. 41 Cost. "*l'iniziativa economica privata è libera*" andrebbe riferito non solo alla possibilità di scegliere il settore produttivo in cui operare, ma anche al modo di organizzazione della stessa. Così G. M. FLICK, *Problemi attuali e profili costituzionali del diritto penale dell'impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 487; A. PAVONE LA ROSA, *La responsabilità degli amministratori della controllante nella crisi del gruppo societario*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 797.

²⁵⁵ Nella Relazione al Re al libro del lavoro (n. 155) si può leggere: «*il raggruppamento di varie società attorno ad una che le controlla è un fenomeno che risponde tipicamente agli orientamenti della moderna economia organizzata. Si tratta infatti quasi sempre della manifestazione del crescente sviluppo di un nucleo produttivo iniziale che si integra dando vita ad altre forme sussidiarie e collaterali, alle quali, per ragioni di razionale organizzazione, meglio conviene una gestione autonoma. I rapporti fra le società del gruppo che in tal modo si forma rappresentano dunque, in definitiva, un vantaggio per la produzione, mentre pongono al riparo le nuove società, che sorgono attorno alla madre, da eventuali difficoltà*

sconsigliarono di darne un'espressa regolamentazione. Sul piano giuspositivo, l'unica norma rinvenibile in materia era l'art. 2359 c.c.²⁵⁶ che si limitava a fornire «la nozione generale del controllo fra società»²⁵⁷. In altre parole si aveva riguardo esclusivamente a quel rapporto, *strumentale*, di controllo azionario o contrattuale esistente fra la società *holding* e le società operanti.

In assenza di un'unica nozione di gruppo, l'elemento qualificante le aggregazioni societarie veniva identificato nel rapporto di controllo, modulato, secondo una scala di intensità decrescente, sul concetto di «influenza dominante».

Le prime critiche a tale impostazione sono state mosse dal Ferri il quale, pur riconoscendo trattarsi di due formule (controllo e gruppo) particolarmente significative come mezzo di qualificazione del gruppo, sottolinea come esprimano momenti diversi del fenomeno:

finanziarie, pur lasciando alle medesime la necessaria autonomia con la conseguente responsabilità degli uomini – normalmente tecnici specializzati – che ne sono a capo». Il testo completo può leggersi in G. PANDOLFI- G. SCARPELLO- M. STELLA RICHTER- G. DALLARI, *Codice Civile – Libro del lavoro*, Milano, 1942, p. 190 ss.

²⁵⁶ L'art. 2359 c.c., “*Società controllate e società collegate*”, considera società controllate:

- 1) *le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;*
- 2) *le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria;*
- 3) *le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa. (omissis)*

L'originaria stesura è stata modificata in occasione della riforma attuata con la L. 7 giugno 1974 n. 216: l'art. 6 ha ridefinito le ipotesi di controllo e introdotto l'ulteriore nozione di *società collegata*. La seconda formulazione, prima di giungere alla versione attuale, è stata riscritta in occasione del recepimento della IV e VII Direttiva CEE.

Ci si riferisce rispettivamente a: 1) *controllo interno di diritto*, ossia quello derivante dalla titolarità di partecipazioni sociali aventi diritto di voto in misura tale da avere la maggioranza assoluta nell'assemblea ordinaria (la fattispecie sussiste anche quando, pur non avendo il possesso, si goda di un diritto sulle azioni che attribuisca il voto – usufrutto o pegno – nonché ove sussista un sindacato di voto); 2) *controllo interno di fatto*, quando, pur non disponendo della maggioranza del capitale, si riesca ad esercitare un'influenza dominante per situazioni concrete quali l'assenza degli altri azionisti disinteressati alla gestione o sindacati di voto; 3) *controllo esterno*, non fondato su rapporti partecipativi ma su un legame negoziale suscettibile di creare un rapporto di dipendenza economica mediante la riserva, ad una società, di compiere i principali atti di gestione della controllata. Al co. 2 si equipara al controllo interno di diritto e di fatto il controllo *indiretto*, realizzato tramite l'interposizione, tra controllante e controllata, di altra società. Infine al co. 3 si introduce la nozione di *collegamento*, quando una società può esercitare un'influenza notevole sull'altra; si presume allorchè si disponga di un quinto dei voti nell'assemblea ordinaria (la nozione, dettata inizialmente ai fini dell'applicazione del bilancio consolidato, viene oggi sovente impiegata nella legislazione complementare, come le citate leggi sull'editoria e sull'emittenza radiotelevisiva, quale indice della presenza di un gruppo).

²⁵⁷ L'espressione è di L. FOFFANI, *Le aggregazioni societarie di fronte al diritto penale: appunti sulle nozioni di “partecipazione rilevante”, “collegamento”, “controllo” e “gruppo”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 130 ss.

«il controllo, e cioè la posizione di potere nell'ambito delle singole organizzazioni che esso esprime, il momento strumentale. Il gruppo, e cioè il rapporto che ne consegue fra le organizzazioni stesse, il momento finale. Il controllo, e cioè la posizione di potere, costituisce un presupposto necessario perché un gruppo si determini»²⁵⁸.

L'individuazione del controllo come elemento caratterizzante del gruppo si dimostra causa di ambiguità e imprecisioni, poiché rischia di considerare alla stregua di gruppo ciò che gruppo non è, avendo accertato esclusivamente un rapporto di controllo tra società²⁵⁹.

Appaiono fondate le numerose critiche della dottrina²⁶⁰, la quale riteneva che la nozione di *controllo* fosse, da un lato, inadatta a costituire il parametro per l'individuazione del *gruppo*²⁶¹ e, dall'altro, eccessivamente vaga a causa della proliferazione degli enunciati definatori del concetto in questione²⁶².

Nonostante ciò, e pur nella sua limitata portata applicativa²⁶³, il concetto di controllo delineato dall'art. 2359 c.c. ha consentito alla giurisprudenza²⁶⁴, chiamata con sempre

²⁵⁸ La delimitazione in questi termini del rapporto che intercorre tra il concetto di controllo e quello di gruppo è stata svolta, per la prima volta, da G. FERRI, *Concetto di controllo e di gruppo*, in AA.VV., *Disciplina giuridica del gruppo di imprese*, Atti del Convegno di studi svoltosi a Bellagio nei giorni 19-20 giugno 1982, Milano, 1982, p. 71.

²⁵⁹ G. ROSSI, *Il fenomeno dei gruppi e il diritto societario: un nodo da risolvere*, cit., p. 1136 ss.

²⁶⁰ Al riguardo G. SBISÀ, *Società controllate e società collegate*, in *Contr. Impr.*, 1997, p. 323 afferma che «nella disciplina positiva la nozione di controllo costituisce il parametro di base e spesso l'unico criterio per delimitare l'area all'interno della quale le singole imprese vengono considerate come componenti di una organizzazione economica unitaria» criticando tale impostazione poiché «l'uso di questa categoria nell'indagine sulla genesi del gruppo è solo fonte di confusione, in quanto non è omogenea con la natura del fenomeno». Nello stesso senso anche G. ROSSI, *Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo da risolvere*, cit., pp. 1131 e 1136; G. SBISÀ, *Il gruppo di società nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (criteri di individuazione)*, in *Giur. Comm.*, 1980, I, p. 269 ss.

²⁶¹ P. ABBADESSA, *I gruppi di società nel diritto italiano*, in AA.VV., *I gruppi di società. Ricerche per uno studio critico*, a cura di A. PAVONE LA ROSA, Bologna, 1982, p. 103 evidenzia come: «possono esistere situazioni di controllo che non danno luogo a rapporti di gruppo (quando non vi è unità di direzione economica e manchi dunque quell'accertamento dell'attività gestionale sopra ricordato) e gruppi che non derivano da relazioni di controllo (ad esempio i gruppi contrattuali paritetici)».

²⁶² L. FOFFANI, *Le aggregazioni societarie di fronte al diritto penale: appunti sulle nozioni di "partecipazione rilevante", "collegamento", "controllo" e "gruppo"*, cit., p. 125 il quale rileva una «tendenza generale del legislatore a ridefinire di volta in volta i criteri di collegamento e la nozione di gruppo in relazione ai singoli problemi affrontati ed in funzione degli scopi contingenti che si intendono concretamente perseguire». L'A. delinea in modo dettagliato i diversi tipi di influenza che intercorrono tra la capogruppo e le controllate e individua altre definizioni di controllo presenti nella legislazione speciale. L'A. segnala, tra le altre, la legge sull'editoria (L. 5.8.1981, n. 416), la legge sul sistema radiotelevisivo pubblico e privato (L. 6.8.1990, n. 223), la legge antitrust (L. 10.10.1990, n. 287) e l'art. 93 del T.u.f. Si tratta per di più di un elenco meramente esemplificativo. Nello stesso senso anche P. SPADA, *Gruppi di società*, cit., p. 224 il quale afferma che «nel biennio 90/91, stando al linguaggio del legislatore, siamo passati da una condizione di vuoto, o quantomeno, di sottodisciplina dei collegamenti tra imprese ad una condizione di sovraregolamentazione».

²⁶³ Il riconoscimento di una partecipazione qualificata assumeva rilievo solamente ai fini dell'assoggettamento delle società coinvolte all'obbligo di redazione del bilancio consolidato (previsto dal D.Lgs. 9 aprile 1991, n. 127 sulla base di una nozione di controllo *più ampia* rispetto a quella dell'art.

maggiore frequenza ad occuparsi di problematiche attinenti ai gruppi di società, di riconoscerne l'esistenza e attribuirgli legittimazione.

2.1. La nozione di direzione unitaria: un dialogo tra la dottrina, la giurisprudenza e il legislatore.

Le difficoltà connesse al proliferare di molteplici nozioni di controllo e di collegamento, e l'inadeguatezza delle stesse ad individuare in modo puntuale la presenza di un'organizzazione societaria, hanno rappresentato lo spunto per la ricerca di criteri maggiormente «selettivi» che descrivessero il dato strutturale fondamentale della fattispecie del gruppo.

Abbandonando il concetto di *controllo*, inteso come situazione «potenziale» di esercizio di influenza dominante, parte della dottrina²⁶⁵ si rivolge all'*attività di direzione unitaria* intesa come necessario – seppur non automatico – sviluppo di quel mero rapporto di fatto tra le diverse società del gruppo. È l'esercizio dell'attività di direzione unitaria della società controllante, infatti, che porta le diverse società controllate al

2359 c.c.) e del divieto per la controllata di acquisire partecipazioni della controllante (art. 2359-*bis* c.c.). Oggi costituisce anche l'indice di presunzione dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento cui si ricollega la disciplina del Titolo IX, Libro V, c.c.

²⁶⁴ Cfr., in particolare, tra le pronunce che, a diversi fini, prendono atto delle peculiarità del fenomeno del gruppo di imprese: Cass. civ., 20.3.1968, n. 2215, cit., p. 223; Cass. civ., 2.4.1969, n. 1693, cit., p. 1948; Cass. civ., 20.10.1969, n. 907, cit., p. 1853; Cass. civ., 14.9.1976, n. 3150, cit., p. 220.

²⁶⁵ A. PAVONE LA ROSA, "Controllo" e "gruppo" nella fenomenologia dei collegamenti societari, in *Dir. fall.*, 1985, I, p. 10 ss.; ID, *Tipologia dei vincoli di «controllo» e dei «gruppi» societari*, in *Tratt. S.p.A.*, diretto da COLOMBO-PORTALE, Torino, 1991, p. 599; ID, *Gruppi di imprese e procedure concorsuali*, in *Giur. Comm.*, 2001, I, p. 565 il quale rimarca l'importanza ai fini dell'individuazione di un gruppo del requisito della "direzione unitaria" sostenendo che «il gruppo societario (...) presuppone, nella sua forma fisiologica, l'esistenza di un vincolo di "controllo" (...) l'esistenza del controllo però non necessariamente determina una aggregazione societaria di gruppo. Perché a questa si dia luogo, occorre che il governo esercitato dalla controllante investa l'attività gestoria delle entità collegate (...) solo quando, in dimensioni e forme che possono variare da caso a caso, generali programmi organizzativi e scelte gestionali di fondo vengono adottati e decisi a livello dell'organo gestorio della capogruppo». Anche F. GALGANO, *I gruppi di società*, in *Le società*, Torino, 2001, p. 52 sostiene che «la direzione unitaria sia un estremo del concetto di gruppo ulteriore rispetto al controllo, azionario o contrattuale che sia, e qualificabile in termini di *effettività* di quell'influenza dominante che il controllo rende solo potenziale». Negli stessi termini anche G. ROSSI, *Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo da risolvere*, cit. p. 1138 «il concetto di controllo deve allora essere sostituito (...) da quello di direzione unitaria (...). Direzione unitaria che, contrariamente al controllo, si presenta come *influenza extrassembleare*, di coordinamento amministrativo e finanziario, di controllo gestionale interno, insomma di attività di governo continua e non saltuaria, con tutte le sfumature, dimensioni e intensità che essa può assumere». Per una soluzione opposta cfr., P. MONTALENTI, *Gruppi e conflitto di interessi nella riforma del diritto societario*, in *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, cit., p. 629: «come è noto aperto è il contrasto tra chi ritiene, come chi scrive, che il controllo sia elemento necessario e sufficiente perchè possa individuarsi il gruppo e chi, invece, reputa necessaria – anche nell'attuale sistema normativo – la sussistenza dell'ulteriore elemento della direzione unitaria».

perseguimento di scopi comuni ed alla coordinazione dell'agire secondo una logica di gruppo.

Secondo alcuni Autori (anche se l'interpretazione sul punto è tutt'altro che pacifica) siffatta interpretazione teorica troverebbe un appiglio di diritto positivo nell'art. 3 co. 10 L. 95/1979, introdotto dalla L. 430/1986 sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (nota come "legge Prodi") e modificato da ultimo dal D.Lgs. 8 luglio 1990, n. 270 art. 90²⁶⁶.

L'intervento è significativo poiché – pur in una norma di carattere settoriale²⁶⁷ – per la prima volta viene preso in considerazione, accanto al *controllo*, anche il concetto di *direzione unitaria* quale elemento indicatore della presenza di un gruppo di società²⁶⁸.

Nel solco tracciato da tale previsione normativa si inserisce anche la disciplina del gruppo bancario contenuta negli artt. 59 ss. del Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 359 che sostituisce quella introdotta dall'art. 5 della L. 30 luglio 1990 n. 218 c.d. "legge Amato" e dal Titolo VII del D.Lgs. 20 novembre 1990 n. 356).

Si tratta di un'innovazione senza precedenti nella legislazione italiana²⁶⁹ in quanto – sebbene anche in questo caso si tratti di una norma di settore – il gruppo (bancario)

²⁶⁶ Art. 3 co. 10 L. 1979 n. 95: «nei casi di società collegate (...), ove si verifichi l'ipotesi di una direzione unitaria, gli amministratori delle società che hanno esercitato tale direzione rispondono in solido con gli amministratori delle società in amministrazione straordinaria dei danni da questi cagionati alla società stessa».

Art. 90 D.Lgs. 8 luglio 1990, n. 270: «nei casi di direzione unitaria delle imprese di gruppo, gli amministratori delle società che hanno abusato di tale direzione rispondono in solido con gli amministratori della società dichiarata insolvente dei danni da questi cagionati alla società stessa in conseguenza delle direttive impartite».

²⁶⁷ Sul punto A. MAFFEI ALBERTI, in *Le nuove leggi civili comm.*, Padova, 1979, p. 755 rileva che la legge in questione «tende a disciplinare un aspetto della problematica del gruppo che non è affatto legato alle esigenze della procedura di amministrazione straordinaria, ma ha rilevanza generale». Nonostante il principio qui sancito trovi dei riferimenti sul piano del diritto comparato nell'*Aktiengesetz* tedesca del 1965 e nei progetti comunitari di statuto della società per azioni europea e di VII Direttiva N. GASPERONI, *Grandi imprese in crisi e amministrazione straordinaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, p. 17 sostiene che «mentre in quei testi legislativi la regola viene inserita in una disciplina, appunto, di carattere generale, qui si tratterebbe del *trapianto tout-court* di una singola norma innovatrice (...) estrapolata da un sistema giuridico estraneo al nostro ordinamento positivo», donde l'impossibilità di attribuire un significato di portata generale.

²⁶⁸ Per un'analisi dettagliata della norma e della natura della responsabilità degli amministratori, nonché la possibilità di estendere la responsabilità alla controllante: P. G. JAEGER, *La responsabilità solidale degli amministratori della capogruppo nella legge sull'amministrazione straordinaria*, in AA.VV., *Disciplina giuridica del gruppo di imprese*, Atti del Convegno di studi svoltosi a Bellagio nei giorni 19-20 giugno 1982, Milano, 1982, p. 87 ss.

²⁶⁹ In questi termini B. LIBONATI, *La responsabilità nel gruppo*, in *Riv. Dir. comm.*, 1995, I, p. 587.

assume per la prima volta un' autonoma fisionomia²⁷⁰ rispetto alle singole società che ne fanno parte.

Inoltre, l'art 61 co. 4 T.u.b.²⁷¹ attribuisce alla *holding* un particolare potere di indirizzo caratterizzato dall'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, a cui corrisponde un dovere degli amministratori delle controllate, in presenza di determinati requisiti, di uniformarsi. Sono previste anche, a norma dello stesso articolo, precise responsabilità nei confronti della Banca d'Italia nel caso di gravi inadempienze da parte della *holding* nell'esercizio di tale potere.

In relazione a tale normativa ci si è chiesti se la legittimazione all'esercizio di un'attività di direzione e coordinamento esprima una relazione di potere in termini generici oppure sia circoscritta solamente ed esclusivamente ai gruppi bancari.

Alcuni Autori hanno sostenuto che l'intervento normativo, volto ad attribuire un potere direzionale della capogruppo, non si debba limitare al gruppo creditizio ma costituisca una prerogativa essenziale delle società *holding*. L'innovazione comporterebbe un mutamento tale dei rapporti tra le società facenti parte del gruppo da imporre un necessario adeguamento – secondo una prospettiva generale – sia delle problematiche attinenti alla responsabilità degli amministratori e dei sindaci (tanto delle controllanti quanto delle controllate) che quelle attinenti all'autonomia gestionale delle singole entità, e, infine, sarebbero da rivalutare le ipotesi di conflitto di interessi alla luce dell'esplicito riconoscimento normativo dell'interesse di gruppo²⁷².

Di contro, è stato sottolineato come la doverosità delle direttive della capogruppo nel settore bancario non consegua al riconoscimento di un vincolo giuridico derivante

²⁷⁰ L'art. 64 del D.Lgs. 1° settembre 1993 n. 359 del Testo unico in materia bancaria e creditizia prevede che i gruppi bancari vengano iscritti in un apposito Albo tenuto dalla Banca d'Italia nel quale devono essere comunicati esistenza e composizione del gruppo.

²⁷¹ L'Art. 61 co. 4 del D.Lgs. 1° settembre 1993 n. 359 del Testo unico in materia bancaria e creditizia recita: «*La capogruppo, nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, emana disposizioni alle componenti del gruppo per la esecuzione delle istruzioni impartite dalla Banca d'Italia nell'interesse della stabilità del gruppo. Gli amministratori delle società del gruppo sono tenuti a fornire ogni dato e informazione per la emanazione delle disposizioni e la necessaria collaborazione per il rispetto sulla vigilanza consolidata*».

²⁷² Svolge tali considerazioni B. LIBONATI, *La responsabilità nel gruppo*, in *Riv. Dir. comm.*, 1995, I, pp. 591 ss. il quale afferma che «se è riconosciuto all'amministratore della *holding* il potere di esercitare l'attività di direzione e coordinamento sulle società del gruppo, quel potere si qualifica come un momento naturale delle sue funzioni tipiche, appunto di amministratore della capogruppo (...) potere-dovere che è tenuto ad esercitare con la diligenza del mandatario. Ne discende *a)* che l'amministratore della capogruppo sarà responsabile (anche) per il mancato esercizio dell'attività di direzione e di coordinamento del gruppo, e *b)* che tale responsabilità ha natura contrattuale (...)». Argomentazioni simili vengono svolte in relazione all'amministratore della controllata le cui funzioni e responsabilità vanno rilette alla luce della nuova normativa.

dall'esercizio della direzione unitaria ma, piuttosto, all'efficacia vincolante delle disposizioni emanate dalla Banca d'Italia²⁷³.

Pertanto non sarebbe corretto rivedere, esclusivamente sulla base di tale disciplina, i rapporti che intercorrono tra la *holding* e le controllate, la natura della responsabilità degli amministratori, il concetto di conflitto di interessi e quello di interesse di gruppo. Tuttavia la disciplina dei gruppi bancari risulta essere di grande importanza in quanto è proprio in tale materia che il legislatore, anche penale, comincia a prendere atto delle diverse patologie derivanti da questo tipo di organizzazione imprenditoriale e detta una disciplina incentrata non esclusivamente sui divieti, ma anche su misure atte a garantire la trasparenza e i rapporti infragruppo.

Di fondamentale importanza, infine, è il recepimento di tale prospettiva anche da parte della giurisprudenza della Corte di Cassazione nella sentenza sul fallimento Caltagirone²⁷⁴, ove i giudici di legittimità, reputando il controllo un indice meramente potenziale di esercizio di influenza dominante, accertano la sussistenza – come requisito necessario (affinché si possa parlare di gruppo) – di un effettivo esercizio dell'attività di direzione unitaria di cui il controllo risulta essere un mero indice.

L'impostazione della Suprema Corte è particolarmente interessante in quanto consente di ancorare la qualificazione del gruppo ad un concetto (la direzione unitaria) utilizzabile tanto nella dimensione *fisiologica* quanto nell'aspetto *patologico* dell'attività del gruppo stesso.

²⁷³ F. GALGANO, *Il regolamento di gruppo nei gruppi bancari*, in *Banca, Borsa e tit. cred.*, 2005, p. 93 rileva che «in questa particolare materia le controllate sono certamente vincolate alle direttive trasmesse dalla capogruppo. Ma il vincolo non deriva da un potere di direttiva della capogruppo; deriva, invece, dalla efficacia vincolante di cui sono dotate le istruzioni della Banca d'Italia ricevute dalla capogruppo e da questa inoltrate, con le dovute specificazioni, alle singole componenti del gruppo. Fuori da questo ambito, il gruppo bancario non differisce in nulla da qualsiasi altro gruppo societario».

²⁷⁴ In questi termini Cass. civ., Sez I, 26 febbraio 1990, n. 1439, Caltagirone G. e altri c. Fall. Caltagirone, cit., p. 622 ove si afferma che la direzione unitaria e l'autonomia formale delle società facenti parte del gruppo costituiscono gli aspetti caratterizzanti del fenomeno del gruppo: «con la *direzione unitaria* si consegue il risultato di imprimere unità di indirizzo e di azione alle diverse imprese aggregate; con l'autonomia formale si persegue il vantaggio di conferire all'organismo economico, unitariamente considerato, flessibilità strutturale e delimitazione dei rischi. La direzione unitaria si differenzia dal semplice controllo, in quanto quest'ultimo costituisce una situazione potenziale di esercizio di influenza dominante, mentre per l'esistenza del gruppo è necessario l'esercizio effettivo di detta potenzialità. Inoltre la direzione unitaria del gruppo, ancorchè alla sua base vi sia il controllo, si evolve rispetto ad esso con una diversificazione qualitativa, se non altro perché il controllo è un fenomeno che può riguardare un'unica controllante e un'unica controllata, mentre la direzione unitaria del gruppo ha come caratteristica essenziale la pluralità delle controllate, coordinate dall'unica controllante in un'organizzazione imprenditoriale complessa (dal punto di vista economico)».

Anche il diritto comparato fornisce ulteriori argomenti a sostegno della bontà del criterio. Infatti, allorchè è stato necessario approfondire il fenomeno dei gruppi societari ed offrire un'organica disciplina legislativa, anche altri ordinamenti hanno identificato nella *direzione unitaria* l'elemento caratterizzante il fenomeno. In particolare ci si riferisce alla legge azionaria tedesca del 1965 che prevede al § 291 *AktG* tramite la stipulazione di un apposito «contratto di dominio» di assoggettare l'impresa dominata alla propria direzione impartendole – nel superiore interesse del gruppo o della stessa dominante – istruzioni e ordini che possono legittimamente comportare anche conseguenze pregiudizievoli per la dominata; e riconosce al § 18 *AktG* la legittimità dei gruppi di fatto assumendo come essenziale criterio di identificazione del gruppo l'elemento della *direzione unitaria*.

3. Il gruppo di società.

L'analisi svolta conferma come l'elemento caratterizzante del gruppo debba essere individuato nell'*attività di direzione unitaria*.

Questa distingue il momento in cui il potenziale esercizio di influenza dominante, incardinato sul controllo e dipendente dal possesso azionario o da un rapporto contrattuale, si concretizza divenendo effettivo esercizio

«di dominio extrassembleare dispiegandosi in attività che si identificano non solo con l'imposizione di linee strategiche generali nella gestione dell'impresa, ma più specificamente nella creazione di un'unica tesoreria di gruppo, nella pianificazione fiscale unitaria, in procedure interne, spesso realizzate attraverso comitati variamente definiti e ai quali partecipano in veste diversa coloro che di fatto hanno il governo dell'impresa»²⁷⁵.

Le singole società controllate, formalmente autonome e indipendenti, vengono assoggettate alla direzione e al coordinamento della *holding* che in questo modo riconduce la mera aggregazione societaria in un unico gruppo²⁷⁶.

²⁷⁵ G. ROSSI, *Il fenomeno dei gruppi e il diritto societario: un nodo da risolvere*, cit., p. 1139.

²⁷⁶ F. GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, cit., p. 1020 definisce la *holding* come «l'entità che, in forza della propria partecipazione di controllo, di diritto o di fatto, o in forza di particolari vincoli contrattuali, esercita su una o più società l'attività di direzione e coordinamento, ponendosi così a capo di un gruppo di società». In senso analogo anche Cass. civ., Sez I, 26 febbraio 1990, n. 1439, Caltagirone G. e altri c. Fall. Caltagirone, cit., p. 622.

Questo, pur non essendo un'entità a sé stante rispetto alle singole società che ne fanno parte, si pone come un centro di interessi unitario che applica una "politica" comune perseguendo "interessi" che spesso trascendono anche le diverse componenti.

Nella realtà dei fatti, l'autonomia delle singole società "impallidisce" e gli amministratori di queste sono spesso condizionati da decisioni prese dalla controllante²⁷⁷, con gravi problemi allorché l'interesse del "gruppo" si ponga in contrasto con quello della società che vi appartiene²⁷⁸. Problemi ulteriormente acuiti quando la capogruppo non possieda la totalità del capitale della controllata, e la presenza di soci estranei al gruppo di controllo manifesti esigenze e aspettative diverse.

In ultima istanza, si tratta di ricercare un equilibrio tra due interessi differenti seppur entrambi meritevoli di tutela: da un lato, lasciare alla *holding* una libertà di movimento tale da consentirle di attuare le politiche di gruppo (riconosciute, generalmente, come idonee a sviluppare la produttività del gruppo); dall'altro, evitare che tale libertà si sostanzi in una prevaricazione delle minoranze tramite interferenze abusive che rischiano di ridurre le società dipendenti a mero strumento delle società dominanti²⁷⁹.

L'equilibrio, secondo alcuni, andrebbe ricercato negli strumenti del diritto societario c.d. classico²⁸⁰ mentre, per altri, richiederebbe un vero e proprio intervento normativo che introduca uno speciale statuto dell'impresa operante in forma di gruppo²⁸¹.

La soluzione adottata dal legislatore della riforma, pur necessitando di essere precisata dall'interpretazione dottrinale e dalla prassi giurisprudenziale, sembra seguire la strada

²⁷⁷ A. MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, cit., 1986, p. 737 afferma che «nelle società dominate la indipendenza degli amministratori non esiste, o soffre limitazioni tali da renderla solo mera parvenza; e che l'interesse sociale, formalmente rispettato, è continuamente eroso nel quadro più vasto dell'interesse del gruppo di appartenenza. Piaccia o non piaccia, lo si dica sottovoce o apertamente, ci sia o no una disciplina dei gruppi, la verità è che *oggi esistono società a sovranità limitata*; società che vivono di vita riflessa e della controllante seguono l'ascesa e il declino; società "alieni iuris"; società che fanno parte per usare il linguaggio brutale della stampa e della borsa, di una "scuderia"».

²⁷⁸ Problemi che, in parte, sono stati evidenziati *supra* al paragrafo 1.2., e che possono essere individuati in diversi ambiti: le garanzie infragruppo, il trasferimento di risorse all'interno del gruppo, la validità dei relativi negozi e la compatibilità con l'oggetto sociale delle singole aggregate, il conflitto di interessi, la tutela dei creditori e dei soci "esterni" etc.

²⁷⁹ A. MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, cit., 1986, p. 731.

²⁸⁰ Ci si riferisce specialmente alla disciplina del conflitto di interessi di cui al vecchio art. 2631 c.c. ed alle limitazioni gravanti sugli amministratori i quali, secondo quanto sancito dagli artt. 2384 e 2384-bis c.c., hanno il dovere di deliberare esclusivamente quelle operazioni che hanno lo scopo di perseguire l'oggetto sociale e che, di conseguenza, siano a questo riconducibili.

²⁸¹ Fra gli altri ritiene necessaria una regolamentazione F. D'ALESSANDRO, *Da i «battelli del Reno» alle «navi vichinghe»*, cit., p. 50 ove afferma: «pure, questo nuovo statuto è necessario, giacché tutti o quasi tutti i classici problemi del diritto azionario assumono aspetti e configurazioni nuove sul terreno dei gruppi, ed esigono anch'esse regole nuove e diverse». Si interroga sulla possibilità di adattare, invece, gli strumenti del diritto societario classico P. ABBADESSA, *I gruppi di società nel diritto italiano*, cit., 95 ss.

di un riconoscimento dell'interesse di gruppo anche a pregiudizio delle singole società controllate, sempre che dal risultato complessivo derivi un vantaggio superiore o almeno non inferiore al pregiudizio subito.

4. I diversi tipi di gruppi.

Per meglio comprendere le dinamiche e le relazioni che caratterizzano le operazioni infragruppo occorre dar conto – seppur per cenni e senza pretesa di esaustività – dei diversi tipi di gruppo, strutturati dalla prassi imprenditoriale in modi differenti a seconda *del mercato* in cui operano, *delle dimensioni* che assumono o *dell'attività* che svolgono.

Emerge in primo luogo il *gruppo gerarchico* (o in senso verticale), caratterizzato dalla presenza di diverse imprese sottoposte al controllo diretto o indiretto di un unico vertice (persona fisica, soggetti che agiscono sistematicamente di concerto, società, ente pubblico o privato). Questo esercita la *direzione unitaria* in forma più o meno forte a seconda del grado di autonomia gestionale lasciato alle imprese controllate.

In funzione delle modalità di esercizio del controllo si può distinguere: il *gruppo radiale* (o a raggiera o stellare) quando tutte le imprese sono controllate direttamente dalla *holding*; il *gruppo a catena*, viceversa, se la capogruppo controlla direttamente una prima società che a sua volta ne controlla altre (può accadere anche che le due forme si mescolino tramite l'inserimento di *sub-holding*).

Altra distinzione può individuarsi sulla base della proprietà azionaria. Si avrà così un *gruppo piramidale* (o integrato) quando non si riscontrano partecipazioni reciproche e la *holding* posseda – al netto delle partecipazioni infragruppo – direttamente o indirettamente la totalità – o perlomeno la maggioranza – del capitale. Sul versante opposto si collocano i gruppi nei quali la *leva finanziaria* è più accentuata, con un maggior grado di separazione tra possesso e controllo per la massiccia presenza di soci esterni. Si ricorda, inoltre, che il titolare delle azioni può essere un soggetto pubblico o privato, donde rispettivamente gruppi *pubblici*²⁸² e *privati*.

²⁸² Il fenomeno non è da sottovalutare in quanto il nostro Paese è contraddistinto dalla particolare diffusione dei gruppi pubblici. Fra i tanti si ricordano ENI, Poste Italiane, Ferrovie dello Stato. La giurisprudenza commerciale sancisce la data di nascita del fenomeno negli anni '30 quando lo Stato ha costituito l'IRI per affidarle, onde superare la crisi economica mondiale, la gestione di molte società operanti nei più svariati settori. Negli anni '50 il fenomeno dell'azionariato pubblico trovò una prima

Dai gruppi gerarchici, strutturati sulla base del controllo, si distinguono i *gruppi associativi* (o in senso orizzontale) nei quali le imprese, appartenenti a diversi centri di controllo, operano in modo unitario perché legate da relazioni fiduciarie o contrattuali di lungo periodo, tendenzialmente paritetiche.

Può anche accadere che più gruppi gerarchici operino unitariamente sulla base di un accordo contrattuale dando vita ad un *gruppo conglomerato*.

Ulteriori distinzioni prendono a parametro di riferimento l'attività svolta tramite l'aggregazione societaria. Emergono, su tale base, i *gruppi industriali*, nei quali almeno due imprese industriali, giuridicamente distinte, sono soggette ad una direzione unitaria; i *gruppi bancari e creditizi*, caratterizzati da un particolare potere direttivo in capo alla *holding* cui corrisponde, in presenza di determinati requisiti, un vero e proprio vincolo giuridico per le controllate di uniformarsi; i *gruppi multisettoriali*, che svolgono contemporaneamente – tramite le controllate – attività diverse operando nei più svariati settori del mercato.

La struttura di gruppo è adottata, poi, non solo da realtà imprenditoriali di grosse dimensioni ma anche da quelle più piccole. Motivo per cui ci sono gruppi la cui attività è circoscritta esclusivamente all'interno di un Paese, gruppi maggiori che valicano i confini di uno Stato ed, infine, le multinazionali, strutturate su scala mondiale²⁸³.

Il dato che si ricava da tale analisi non è di difficile lettura: si tratta di un fenomeno (quello dei gruppi) multiforme e “magmatico”, in continua evoluzione e dalle mille sfaccettature. Si potrebbe sostenere che ogni gruppo fa “storia a sé” tante sono le differenze che intercorrono tra i diversi tipi che la realtà economica e imprenditoriale presenta al giurista.

Possono quindi comprendersi le ragioni per le quali il legislatore è stato a lungo restio nel disciplinare la fattispecie “gruppo”, conscio dei rischi di una eccessiva generalizzazione e del fatto che, sebbene nell'uso corrente si parli di gruppi di società in senso generico, la realtà sottostante è assai più multiforme e fluida.

regolamentazione nella L. 22 dicembre 1956 n. 1589, che affidò al nuovo Ministero delle partecipazioni statali la gestione di tali enti. Un ulteriore sviluppo del fenomeno si ravvisa nella disciplina delle privatizzazioni del 1992, allorchè gli enti pubblici sono stati trasformati in s.p.a. attribuendone le relative quote al Ministero del Tesoro.

²⁸³ Per un'analisi dettagliata sui diversi tipi di gruppo e per un approfondimento circa le ragioni che spingono le società ad organizzarsi secondo una struttura di gruppo e, all'interno di questa, le motivazioni per cui si adotta un modello piuttosto che un altro: L. CANNARI-C. GOLA, *La diffusione dei gruppi industriali in Italia*, cit., p. 1090 ss.

5. Il legislatore penale e i gruppi: alcune problematiche.

Prima di analizzare le conseguenze dell'esercizio dell'attività di impresa in forma aggregata in relazione al delitto di infedeltà patrimoniale – nell'ambito del quale per la prima volta si riconosce in modo espreso l'incidenza dei rapporti infragruppo – s'impone un sintetico *excursus* sull'emersione del fenomeno nell'esperienza penalistica. Come già sottolineato, il tema non può che essere esaminato in una prospettiva prettamente giurisprudenziale e dottrinarica, considerato il prolungato disinteresse del legislatore penale in materia.

Si può affermare, infatti, che, fatta esclusione per il settore bancario, l'ordinamento positivo è rimasto a lungo ancorato ad una visione atomistica delle società, senza tenere nel debito conto la nuova realtà imprenditoriale e i conseguenti condizionamenti.

Condizionamenti non di poco momento se si considera che, nel far parte del gruppo, la società si inserisce in un contesto ben più ampio, dal quale il giurista non può prescindere nel valutare le più svariate condotte ipotizzabili: di queste alcune potrebbero essere ritenute lecite seppur, considerate nella ristretta ottica del singolo ente, apparirebbero illecite, mentre altre, penalmente rilevanti laddove singolarmente considerate, potrebbero essere considerate corrette.

Come rilevato dalla dottrina, infatti, il fenomeno dei gruppi, sul versante penale, si presenta «bivalente», ossia come “*fattore di frode*” nel caso in cui, in nome di una politica di gruppo, le società controllate sono portate a compiere operazioni pregiudizievoli come ad esempio quando si verificano forme c.d. di vassallaggio o di spoliamento di singole società del gruppo, a favore di quest'ultimo o di altra società di esso, senza un adeguato corrispettivo per le prime. Al contrario può rilevare anche come “*fattore di giustificazione*”, allorché il pregiudizio conseguente ad una determinata operazione trovi adeguata contropartita nei molteplici rapporti intercorrenti tra le diverse società che del gruppo fanno parte, ossia in tutte quelle situazioni, nelle quali un comportamento – avente di per sé carattere di illiceità per la singola società nell'ambito della quale venga posto in essere, perché in contrasto con il perseguimento dell'interesse di essa – possa, in realtà, e quanto meno entro certi limiti, ritenersi

«scriminato» dalla presenza del gruppo, e dal vantaggio che tale società consegua comunque, in relazione alla propria appartenenza al gruppo medesimo²⁸⁴.

5.1. Le condotte infragruppo abusive nel sistema previgente all'art. 2634 c.c.: l'adattamento di norme "inadeguate" ad opera della dottrina e il riconoscimento del gruppo anche come fattore di giustificazione.

L'analisi deve procedere dal contesto normativo che ha dato modo alla dottrina e alla giurisprudenza di confrontarsi, in quell'ottica bivalente poc'anzi evidenziata, sul tema delle aggregazioni societarie. Infatti, in mancanza di una disciplina *ad hoc* del fenomeno, onde sanzionare eventuali abusi era necessario fare ricorso a tipologie *classiche* di illecito, che venivano applicate, con i dovuti adattamenti, anche nei casi in cui le operazioni procedessero da società appartenenti ad un gruppo. Le figure alle quali giurisprudenza e dottrina hanno maggiormente fatto ricorso sono appunto quelle sulle quali si è incentrato il dibattito: l'appropriazione indebita, le false comunicazioni sociali, la bancarotta fraudolenta e, soprattutto, il conflitto di interessi. Lo studio delle soluzioni emerse costituisce pertanto il necessario punto di partenza se si vuole comprendere appieno la nuova normativa.

In particolare l'art. 2631 c.c. – nella versione antecedente alla riforma del 2002 – ha dato modo di riflettere su come dovesse essere concepito il *conflitto di interessi* allorché la società partecipi ad un gruppo.

È questo uno dei temi che ha maggiormente evidenziato le carenze del diritto societario rispetto alla tematica dei gruppi poiché la disciplina in questione era stata pensata per far fronte a conflitti sporadici e occasionali²⁸⁵, in contesti nei quali l'autonomia delle singole società e l'indipendenza degli amministratori costituivano le premesse necessarie per una gestione delle risorse volta al perseguimento dell'interesse sociale.

²⁸⁴ Si esprime in questi termini G. M. FLICK, *Gruppi e monopolio, nelle nuove prospettive del diritto penale*, in *Riv. soc.*, 1988, p. 479.

²⁸⁵ F. D'ALESSANDRO, *Il diritto delle società da «i battelli del Reno» alle «navi vichinghe»*, cit., p. 48: «il conflitto di interesse avuto presente dal codice è invero una situazione episodica, occasionale, anzi addirittura e propriamente accidentale, che può determinarsi con riferimento ad uno specifico atto. Nei gruppi, per contro, il conflitto è o può essere un elemento per così dire istituzionale, sistematico, che non si limita ad investire incidentalmente questo o quell'atto, ma permea o può permeare, di sé l'intera attività. (...) Di fronte a siffatta dilatazione, quantitativa e qualitativa, del conflitto di interessi, gli strumenti del codice, pensati per il governo di tutt'altri problemi, sono, dicevo, sembrati appunto inadeguati, sia per difetto che per eccesso».

L'avvento dei gruppi rivoluziona lo stato dei fatti.

L'autonomia giuridica delle singole società (pur non direttamente posta in discussione) subisce gravi interferenze e gli amministratori, formalmente indipendenti, sono oggetto di continue pressioni da parte degli organi gestori della *holding* al fine di perseguire un interesse di gruppo trascendente la singola società.

Si pongono dunque all'interprete due problematiche che richiedono prese di posizione chiare.

Da un lato, la consapevolezza del fatto che il conflitto di interessi – all'interno dei raggruppamenti societari – è *endemico* e *sistematico* rende necessario definirne la portata per evitare le situazioni di incertezza che costringevano gli amministratori a ricorrere ad innumerevoli *escamotage* per non incorrere in responsabilità penali²⁸⁶.

Dall'altro, occorre far chiarezza sul concetto di interesse sociale²⁸⁷, così da consentirgli di continuare a costituire il punto di riferimento per gli amministratori nello svolgimento della loro attività, e per il giurista nell'individuare le condotte abusive in quanto perpetrate in spregio allo stesso.

L'art. 2631 c.c., sotto entrambi i profili, si presentava inadeguato e carente.

Inadeguato, poiché non era in grado di contemperare gli interessi delle diverse società coinvolte: «la direzione unitaria rischia di inciampare nell'ostacolo dell'art. 2631 c.c., la cui impostazione formalistica, di stampo *procedimentale*, mal si adatta all'obiettivo di una tutela realistica dell'interesse sociale»²⁸⁸. D'altra parte la dichiarazione del conflitto

²⁸⁶ A. MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, cit., p. 733 sostiene che la norma sul conflitto di interessi applicata in modo rigido e formale costringe ad «inutili comportamenti che mortificano le persone degli amministratori, ne diminuiscono la statura e ne appannano il prestigio, e li costringono a trasferire ad altri, sia pure solo formalmente, l'impegno e l'onore delle decisioni; abbassando le società a piccoli giochi per eludere la legge (...)».

²⁸⁷ Rileva A. MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, cit., p. 735 che risulta necessario, per le società di gruppo ridefinire il concetto di interesse sociale. L'A. sostiene che essendosi ampliato notevolmente lo scopo della società, – da sempre individuato nella produzione di utili da dividere tra i soci che partecipano all'attività in comune – sino a ricomprendervi anche il fatto di *profiter d'une économie* (secondo la dizione del legislatore francese L. 78/9 1974 che modifica l'art. 1832 *Code Napoléon*), comporta che «non si può non cambiare anche l'interesse sociale, che rappresenta l'adeguamento del mezzo allo scopo. Diventa così sempre più arduo individuare una nozione di interesse sociale. Da noi, già con il codice del 1942, l'interesse sociale si è arricchito di contenuti diversi (...) questa essendo la situazione reale, occorre individuare e ridefinire l'interesse sociale nei suoi nuovi atteggiamenti e contenuti: e allora occorre anche studiare gli interessi con i quali è possibile l'incontro o il componimento» tanto più che a norma della V Direttiva si sancisce che i membri degli organi di direzione e vigilanza «devono esercitare le loro funzioni nell'interesse della società, tenendo conto degli interessi degli azionisti e dei lavoratori».

²⁸⁸ C. PEDRAZZI, *Dal diritto penale delle società al diritto penale dei gruppi: un difficile percorso*, in AA.VV., *I gruppi di società*, vol. III, p. 1787, Milano, 1996 evidenzia come la norma non permetta di considerare la circostanza per cui le scelte degli amministratori debbano essere valutate e inquadrate alla

per il fatto di aver perseguito l'interesse del gruppo – in quanto reputato a priori un interesse extrasociale – rischiava di paralizzare l'attività gestoria impedendo qualsiasi operazione intragruppo²⁸⁹.

Carente, perché non consentiva «all'interprete di prendere in considerazione gli eventuali benefici che la società figlia potrebbe, in prospettiva, conseguire limitandosi a sanzionare la mancata astensione»²⁹⁰.

Le problematiche esaminate costituiscono la premessa di tre principali orientamenti interpretativi:

- a) alcuni²⁹¹, ponendo l'accento sull'autonomia della società, ritenevano che gli amministratori dovessero perseguire esclusivamente l'interesse sociale della stessa senza che questo potesse essere influenzato dalle politiche di gruppo;
- b) sul versante opposto si poneva chi²⁹², qualificando il gruppo come un'impresa unitaria, riteneva prevalente l'interesse di gruppo in quanto reputato il comune punto di equilibrio tra i diversi interessi delle singole società;
- c) in una posizione intermedia, infine, vi era chi²⁹³ riteneva necessario superare il formalismo delle teorie analizzate in una logica di tipo compensativo,

luce di un più ampio interesse comune, con la conseguenza rilevata da F. BRICOLA, *Lo statuto di impresa: profili penali e costituzionali*, in *Imprenditore e legge penale*, Ancona, 1985, p. 99 di «attribuire rilievo penale ad una forma di conflittualità per così dire *transitoria* (e del tutto apparente) in presenza di un interesse superiore di gruppo, del quale sia destinata a beneficiare la stessa società figlia».

²⁸⁹ L. FOFFANI, *Le infedeltà*, cit., p. 140 rileva in senso critico che «tanto equivarrebbe ad affermare, infatti, che a qualsivoglia deliberazione consiliare concernente l'assetto dei rapporti interni al gruppo, dovrebbe far seguito, quale conseguenza pressoché automatica, l'applicazione della normativa sul conflitto di interessi, con gli effetti paralizzanti che è facile prevedere». Nello stesso senso A. MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, cit., p. 732: «una norma sul conflitto di interessi (specie nella sua interpretazione più lata) vanifica gli scopi della formazione del gruppo, rende costantemente malsicure e pericolose le relazioni tra le società facentine parte, e, bloccando gli amministratori, impedisce o limita gravemente la libertà di movimento del complesso».

²⁹⁰ In questi termini G. ZUCALÀ, *Dei delitti di infedeltà degli organi verso la società*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1988, p. 149.

²⁹¹ In questo senso F. STELLA, *Profili penalistici del conflitto di interessi degli amministratori di società commerciali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p. 939; F. D'ALESSANDRO, *Il diritto delle società da «i battelli del Reno» alle «navi vichinghe»*, cit., p. 48 considera l'ingerenza della capogruppo «patologica» e l'appartenenza al gruppo della singola controllata come una circostanza giuridicamente irrilevante. Pertanto, nell'intento di tutelare i soci esterni al gruppo di controllo e i creditori sociali delle singole controllate, ritiene in conflitto qualsiasi operazione infragruppo che causi un depauperamento alla società.

²⁹² Sostiene tale impostazione P. MANGANO, *L'infedeltà patrimoniale degli amministratori nei gruppi di imprese*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1989, p. 1014.

²⁹³ Tra i tanti si veda in particolare P. MONTALENTI, *Conflitto di interessi nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, cit., p. 722 il quale, nel delineare i caratteri della c.d. clausola dei vantaggi compensativi, ha sostenuto che all'interno di un gruppo «i vantaggi devono dialetticamente confrontarsi con i sacrifici dei singoli membri». Nel senso di un necessario contemperamento degli interessi in gioco si è espresso anche A. MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, cit., p. 735 secondo il quale nel momento in cui «si entra in un mercato comune, si vuole fruire dei vantaggi: e questo comporta,

ammettendo una composizione dell'interesse sociale con l'interesse di gruppo, e la conseguente legittimità di operazioni economicamente svantaggiose se controbilanciate da altre in grado di riequilibrare il pregiudizio subito.

Peraltro – come sostenuto da Pedrazzi²⁹⁴ – si osservava come la tesi formalistica non fosse più compatibile con l'evoluzione della realtà economica e come, per contro, fosse necessario valutare, caso per caso, la compatibilità in termini di razionalità e coerenza fra l'interesse del gruppo, sottostante ad una determinata operazione, e l'interesse sociale della singola società controllata o dipendente.

«Altro è, infatti, perseguire una politica economica generale di gruppo, di medio e lungo termine, da cui ragionevolmente e fondatamente possa conseguire un vantaggio – anche in tempi diversi rispetto alla data di compimento dell'operazione – alla singola società controllata, che pure ha subito un pregiudizio immediato; altro è, invece, ipotizzare che, attraverso l'operazione pregiudizievole per la singola controllata, si sia in realtà perseguito un interesse extrasociale proprio del soggetto qualificato o del gruppo nel suo insieme, in contrasto con la controllata stessa: si pensi, ad esempio, a quelle forme di c.d. vassallaggio o di spoliazione di singole società del gruppo a favore di quest'ultimo o di altre società di esso»²⁹⁵.

Le c.d. politiche di gruppo emergono anche sotto il diverso profilo della responsabilità. Ci si è chiesti, infatti, in che misura i rapporti di controllo, quali esistono all'interno dei gruppi, possano influire sulle responsabilità penali degli amministratori delle singole società. In altre parole, ferme restando le regole sul concorso di persone nel reato, l'indagine è stata rivolta ad accertare se i rapporti di gruppo potessero agire nel senso di

come corrispettivo, taluni sacrifici»; pertanto andrebbe rivista la nozione di interesse sociale e anche quella «di pregiudizio va valutata non separatamente, ma confrontata dialetticamente con i vantaggi dell'appartenenza ad una comunità allargata». Anche altri autori riconoscono la legittimità delle operazioni che perseguono un interesse di gruppo pur configurando modelli diversi, più o meno attenuati, di compensazioni in favore della società pregiudicata. Alcuni sostengono legittime le politiche di gruppo a condizione che il risultante *surplus* venga equamente diviso tra tutte le società (G. SCOGNAMIGLIO, *Prospettive di tutela dei soci esterni nei gruppi di società*, cit., p. 420); altri richiedono un *contro bilanciamento* dell'operazione svantaggiosa tramite la stipulazione di altri contratti volti a ritrasferire i vantaggi economici dalla controllante alla controllata sacrificata (F. BONELLI, *Conflitto di interessi nei gruppi di società*, in *Riv. comm.*, 1992, I, p. 226); altri ancora (P. SPADA, *L'amministrazione delle società per azioni tra interesse sociale e interesse di gruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, p. 223) ritengono necessario, per l'operatività della compensazione, un indennizzo a favore della società danneggiata: indennizzo non accordabile successivamente alla deliberazione, ma che dovrebbe già essere stato corrisposto alla controllata, così da costituire elemento essenziale della deliberazione.

Nel senso che l'interesse del gruppo non necessariamente è in conflitto con quello delle controllate (non doveva essere ritenuto *a priori* un interesse extrasociale costantemente in conflitto con quello della singola società) si veda F. GALGANO, *L'oggetto della holding è, dunque, l'esercizio mediato e indiretto dell'impresa di gruppo*, cit., p. 403 ss.

²⁹⁴ C. PEDRAZZI, voce *Società commerciali (Disciplina penale)*, in *Dig. disc. Pen.*, vol. XIII, Torino, 1998, p. 381.

²⁹⁵ C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., p. 45.

escludere la punibilità e se la politica di gruppo potesse fungere da limite della fattispecie di reato²⁹⁶.

Sotto tale prospettiva, in relazione al delitto di appropriazione indebita di cui all'art. 646 c.p. ed in un'ottica sostanzialmente identica a quella delineata *supra* circa il conflitto di interessi, è stato evidenziato che:

«l'esistenza di un rapporto di controllo, di un legame di gruppo, può funzionare, prima ancora che si ponga un problema di «giustificazione», come limite *interno* della fattispecie di appropriazione indebita. L'operazione posta in essere dagli amministratori della società controllata vuole essere valutata in concreto, come episodio di gestione, tenendo conto della realtà rappresentata dalla solidarietà di gruppo e dei benefici che dall'appartenenza al gruppo possono ricavare le singole società. Il sacrificio affrontato dalla controllata nell'interesse della controllante va pertanto bilanciato con gli eventuali benefici che direttamente o indirettamente rifluiscono sulla controllata. Fino a quando il bilancio è positivo, fino a quando il sacrificio della controllata risulta adeguatamente compensato, viene meno la «materia prima» dell'appropriazione indebita»²⁹⁷.

Laddove, invece, il sacrificio richiesto alla controllata sia del tutto sproporzionato o addirittura privo di contropartite:

«potrà allora entrare in campo la politica di gruppo, ma come limite *esterno* della fattispecie, come scriminante di un comportamento di per sé conforme al tipo. L'istituto del consenso rappresenta, a mio avviso, il canale attraverso il quale la politica di gruppo può esercitare efficacia scriminante: ma a patto che il consenso emani dalla totalità del capitale»²⁹⁸.

Il problema di fondo, come evidenzia lo stesso Autore, è in sostanza un problema di disponibilità dell'interesse penalmente tutelato. A norma dell'art. 50 c.p. è necessario essere titolari del bene tutelato dalla norma incriminatrice per poter acconsentire a lesioni dello stesso.

Conseguentemente, la scriminante non potrà operare in altri reati, dove pure i rapporti infragruppo sono alla base di condotte potenzialmente illecite.

Immediatamente sovviene il delitto di false comunicazioni sociali (art. 2621 n. 1 c.c.), considerato «plurioffensivo»: il consenso non potrebbe scriminare falsità potenzialmente lesive, oltre che per la società e i soci, per i creditori, i terzi, il pubblico in generale. Altrettanto dicasi della bancarotta fraudolenta (art. 216 l. fall.), ove le condotte appropriative scriminate, in presenza del fallimento, si connotano come

²⁹⁶ In questi termini C. PEDRAZZI, *Gruppo di imprese e responsabilità penale*, in AA.VV., *Disciplina giuridica del gruppo di imprese*, Atti del Convegno di studi svoltosi a Bellagio nei giorni 19-20 giugno 1982, Milano, 1982, p. 157.

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 160.

²⁹⁸ *Ibidem*, pp. 160-161.

distrazioni non scriminabili in quanto la tutela concerne il patrimonio della controllata, non più considerato come bene di proprietà della controllante ma come garanzia dei creditori, e quindi indisponibile per la controllante. Considerazioni analoghe valgono per l'illegale ripartizione di utili (art. 2621 n. 2 c.c.) o per l'illegale restituzione di conferimenti (art. 2623 n. 2 c.c.).

5.2. La giurisprudenza e il fenomeno dei gruppi di società.

Mentre la dottrina si mostra particolarmente attenta nell'esaminare il fenomeno delle aggregazioni societarie ed, in particolare, le conseguenze che sul piano pratico derivano dall'adozione di tale modello organizzativo, la giurisprudenza, per lungo tempo, si è incentrata per lo più sulla capacità "criminogena" del gruppo.

Il giudice penale sembra prediligere e condividere «l'immagine del gruppo come "fattore di frode", piuttosto che come luogo di articolate e stratificate distribuzioni di competenze e responsabilità personali»²⁹⁹.

In tale ottica, ritenendo la *holding*, per tramite dei suoi amministratori, artefice di qualsiasi operazione infragruppo, la giurisprudenza è ricorsa, spesso, a svariati *escamotage* con l'intento di estendere la responsabilità al gruppo e ai suoi vertici.

Sotto questo angolo visuale il gruppo riacquista, per così dire, una certa unitarietà anche se questa viene riconosciuta solo per superare lo schermo protettivo dell'autonomia societaria a fini esclusivamente repressivi.

Il percorso logico è caratterizzato da un ampio ricorso a clausole estensive della responsabilità, quali gli artt. 40 e 110 c.p.

I rapporti tra la *holding* e le società del gruppo venivano giudicati, per lo più, alla stregua di mere condotte istigatorie cui conseguivano, di norma, semplici condotte esecutive. A tale vistosa distorsione della realtà si aggiungeva spesso anche una prassi procedimentale che si accontentava della mera consequenzialità senza nessuna prova effettiva in ordine all'esistenza di un contributo causale.

Addirittura, nell'ambito delle false comunicazioni si estendeva la responsabilità agli amministratori della capogruppo non solo per le falsità del bilancio consolidato derivanti dalle falsità dei singoli bilanci, ma si addebitavano anche le seconde,

²⁹⁹ E. SCARONIA, *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo di imprese*, cit., p. 57.

prescindendo totalmente dalla sussistenza di un concorso, sulla base di un generico obbligo di garanzia³⁰⁰.

Infine, all'indiscriminato abuso delle clausole di estensione della responsabilità e alla conseguente dilatazione della tipicità della fattispecie,

«si accompagnava costantemente lo svilimento dell'elemento soggettivo: la mancanza di controllo da parte degli organi sociali sull'operato altrui lungi dall'essere espressione di una negligenza penalmente irrilevante, costituisce al contrario un progressivo incremento di intensità del dolo, finendo in tal modo con il contrabbandare come dolo ciò che in realtà è soltanto un'applicazione non richiesta di una prevista responsabilità oggettiva per fatto altrui»³⁰¹.

Alcune precisazioni si rendono però necessarie in ordine al delitto di cui all'art. 2631 c.c. Pur in assenza di uniformità di vedute, si è pian piano affermata la posizione secondo la quale, in contrasto con la lettura formalistica, si ritiene necessario interpretare il conflitto in senso sostanziale riconoscendo come i «particolari rapporti che intercorrono tra i vari enti» possano, in un'ottica di vantaggi compensativi, escludere la sussistenza del reato.

In definitiva si può affermare che l'orientamento prevalente³⁰² rimane quello che considera i rapporti infragruppo secondo una visione atomistica: il “gruppo” non costituisce un autonomo soggetto di diritto o un centro di imputazione di rapporti giuridici diverso dalle singole società, e non può essere considerato portatore di un

³⁰⁰ In spregio a quanto sostenuto dalla dottrina che da tempo ha rilevato come «l'obbligo gravante sui redattori del bilancio consolidato è quello di una *rappresentazione di secondo grado*, sicchè il precetto della rappresentazione veritiera e corretta non implica di per sé una responsabilità dei redattori per le eventuali inesattezze dei dati trasmessi dalle singole imprese, bensì per la corretta utilizzazione ed elaborazione dei dati ricevuti»; F. GALGANO, *Ancora sul falso in bilancio consolidato*, in *Contr. Impr.*, 1997, p. 1017.

³⁰¹ E. SCARONIA, *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo di imprese*, cit., p. 57.

³⁰² Tra le altre Cass. pen., Sez. V; 20 febbraio 2001, Nardo, CED 218272, in *Cass. pen. mass. Ann.*, 2002, p. 354. Sul versante civile, Cass. civ., Sez. I, 2 maggio 1997 n. 3805, Gianesi c. Nuova Coi S.p.A., in *Giur. It.*, 1998, p. 727; Cass. civ., Sez. I, 13 febbraio 1992, n. 1759, Medio Credito Ligure e altro c. Fassio, in *Dir. fall.*, 1992, II, p. 685; Cass. civ., Sez. I, 8 maggio 1991, n. 5123, Accetti ed altro c. SIAC-Assicurazioni S.p.A., in *Riv. dir. comm.*, 1992, I, p. 2509. Si rileva come le pronunce citate non neghino, in linea teorica, la possibilità che più società organizzino l'attività nell'ottica di una politica unitaria di gruppo; rimarcano, però, trattarsi di un fenomeno di fatto, privo di conseguenze giuridiche sugli assetti degli interessi sociali delle singole imprese, non potendo trovare ingresso nell'ordinamento giuridico l'affermazione di un interesse della capogruppo o del gruppo stesso superiore a quello delle singole società controllate (va, peraltro, annotato in linea di fatto che i casi decisi riguardavano operazioni prive completamente di una logica compensativa nell'accezione oggi fornita dalla riforma e che, pertanto, imponevano una loro valutazione rigorosa e severa; ad esempio, ingiusti arricchimenti della controllante o depauperazioni ingiuste a danno delle controllate per effetto di finanziamenti senza ritorno e senza garanzia).

interesse autonomo, superiore e meritevole di ricevere tutela anche con sacrificio degli interessi delle singole società collegate³⁰³.

Si registrano però anche soluzioni di segno opposto³⁰⁴, ed altre, soprattutto sul versante civilistico, nelle quali incomincia ad emergere una logica di tipo compensativo³⁰⁵.

5.3. Il legislatore penale fa un “balzo” in avanti: il riconoscimento dei gruppi e il delitto di infedeltà patrimoniale.

Con la riforma operata dal D.Lgs. n. 61 del 2002 recante la “*disciplina degli illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali*” il legislatore penale, smentendo la sua proverbiale lentezza, compie un passo considerevole verso il generale riconoscimento del fenomeno dei gruppi – e la possibilità di perseguire politiche che trascendono l’interesse delle singole società in vista del raggiungimento di un più ampio interesse di gruppo – e prende posizione su alcune delle problematiche trattate poc’anzi. Il *modus procedendi* del legislatore è stato oggetto di pesanti critiche da gran parte della dottrina a causa di quella impropria funzione di *battistrada* assegnata al diritto penale³⁰⁶. Si è rilevato che sarebbe stato più opportuno intervenire prima sulla disciplina

³⁰³ In questa prospettiva Cass. pen., Sez. V, 3 maggio 1990, Grieco, CED 184219, in *Cass. pen.*, 1992, I, p. 307 afferma che «la punibilità sussiste anche nel caso che dalla delibera la società tragga vantaggio in quanto, a mente del co. 2 dello stesso art. 2631 c.c., il verificarsi del danno si configura come circostanza aggravante»; in senso conforme Cass. pen., Sez. V, 20 febbraio 2001, Nardo, cit., p. 354.

³⁰⁴ Cass. pen., Sez. III, 25 febbraio 1959, Sansonetti e Torrefa, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p. 939. Nella motivazione si afferma che il conflitto fra una società e il gruppo non deve essere valutato atomisticamente, ma nel collegamento della sinergia tra le varie componenti al punto che «la sfavorevole attuazione di un’operazione nell’ambito di una fra esse può costituire la contropartita di un più cospicuo o più concreto risultato, raggiunto in seno ad un’altra».

³⁰⁵ Cass. civ., Sez. I, 26 febbraio 1990, n. 1439, Caltagirone G. e altro c. Fall. Caltagirone., cit, p. 622.

³⁰⁶ N. ABBRIANI, *Riforma societaria e nuovo diritto penale commerciale*, in AA.VV., *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, cit., p. 231; R. ACQUAROLI, *Alcune osservazioni sul reato di infedeltà patrimoniale alla luce del nuovo diritto societario*, in AA.VV., *La riforma dei reati societari*, a cura di C. PIERGALLINI, Atti del seminario, Macerata 21 marzo 2003, Milano, 2004, p. 182; P. ALDROVANDI, *Art. 2634 c.c.*, in *I nuovi reati societari (Commentario al decreto legislativo 11 aprile 2002, n. 61)* a cura di A. LANZI-A. CADOPPI, Padova, 2007, p. 180; A. ALESSANDRI, *Alcune considerazioni generali sulla riforma*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società. D.Lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, Milano, 2003, p. 12; ID, *Il ruolo del danno patrimoniale nei nuovi reati societari*, in *Le Società*, 2002, p. 802; O. CUSTODERO, *Osservazioni sulla disciplina penale degli abusi di gestione nel gruppo di società*, in *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, 1995, p. 1121 rileva che sarebbe stato opportuno creare «a monte gli imprescindibili punti di riferimento per l’eventuale, ulteriore risposta di pertinenza del settore penale dell’ordinamento»; E. MEZZETTI, *L’infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario*, cit., p. 235; L. FOFFANI, *Art. 2634 c.c.*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. PALAZZO-C.E.PALIERO, 2° ed., Padova, 2007, p. 2518 ss. In questo senso anche Cass. pen., 18 novembre 2004, in *Riv. pen.*, 2005, p. 820 e 2006. p. 136 afferma che «l’impropria antecedente temporale accordata alla riforma delle norme penali societarie rispetto a quella delle norme

sostanziale, all'epoca ancora in fase di gestazione, e solo in seguito, su una base chiara, individuare le condotte meritevoli di intervento repressivo anche sotto il profilo penale³⁰⁷.

Il legislatore ha ritenuto opportuno mantenersi ancorato alla tradizionale ottica di una disciplina frammentaria e poco invasiva, e ciò da un lato scoraggia dal ricercare nella novella elementi di significativa novità, mentre dall'altro mette in guardia circa la possibile – e di fatto confermata – esistenza di discrasie tra la disciplina civilistica e quella penalistica, che la dottrina vuole autonoma ma non certo del tutto aliena dal suo presupposto sostanziale³⁰⁸.

Diverse disposizioni considerano il fenomeno dei gruppi³⁰⁹, seppur la novità di maggior rilievo è da individuare nella fattispecie – *di nuovo conio* – di infedeltà patrimoniale nella quale (co. 3) si prevede non essere “*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*”³¹⁰.

civili si è (...) risolta, di fatto, in una afasia contenutistica, in quanto anche l'art. 2634 co. 3 c.c. evoca il concetto di “gruppo” senza definirlo.

³⁰⁷ Come rileva A. ALESSANDRI, *Alcune considerazioni generali sulla riforma*, cit., p. 12 «abbiamo dunque una parte penalistica, tipicamente di estremo presidio, che è stata eretta prima che fosse edificata la nuova cittadella da difendere. (...) Un diritto penale societario senza un “diritto societario”, o con uno già “licenziato” da un legislatore affaccendato a confezionare il suo sostituto, è davvero singolare».

³⁰⁸ Così A. ALESSANDRI, *Alcune considerazioni generali sulla riforma*, cit., p. 13; negli stessi termini E. SCARONIA, *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo di imprese*, cit., p. 63-64.

³⁰⁹ Tra gli articoli che si riferiscono espressamente al fenomeno dei gruppi si vedano gli artt. 2621 e 2622 c.c. i quali prevedono rispettivamente i reati di “*False comunicazioni sociali*” e “*False comunicazioni sociali in danno della società dei soci o dei creditori*”, individuando l'oggetto sul quale deve ricadere la falsità nella «situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene».

³¹⁰ In realtà non si tratta di un'innovazione in termini assoluti – ma esclusivamente sul piano giuspositivo – in quanto i precedenti progetti in tema di infedeltà patrimoniale prevedevano una clausola limitativa della responsabilità in riferimento al fenomeno dei gruppi di società. Nel tempo si rinvennero: a) l'art. 112 n. 2 del 1992 c.d. Progetto Pagliaro che, nel regolamentare la fattispecie di infedeltà patrimoniale, specificava non essere «*ingiusto il profitto dell'impresa collegata, ove questo sia compensato dai riflessi favorevoli per l'impresa per il cui conto l'atto è compiuto*»; b) l'art. 10 lett. a) n. 12 dello schema di disegno di legge delega per la riforma del diritto societario, c.d. Progetto Mirone, che prevedeva di «(...) *specificare che non si considera ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo se esso è compensato da vantaggi, anche se soltanto ragionevolmente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo*». La Relazione al Progetto (leggibile in *Riv. soc.*, 2000, p. 25 ss.) specificava poi che la scelta era diretta a perseguire l'obiettivo di «*evitare che la fattispecie si presti a qualificare penalmente, in situazione di conflitto “formale” tra società del medesimo gruppo, operazioni che, isolatamente considerate, avvantaggino l'una società ai danni dell'altra, ma si inseriscano in un panorama di scambi intragruppo, anche in fieri, idonei ad assicurare in prospettiva un complessivo riequilibrio di rapporti*»; c) l'art. 11 lett. a) n. 12 della legge delega n. 366/2001, dal quale deriva la formulazione in esame, laddove richiede che nella previsione del nuovo delitto di infedeltà patrimoniale – nella parte riguardante i gruppi – il legislatore delegato dovrà «*specificare che non si considera ingiusto*

Da tale dizione si evince come il legislatore, cosciente del fatto che ormai «il mondo societario non è più popolato da monadi isolate, ma vive di realtà complesse che interagiscono tra loro»³¹¹, prende posizione, in una dimensione sostanziale dell'illecito, sul “bivalente” fenomeno dei gruppi nel versante penale.

Sembra essersi voluto creare «spazi di liceità» per le operazioni intragruppo – il che alla luce della storia della fattispecie appare del tutto condivisibile – al fine di discernere tra comportamenti solo formalmente anomali, e dunque leciti, e comportamenti effettivamente lesivi di interessi meritevoli di tutela, e quindi penalmente rilevanti³¹².

In altre parole

«l'intento del legislatore è quello di fornire all'interprete un'espressa indicazione in merito alla liceità di operazioni infragruppo che, pur contingentemente dannose per la singola società, si possano in prospettiva risolvere in un vantaggio per la stessa nell'ottica dell'appartenenza ad una medesima entità economica»³¹³.

La lettura del capoverso suscita due ordini di considerazioni: la prima riguarda l'omissione, da parte del legislatore, di una nozione di gruppo³¹⁴; la seconda, sempre in chiave negativa, è volta a rilevare come si sia persa

«l'occasione di introdurre una clausola generale di esclusione della punibilità riferibile a tutti i reati astrattamente rilevanti nel contesto del gruppo: la scelta compiuta di limitare all'ipotesi di infedeltà l'operatività della clausola in esame svisciva il significato del riconoscimento in via generale della tendenziale legittimità del gruppo e dell'esigenza di tener conto, in tale prospettiva, delle peculiari dinamiche dei rapporti tra le società che lo

il profitto della società collegata o del gruppo, se esso è compensato da vantaggi, anche se soltanto ragionevolmente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo».

³¹¹ E. SCARONIA, *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo di imprese*, cit., p. 67.

³¹² In questi termini C. PEDRAZZI, *In memoria del “falso in bilancio”*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 1373.

³¹³ E. SCARONIA, *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo di imprese*, cit., p. 67; anche C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., p. 42 rileva come il legislatore intenda evitare (in un contesto in cui il conflitto di interessi assume i caratteri dell'ordinarietà) che «la risposta punitiva possa scattare in presenza di un mero atto di disposizione che, singolarmente considerato, appaia dannoso per una delle società del gruppo e vantaggioso per l'altra, ma che, nell'ambito di una più generale e reale visione d'insieme, si innesti in un complesso di scambi che assicurino il sostanziale riequilibrio interno dei rapporti».

³¹⁴ Diversi Autori osservano come prevedere una nozione di gruppo polivalente nei vari rami dell'ordinamento sia, oltre che estremamente difficile, probabilmente anche inutile. G. ROSSI, *Il fenomeno dei gruppi e il diritto societario: un nodo da risolvere*, cit., p. 1132 afferma che «non può sfuggire l'estrema difficoltà di ridurre a modello unitario una realtà che si mostra così magmatica e multiforme, sicché tale tentativo può risultare opera non soltanto inutile, ma fors'anche completamente fallace e velleitaria». P. G. JAEGER, *La responsabilità solidale degli amministratori della capogruppo nella legge sull'amministrazione straordinaria*, in AA.VV., *Disciplina giuridica del gruppo di imprese*, Atti del Convegno di studi svoltosi a Bellagio nei giorni 19-20 giugno 1982, Milano, 1982, p. 88 secondo cui «la delineazione di un «sistema generale» dei «gruppi di società» non sia auspicabile, perché postulerebbe la *reductio ad unum* di fenomeni molto diversi, che si riferiscono a situazioni di interessi in conflitto articolate e contraddittorie».

compongono, traducendosi nel contempo in una lesione del principio di ragionevolezza che rischia di dar luogo a non poche incertezze interpretative»³¹⁵.

Incertezze interpretative che non hanno tardato a manifestarsi: sebbene possa condividersi l'orientamento che riconosce l'applicabilità della clausola anche alle fattispecie con essa strutturalmente compatibili³¹⁶, non può neppure negarsi – come fosse ingiustificata – la perplessità di chi, in mancanza di una previsione generale in tal senso, non ne ammette l'estensione. Infatti, mentre il delitto di infedeltà patrimoniale tutela il patrimonio sociale, nei reati fallimentari si affacciano interessi di natura parapubblicistica e indisponibile, come la tutela dei creditori sociali, e questi ultimi hanno diritto a non veder depauperato il patrimonio della società, a norma dell'art. 2740 c.c. finalizzato al soddisfacimento dei loro interessi, da operazioni infragruppo a favore di collegate od *holding*.

Sulla base di tali considerazioni parte della dottrina ha auspicato l'introduzione di una clausola generale di esclusione della responsabilità, o almeno una specifica disposizione riferita ai reati fallimentari (così da potersi tener conto del peculiare quadro di riferimento), accompagnata da una disciplina che sul piano sostanziale assicuri adeguata tutela dei creditori sociali³¹⁷.

Infatti, si prosegue,

«è proprio nelle situazioni di difficoltà che l'esigenza di considerare il fenomeno imprenditoriale in termini unitari e complessivi si fa più urgente: è in tali occasioni infatti che la situazione di difficoltà nella quale versano una società, o talune società, del "gruppo", può essere superata facendo ricorso alle risorse economiche, finanziarie e patrimoniali espresse dalle altre società, e consentire di salvare delle realtà imprenditoriali

³¹⁵ Il rilievo è di E. SCARONIA, *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo di imprese*, cit., pp. 70-71.

³¹⁶ Ci si riferisce in particolare alla bancarotta fraudolenta impropria e alla bancarotta semplice impropria societaria, di cui all'art. 223 l. fall. commi 1 e 2, nei quali non è manifestata, da parte del legislatore, alcuna attenzione per meccanismi di esonero della responsabilità sulla falsariga di quelli descritti dall'art. 2634 co. 3 c.c. Peraltro si rileva come attualmente, in seguito all'inquadramento in termini funzionali piuttosto che formali dei soggetti attivi, la disciplina possa essere estesa, pacificamente, anche al gruppo. Per un'analisi più dettagliata circa l'esportabilità della clausola di esonero di cui all'art. 2634 c.c. si veda *supra* cap. I ult. par.

³¹⁷ Occorre contemperare due esigenze: permettere alla capogruppo di intervenire, tramite l'attività di direzione e coordinamento, anche in una situazione di crisi delle società controllate, senza il rischio che le operazioni poste in essere vengano considerate alla stregua di operazioni penalmente rilevanti e, allo stesso tempo, garantire ai creditori una tutela efficace. Tutela che, a detta di alcuni, non sarebbe prestata dalla disposizione di cui all'art. 2497 c.c. a causa delle insormontabili difficoltà probatorie. Svolge tali argomentazioni E. SCARONIA, *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo di imprese*, cit., p. 74. Per un'analisi della disciplina civilistica si veda *infra* par. 6 ss.

che, se non fossero inserite in una realtà di “gruppo”, sarebbero destinate al fallimento, per insufficienza delle loro forze *individuali* a cavarle dalla situazione di crisi»³¹⁸.

E ciò, attualmente, non avviene praticamente mai perché la disciplina delle responsabilità per attività di direzione e coordinamento di società, come introdotta dalla riforma del diritto societario, «*presa in sé e per sé può costituire un grave deterrente alla assunzione di iniziative tese a fronteggiare situazioni di crisi presentate da realtà imprenditoriali organizzate in forma di gruppo*»³¹⁹.

Accade di frequente, infatti, che la *holding*, per evitare di incorrere in responsabilità, ometta di compiere tutti quegli atti che potrebbero permettere alla controllata di uscire dalla situazione di dissesto poiché il prezzo da pagare in caso di esito negativo sarebbe eccessivamente alto.

In linea con la tendenza in via di affermazione nei Paesi Europei, sarebbe pertanto opportuno riconoscere l’operatività della clausola di esonero anche nella fase patologica della vita delle società, abbandonando l’inquadramento delle procedure concorsuali in termini meramente liquidatori-sanzionatori, per facilitare (anche in tale fase) interventi positivi infragruppo potenzialmente idonei alla salvaguardia e sopravvivenza della società³²⁰.

³¹⁸ S. BONFATTI, *Le “esenzioni” dalla revocatoria. Le operazioni strumentali all’accesso alle procedure concorsuali minori o alla esecuzione delle stesse*, in AA.VV., *La riforma della legge fallimentare*, a cura di S. BONFATTI e G. FALCONE, *Quad. Giur. comm.*, 2005, p. 87 ss. ove si evidenzia che «il ricorso alle risorse delle società del gruppo può avvenire, e di fatto avviene nella realtà dei programmi di ristrutturazione industriale, nelle più varie forme: ricorso a finanziamenti infragruppo (...); prestazioni di garanzia da parte delle società maggiormente patrimonializzate nell’interesse di quelle più deboli (...); messa a disposizione delle società più deboli, da parte di quelle maggiormente in salute, di mezzi – strutture organizzative, impianti industriali, scorte di materie prime – a prezzi di favore».

³¹⁹ *Ibidem*, p. 89.

³²⁰ In questi termini la Relazione al D. Lgs. n 5 del 2006 ricorda che «*nella legislazione dei Paesi europei si è da tempo affermata la tendenza nel dissimile volta a considerare le procedure concorsuali non più in termini meramente liquidatori-sanzionatori, ma piuttosto come destinate ad un risultato di conservazione dei mezzi organizzativi dell’impresa, assicurando la sopravvivenza, ove possibile, di questa e, negli altri casi, procurando alla collettività, ed in primo luogo agli stessi creditori, una più consistente garanzia patrimoniale attraverso il risanamento e il trasferimento a terzi delle strutture aziendali*»

6. La riforma del diritto societario: una prima bozza di “statuto dell’impresa esercitata sotto forma di gruppo”.

«Se la legge non segue a ruota l’evoluzione sociale, si determina tra l’una e l’altra uno sfasamento, che costituisce uno dei tanti sintomi dell’insufficienza del diritto»³²¹, sempre più plasmato dalle decisioni dei giudici, in mancanza di riforme del legislatore, con le ovvie ricadute in termini di certezza del diritto medesimo.

Come rileva gran parte della dottrina³²² – pur pervenendo a conclusioni divergenti – il legislatore ha di fronte a sè una triplice alternativa *in subjecta materia*:

- 1) dettare una disciplina organica del fenomeno tramite una legge generale;
- 2) affidare la regolamentazione delle questioni maggiormente rilevanti a singole e particolari leggi di settore;
- 3) non disciplinare affatto, lasciando che le linee generali volte a regolamentare il fenomeno emergano, sulla base dei principi di diritto comune, tramite l’esercizio della funzione giurisdizionale.

Il fallimento della legge azionaria tedesca³²³, gli impedimenti incontrati in sede di discussione e approvazione del progetto di IX Direttiva Comunitaria³²⁴, il fallimento del

³²¹ F. CARNELUTTI, *Tutela penale della minoranza nelle società per azioni*, in *Riv. Soc.*, 1956, p. 394, formula tale considerazione riferendosi alla legge penale – e, in particolare, alla necessità di prevedere come reato il fenomeno delle scalate societarie operate da società anonime – ma, sicuramente, può essere impiegata con accezione più ampia.

³²² Cfr., G. ROSSI, *Il fenomeno dei gruppi e il diritto societario: un nodo da risolvere*, cit., pp. 1131; R. SACCHI, *Sui gruppi nel progetto Mirone*, in *Giur. Comm.*, 2000, I, p. 358 ss.

³²³ Un tale giudizio sulla disciplina dei gruppi predisposta dalla legge azionaria tedesca è stato espresso, tra gli altri, da F. D’ALESSANDRO, *Il diritto delle società da «i battelli del Reno» alle «navi vichinghe»*, cit., p. 51 ove afferma «deve essere riconosciuto, in modo più chiaro di quanto di solito non si faccia, che la prova offerta dal sistema tedesco nei quattro lustri abbondanti della sua applicazione, è del tutto fallimentare». Nell’ordinamento tedesco infatti erano contemplati due tipi di gruppo: i c.d. gruppi *di fatto* e quelli *contrattuali*. All’adozione del primo tipo conseguiva l’applicazione di una disciplina rafforzata della salvaguardia dell’indipendenza delle singole società. Nel caso, invece, la scelta ricadesse sul secondo tipo veniva garantita la possibilità di imporre alle controllate veri e propri ordini cogenti salvo l’obbligo di compensarle dei pregiudizi imposti loro entro il termine dell’esercizio sociale. Nonostante lo sviluppo del secondo tipo venisse incentivato dal legislatore – anche tramite agevolazioni di natura fiscale – il suo ricorso fu praticamente nullo. Si evince come, da un lato, i tentativi di rafforzare la protezione dell’autonomia e la salvaguardia dell’interesse delle singole entità non ha raggiunto gli obiettivi prestabiliti: le azioni di responsabilità promosse per la lesione di quell’autonomia e di quell’interesse sono risultate esigue; dall’altro lato, gli oneri accollati alla controllante nel sistema c.d. contrattuale sono risultati tanto gravosi da far sì che la stragrande maggioranza dei gruppi hanno optato per il sistema opposto strutturandosi – in violazione della disciplina vigente – secondo un modello di gestione accentrata.

³²⁴ Le costanti e ineliminabili divergenze emerse in sede di discussione tra i diversi Stati appartenenti alla Comunità europea hanno impedito di pervenire al licenziamento di una direttiva condivisa il che ha portato ad abbandonare, seppur per il momento, il progetto.

progetto Coustè in Francia³²⁵ dimostrano le difficoltà e l'inadeguatezza di una normativa organica ed esaustiva sui gruppi e suggeriscono, come possibile percorso, l'introduzione di «più discipline speciali e settoriali (...) per regolare i riflessi che la direzione unitaria impone nei vari campi del diritto»³²⁶.

Tuttavia, è comunemente avvertita l'esigenza che il legislatore prenda atto del fenomeno, legittimandolo. Nella maggioranza dei casi, infatti, il riconoscimento della realtà di gruppo è avvenuto soltanto in una fase patologica³²⁷ dell'attività dello stesso, seppur si deve rilevare come, progressivamente, stia scemando la tendenza a qualificare il fenomeno esclusivamente in termini di illiceità (sol perché in astratto contrastante con l'autonomia delle singole società).

Con sempre maggior vigore, la struttura del gruppo dimostra di assolvere funzioni meritevoli di tutela sul piano dell'autonomia negoziale, mentre è la degenerazione del fenomeno, come per tutti gli istituti giuridici, a richiedere la sanzione³²⁸.

Nonostante tali premesse, e addirittura in una prospettiva differente, può affermarsi che dopo la riforma del D.Lgs. 17 gennaio 2003 n. 6 il codice civile non si limita a riconoscere e sanzionare eventuali derive patologiche del fenomeno, ma prevede anche una disciplina sufficientemente articolata del gruppo e delle responsabilità connesse all'esercizio della funzione di direzione e coordinamento³²⁹.

Il nucleo centrale – va ammesso – resta incentrato sulla tutela dei soci esterni e dei creditori delle società collegate nella fase patologica.

³²⁵ Il progetto Cousté (Propositions Cousté N° 1055 du 19 février 1970, N° 52 du 2 avril 1973 così denominato dal nome del primo firmatario) di ispirazione tedesca e comunitaria non ha avuto successo a causa della forte avversione del sistema francese per un modello rigido della disciplina dei gruppi la quale ha da sempre mostrato una netta preferenza per regole giurisprudenziali costruite sulla nozione di abuso e controllo.

³²⁶ G. ROSSI, *Il fenomeno dei gruppi e il diritto societario: un nodo da risolvere*, cit., pp. 1131 e 1149 sostiene che «allo stato sia improponibile ogni sforzo per formulare una fisiologia generale dei gruppi, individuandone legislativamente funzioni organizzative precise e regole di condotta dettagliate (...)».

³²⁷ *Ibidem*, p. 1133 ove assume che il riconoscimento era per lo più avvenuto quando per «scopi diversi quali, ad esempio, individuare le responsabilità da illecito, da abuso, da condotta comunque contraria ai principi di buona fede e correttezza, si è dovuto procedere a far emergere, direi quasi a stanare, il gruppo dai fortini e dalle difese poste dal diritto societario e soprattutto dal principio della responsabilità limitata del socio e dai dogmi della persona giuridica».

³²⁸ *Ibidem*, p. 1133.

³²⁹ Come affermato da G. M. FLICK, *Gli obiettivi della commissione per la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2000, p. 11, tra gli obiettivi della riforma vi era quello di «pervenire ad una disciplina che possa ridurre i casi patologici dell'utilizzazione del gruppo come “fattore di giustificazione” ovvero “fattore di frode”; per sviluppare invece la dimensione positiva, che consente alla impresa di diversificarsi e assumere dimensioni idonee a competere sul mercato globale».

Tuttavia, molteplici spunti indicano la volontà del legislatore di regolamentare in positivo il fenomeno. Accanto ad una disciplina di tutela se ne affianca una – seppur embrionale – “di organizzazione”: in altre parole comincia a delinearsi «uno statuto di impresa del gruppo».

Il *corpus* è costituito innanzitutto dalle disposizioni del Capo IX, Libro V, c.c. intitolato “*Direzione e coordinamento di società*”, e da quelle, inserite nel Capo V, ove si disciplina particolarmente l’ipotesi in cui la società faccia parte di un gruppo in posizione dominante o dipendente³³⁰. Inoltre, la disciplina dei gruppi è oggi regolamentata anche in altre branche dell’ordinamento³³¹.

Sulla scorta di tali considerazioni, si è affermato che

«il nuovo diritto azionario contribuisce ad arricchire lo statuto organizzativo di una *s.p.a. di gruppo*, introducendo alcune proposizioni normative rilevanti per sé stesse, nonché per la

³³⁰ Il riferimento è agli artt.: 2381 co. 5 (obbligo, per gli organi delegati, di riferire al consiglio d’amministrazione e al collegio sindacale sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate); 2403-bis co. 2 (potere, in capo al collegio sindacale, di chiedere notizie agli amministratori sull’andamento delle operazioni sociali e su determinati affari anche riguardanti società controllate e di scambiare informazioni con i corrispondenti organi delle società controllate in merito ai sistemi di amministrazione e controllo ed all’andamento generale dell’attività sociale); 2409 *ult. cpv.* (possibilità di denuncia al Tribunale nel caso in cui ci sia fondato sospetto che gli amministratori abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione che possono arrecare danno alla società o a una o più controllate).

Pertanto, come afferma G. SBISÀ, *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, cit., p. 598, si può sostenere che «la disciplina applicabile in presenza di un gruppo non si esaurisce quindi nelle forme di tutela dei soci di minoranza e dei creditori delle società controllate, ma accresce le competenze e le funzioni degli organi sociali delle società controllanti e consente forme di collaborazione e scambi di informazioni tra sindaci delle società del gruppo, considerato sotto questo profilo come articolazione di una organizzazione unitaria, che giustifica una deroga al segreto d’ufficio sancito dall’art. 2407 co. 1 c.c.».

³³¹ A titolo esemplificativo si ricorda che dettano specifiche disposizioni in tema di gruppi: la già citata “legge Prodi” sull’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, prevedendo, all’art. 3 co. 10, l’estensione della responsabilità agli amministratori della controllante per le direttive che abbiano cagionato un danno alle controllate; il t.u.f., agli artt. 114 co. 1 e 2 e 120 co. 4, quando impone una serie di *obblighi di informazione* in tutte le materie in cui rileva la dimensione del gruppo, poi prevedendo, all’art. 150 co. 1, l’obbligo per gli amministratori di riferire “*sulle operazioni nelle quali abbiano un interesse per conto proprio o che siano influenzate dal soggetto che esercita l’attività di direzione e coordinamento*”; il Codice di Autodisciplina per le società quotate (c.d. “Codice Preda”), agli artt. 1.P.2 e 9, ove disciplina “*le operazioni con parti correlate*” e riconosce la legittimità delle politiche unitarie di gruppo. Ancora, nel settore del diritto del lavoro, il D.Lgs. 10 settembre 2003 n. 276 attuativo della legge delega 14 febbraio 2003 n. 30 (c.d. legge Biagi), nel Titolo IV, prevede i “gruppi di impresa” per delineare i poteri attribuiti alla capogruppo (art. 31) e ammette che i “contratti di inserimento” possano essere stipulati da gruppi di imprese (art. 54 co. 2). Infine, la riforma fiscale introdotta dal D.Lgs. 12 dicembre 2003 n. 344 in attuazione dell’art. 4 della legge delega 7 aprile 2003 n. 80, nel delineare la disciplina del consolidato, attribuisce rilevanza al “gruppo” identificandolo come vero e proprio soggetto passivo d’imposta.

loro capacità di combinarsi con i principi generali di cui agli art. 2497 ss. c.c., aprendo nuovi scenari teorici e interpretativi»³³².

Ne consegue che la normativa dei diversi tipi societari non può più essere letta isolatamente, ma deve essere interpretata anche alla luce dei principi di disciplina e delle caratteristiche tipologiche della società di gruppo.

L'indagine dovrà quindi rivolgersi in due direzioni.

Innanzitutto, seppur sommariamente, occorre esaminare le disposizioni che introducono una disciplina organica – ma soprattutto di organizzazione – della «società di gruppo». Ciò con la consapevolezza che l'indagine richiede una complessa e laboriosa (quanto inevitabile) attività interpretativa avente ad oggetto *anche, ma non solo*, le disposizioni contenute negli artt. 2497 ss. c.c.

In sintesi, se da un lato la riforma del diritto societario arricchisce lo statuto di una società di gruppo, dall'altro l'interpretazione assume un ruolo predominante nella ricostruzione della disciplina del gruppo o – più esattamente – delle società di gruppo³³³.

In secondo luogo, si renderanno necessarie valutazioni (*rectius*, scelte) in ordine alle soluzioni legislative potenzialmente idonee a produrre effetti sul versante penalistico dei gruppi.

6.1. Direzione e coordinamento di società: principi generali su cui è basata la riforma.

Si prenderanno le mosse dalla L. 3 ottobre 2001 n. 366 di delega al Governo che, in linea con il Progetto Mirone, riconosceva la legittimità della direzione unitaria purché contemperasse adeguatamente l'interesse di gruppo, delle singole società e dei soci di minoranza delle stesse³³⁴.

³³² In questi termini U. TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in *Giur. Comm.*, 2004, p. 73.

³³³ G. ROSSI, *Il fenomeno dei gruppi e il diritto societario: un nodo da risolvere*, cit., p. 1152 rivisita la citazione di Guido Calabresi riportata in apertura del saggio ed afferma «per quel che riguarda i gruppi (...) giurisprudenza e dottrina rivestono un ruolo che a me pare almeno altrettanto rilevante di quello dei legislatori».

³³⁴ C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., p. 50 ss. sostiene che «per effetto della nuova normativa, l'eterodirezione ed il coordinamento di società sono oggi condotte lecite che si traducono nella facoltà di coordinare l'attività delle singole imprese in un disegno strategico unitario (...) rispettando i principi di corretta gestione societaria imprenditoriale delle società medesime. (...) Con la nuova disciplina, volta a tutelare i soci e i creditori delle società soggette ad attività di direzione e coordinamento, il legislatore ha fissato sia le condizioni alle quali l'interesse unitario del gruppo può

La Delega, dopo aver indicato tra i principi generali della riforma, all'art. 2, l'intento di "disciplinare i gruppi di società secondo principi di trasparenza e di contemperamento degli interessi coinvolti (lett. h)", stabiliva all'art. 10 i "principi generali" ed i criteri direttivi ai quali il legislatore delegato si sarebbe dovuto ispirare: a) trasparenza; b) adeguato contemperamento degli interessi coinvolti nell'attività di direzione e coordinamento; c) motivazione delle decisioni conseguenti ad una valutazione dell'interesse di gruppo; d) pubblicità dell'appartenenza al gruppo; e) riconoscimento di adeguate forme di tutela al socio al momento dell'ingresso e dell'uscita della società dal gruppo.

Proprio queste indicazioni hanno favorito lo svilupparsi di quella *disciplina organica* cui si è accennato nel paragrafo precedente. Disciplina dettata senza fornire una nozione unitaria e generale di gruppo, tant'è che, volutamente, le parole *gruppo* o *capogruppo* non compaiono mai nella lettera del testo normativo.

Come esplicitato dalla stessa Relazione al D.Lgs. 6/2003³³⁵, la scelta trae origine dalla convinzione dell'*inopportunità* di qualsiasi *aprioristica* precisazione perché "le innumerevoli definizioni di gruppo esistenti nella normativa di ogni livello sono funzionali a problemi specifici"³³⁶ mentre "qualunque nuova nozione si sarebbe mostrata inadeguata all'incessante evoluzione della realtà sociale, economica e giuridica"³³⁷.

In altre parole, il legislatore, invece di muovere da una definizione *strutturale* di gruppo, da verificare di volta in volta negli elementi costitutivi, ha ancorato l'applicazione della disciplina alla tipica manifestazione esterna del fenomeno, individuata nella presenza di

essere perseguito, anche in pregiudizio delle singole società, sia le modalità con cui ripristinare gli interessi eventualmente lesi. Si ribadisce, infatti, che la logica di gruppo non può in alcun modo giustificare la spoliazione di singole società affiliate (e ...) proprio per evitare che l'invocato interesse di gruppo, spesso di difficile identificazione e apprezzabilità, finisca con il costituire un paravento dietro il quale nascondere ogni sorta di comportamento illecito, sono stati introdotti precisi limiti».

³³⁵ La Relazione al decreto legislativo 17 gennaio 2003 n. 6 recante la riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della L. 3 ottobre 2001, n. 366 può leggersi in www.filodiritto.com.

³³⁶ A partire dagli anni '90, come rileva G. SPADA, *Gruppi di società*, cit., p. 225 «accanto alle molteplici nozioni di controllo presenti nelle discipline di settore, cominciano a proliferare anche alcune nozioni di gruppo».

³³⁷ In questi termini si era espressa anche parte della dottrina. Cfr., fra gli altri A. PAVONE LA ROSA, *Gruppi finanziari e disciplina generale dei gruppi di società*, in *Riv. soc.*, 1998, p. 1756; G. SBISÀ, *Il gruppo di società nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (criteri di individuazione)*, cit., p. 269. Come già evidenziato *supra* al par. 4, non esiste una struttura organizzativa unitaria del fenomeno dei gruppi, ben potendo l'accentramento gestionale assumere le connotazioni più disperate: una nozione polivalente comporterebbe il rischio di un'eccessiva e fallace semplificazione.

un elemento qualificante, *ergo* requisito imprescindibile: “la direzione e il coordinamento di società”³³⁸.

La *holding* esercita *naturalmente o concettualmente* l’attività di perseguire l’*interesse di gruppo*, cosicchè anche quest’ultimo – come ormai generalmente si riconosce³³⁹ – fa prepotente ingresso nella legge delega per la riforma del diritto societario. I due elementi, attività di direzione e coordinamento/interesse di gruppo, affiancati alla reciproca alterità giuridica fra le società raggruppate, sono tuttavia il fondamento stesso del problema, sia dal punto di vista di esegesi giuspositiva che dottrinale: occorre pur sempre evitare che tutto si traduca in un pregiudizio per i creditori delle singole società, per gli azionisti di minoranza e per il pubblico degli investitori³⁴⁰.

Nel tentativo di temperare tali interessi, il legislatore ha: *a)* introdotto *obblighi di pubblicità* sull’esistenza e la composizione del gruppo, nonché sulla trasparenza della gestione (art. 2497-bis c.c.); *b)* previsto specifici *obblighi motivazionali* in relazione alle decisioni «trasmesse» dalla *holding* (art. 2497-ter c.c.); *c)* garantito il *diritto di recesso del socio* nell’ipotesi di mutamenti della *holding* tali da modificare le condizioni dell’originario investimento (art. 2497-quater c.c.); *d)* sancito la *restituzione postergata dei “nominali”* finanziamenti dei soci rispetto alle obbligazioni verso i creditori sociali (art. 2497-quinquies c.c.); *e)* configurato una *responsabilità diretta della holding* per l’“abuso di direzione unitaria” (art. 2497 co. 1 c.c.).

³³⁸ F. GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, cit., p. 1019 afferma che «la riforma ha dato rilievo, con gli artt. 2497-2497-sexies, a quella *attività di direzione e coordinamento di società* cui il controllo è, di regola, preordinato e che lo fa presumere fino a prova contraria, come precisa l’art. 2497-sexies, per il quale la direzione e il coordinamento di società si presume nei soggetti che, a norma del D.Lgs. 9 aprile 1991 n. 127, sono tenuti al consolidamento dei loro bilanci o che, comunque, esercitano su di esse il controllo, azionario o contrattuale (ex art. 2497-septies c.c. quest’ultimo, in particolare, si riferisce al controllo esercitato sulla base di un contratto o di clausole dei loro statuti)».

³³⁹ F. GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, cit., p. 1015 ss.

³⁴⁰ G. SBISÀ, *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, cit., p. 592 afferma che «nel momento in cui venga preso in considerazione il gruppo in quanto tale, occorre creare un sistema di regole dirette a stabilire in che limiti la considerazione dell’organizzazione imprenditoriale complessivamente intesa possa influenzare le decisioni degli organi amministrativi delle singole società; quali forme di tutela debbano essere previste e a favore di chi rispetto agli abusi che si possono verificare e come debbano essere resi riconoscibili sia l’esistenza del gruppo e le sue articolazioni interne, sia i rapporti all’interno del gruppo e l’influenza che essi hanno sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria delle singole società, così come la situazione del gruppo complessivamente considerato».

6.2. Obblighi di trasparenza e pubblicità: una tutela preventiva per gli azionisti esterni e per i creditori delle controllate.

Il legislatore, prevedendo alcuni obblighi di trasparenza e pubblicità, ha voluto dettare una disciplina del gruppo, che consentisse una piena operatività ed al tempo stesso limitasse, per quanto possibile, i risvolti patologici³⁴¹.

In questa prospettiva gli obblighi suddetti hanno lo scopo di garantire una tutela preventiva mentre, nel caso di abusi, è prevista, come norma di chiusura, la diretta responsabilità della *holding* come conseguenza dello scorretto esercizio dell'attività di direzione e coordinamento.

Ancora una volta si riconosce, sin dai primi passi, che il conflitto di interessi è "strutturale", ma, per evitare disincentivi o addirittura divieti d'uso della struttura organizzativa "di gruppo", si evita di fornire una disciplina specifica, ricorrendo allo strumento indiretto del principio di trasparenza, volto a garantire la conoscenza dei legami e dei rapporti esistenti tra le società così da assicurare tutela preventiva ai soci esterni ed ai creditori. Infine, si approntano opportuni rimedi per l'ipotesi di abusi degli amministratori³⁴².

Il disposto dell'art. 2497-bis c.c., appunto, tende a limitare gli abusi potenzialmente derivanti dall'ingerenza della *holding* con l'introduzione dell'obbligo di pubblicità³⁴³ e

³⁴¹ La Relazione alla legge delega 3 ottobre 2001 n. 366, in *Riv. soc.*, 2000, I, p. 75, afferma che la disciplina del gruppo va delineata: «*sul presupposto che lo stesso ha un valore in linea di principio positivo e che si va diffondendo secondo forme diverse, in assenza di una specifica disciplina, e senza che vi sia la possibilità di una adeguata conoscenza dei rapporti fra le società del gruppo e dell'esercizio in concreto dei poteri del socio di controllo*».

³⁴² A. MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, cit., p. 731-732 ricorda come già agli inizi degli anni '30 «Cesare Vivante avanzò la proposta che fosse sospesa la disciplina del conflitto di interessi, quando nel consiglio d'amministrazione dell'affiliata sedessero membri del consiglio della capogruppo» e sostiene che «la norma dovrebbe limitarsi a stabilire che l'amministratore in conflitto deve informare il consiglio e il collegio sindacale della situazione in cui versa (...) occorre ancora portare alla luce del giorno le operazioni tra le società nell'ambito del gruppo».

³⁴³ L'art. 2497-bis co. 1 prevede che «*la società deve indicare la società o l'ente alla cui attività di direzione e coordinamento è soggetta negli atti e nella corrispondenza, nonché mediante iscrizione, a cura degli amministratori, presso la sezione del registro delle imprese (...)*». Nel caso la soggezione venga a cessare, dovrà chiedersi l'immediata cancellazione onde evitare di incorrere nella responsabilità di cui al co. 3: «*sono responsabili dei danni che la mancata conoscenza di tali fatti abbia recato ai soci o ai terzi*». Il co. 2 prevede che nel registro delle imprese «*è istituita apposita sezione nella quale sono indicate le società o gli enti che esercitano attività di direzione e coordinamento e quelle che vi sono soggette*».

di trasparenza³⁴⁴, rendendo (ri)conoscibili sia l'attività di direzione e coordinamento che gli effetti dalla stessa prodotti sulla concreta gestione.

L'importanza pratica della disposizione si comprende quando si consideri che le informazioni consentiranno una decisione consapevole a chi intenda avviare rapporti con una società del gruppo: non solo, infatti, è reso noto il fatto che si tratta di società soggetta ad attività di direzione e coordinamento, ma si dispone anche di elementi per valutare come questa, in concreto, venga esercitata³⁴⁵.

L'omissione o la scorrettezza di tali informazioni, altresì, può costituire il fondamento di autonoma responsabilità degli amministratori e, in chiave probatoria, assume grande rilievo in relazione all'esercizio dell'azione di responsabilità di cui all'art. 2497 co. 1 c.c.

Onde consentire alla *holding* di perseguire politiche unitarie, ed al contempo evitare degenerazioni, è stato abolito l'obbligo di astensione di cui ai previgenti artt. 2391 e dal 2631 c.c. (ritenuto non più funzionale in rapporto all'operare delle grandi aggregazioni societarie), con il bilanciamento di una nuova disciplina volta a garantire la massima trasparenza decisionale.

³⁴⁴ A norma dell'art. 2497-bis co. 4 “*la società deve esporre, in apposita sezione della nota integrativa, un prospetto riepilogativo dei dati essenziali dell'ultimo bilancio della società o dell'ente che esercita su di essa l'attività di direzione e coordinamento*”; per il co. 5 “*parimenti, gli amministratori devono indicare nella relazione sulla gestione i rapporti intercorsi con chi esercita l'attività di direzione e coordinamento e con le altre società che vi sono soggette, nonché l'effetto che tale attività ha avuto sull'esercizio dell'impresa sociale e sui suoi risultati*”.

³⁴⁵ G. ROSSI-A. STABILINI, *Virtù del mercato e scetticismo delle regole: appunti a margine della riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 22, riportando le indicazioni dell'*High Level Group of Company Law Experts* nominato dalla Commissione e di cui G. Rossi è membro, sostiene che per i gruppi non si dovrebbe prevedere una regolamentazione completa del fenomeno «ma piuttosto l'introduzione di regole specifiche che consentano un livello minimo di protezione di azionisti esterni e creditori. A questi fini grande rilevanza viene data al profilo della trasparenza della struttura e del funzionamento del gruppo, allo scopo di assicurare agli azionisti esterni e ai creditori una visione completa dell'operato del gruppo, incluse le relazioni infragruppo e le politiche comuni». L'A. prosegue (pp. 26-27) sostenendo che per tale via si assicurerebbe una tutela preventiva adeguata a tutti i soggetti che intendono investire in una società eterodiretta. Infatti questi potrebbero, alla luce delle informazioni ricevute circa la soggezione e sulle modalità con cui la stessa viene esercitata, decidere di non investire o, perlomeno, contrattare adeguatamente i termini dell'investimento medesimo. Ovviamente parte dell'efficacia di queste cautele dipende dal tipo di società di cui si tratta: risulterà più efficiente nelle società chiuse meno in quelle aperte. Scettico sull'efficienza di tali strumenti si mostra L. ENRIQUES, *Gruppi piramidali, operazioni intragruppo e tutela degli azionisti esterni: appunti per un'analisi economica*, cit., p. 721. L'A. sostiene che «se da un lato è indubbia l'opportunità di imporre ai gruppi un'ampia informativa, anche iniziale, sui rapporti tra le diverse società ad essi appartenenti, non è pensabile, dall'altro, che questa sia sufficiente per la tutela degli azionisti esterni». Discorso parzialmente differente potrebbe essere fatto riguardo ai creditori i quali sulla base di tali informazioni avrebbero la possibilità di garantirsi tramite “*contratti completi*” cosa molto più complessa da fare tramite il contratto sociale. Pertanto, prosegue l'A., è necessaria una disciplina imperativa che obblighi chi controlla la struttura a tenere indenni tali soggetti da pregiudizi conseguenti al perseguimento di una politica unitaria.

L'art. 2391 c.c., al co. 1 impone all'amministratore di "*dare notizia (...) di ogni interesse che, per conto proprio o di terzi, abbia in una determinata operazione della società, precisandone la natura, i termini, l'origine e la portata (...)*"; al co. 2, consente al consiglio di amministrazione di assumere comunque la deliberazione, pur con l'obbligo di "*motivare adeguatamente le ragioni e la convenienza per la società dell'operazione*"; l'art. 2497-ter c.c. precisa gli obblighi degli amministratori delle consociate: "*le decisioni delle società soggette ad attività di direzione e coordinamento, quando da questa influenzate, debbono essere analiticamente motivate e recare puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione*".

La disciplina in esame sostanzialmente prende atto delle dinamiche realmente intercorrenti tra gli organi di gestione delle società raggruppate, ovvero del fatto che gli amministratori della capogruppo, in virtù del controllo, e al di fuori della gestione di *routine*, solitamente forniscono indicazioni più o meno specifiche di carattere strategico (ma spesso anche operativo), e che gli amministratori delle controllate, pur potendole disattendere, di fatto le eseguono³⁴⁶.

³⁴⁶ Occorre sottolineare al riguardo come la giurisprudenza, pur conoscendo da tempo l'esistenza di tali «mezzi formali» di trasmissione delle decisioni della controllante alle controllate (Cass., 26 febbraio 1990, n. 1439, cit., p. 622), sostenuta da un consolidato orientamento dottrinale (cfr., tra gli altri F. GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, cit., 1025 ss.) aveva attribuito loro esclusivamente un valore interno.

Si argomenta che a norma dell'art. 2380-bis c.c. "*l'amministrazione della società*" spetta esclusivamente agli amministratori a questa preposti e nessuna deroga a questo principio è stata introdotta legittimando l'attività di direzione e coordinamento. Gli amministratori della controllata non devono essere considerati alla stregua di meri esecutori degli ordini ricevuti dalla *holding* ma sono invece dotati di competenza autonoma ed investiti di una propria responsabilità sia verso la società che amministrano, sia verso i soci, i creditori o i terzi che si ritengano danneggiati, ai sensi degli artt. 2393-2395 c.c., nonché ovviamente, di autonoma responsabilità penale per i reati propri connessi all'esercizio della loro carica. Per maggiore chiarezza, utilizzando le parole dell'A., si ribadisce che «l'influenza dominante esercitata dalla *holding* resta, tuttora, una mera situazione di fatto: da essa può nascere una responsabilità di chi ha impartito le direttive, mai un vincolo per gli amministratori cui le direttive sono rivolte. Queste direttive non sono coercibili da parte della controllante: gli amministratori, se vi si conformano, lo fanno sotto la propria responsabilità, assumendo come proprie, ad ogni effetto, le relative decisioni». Pertanto le direttive non sono attuazione di un rapporto giuridico, ma esercizio di un potere di fatto, inerente «alla forza persuasiva o, se del caso, dissuasiva derivante dal rapporto di controllo e la loro mancata esecuzione può influire solo sul rapporto di fiducia fra l'ente di gestione e l'amministratore, il quale potrà non essere confermato al termine della carica o potrà addirittura, essere revocato in corso di carica (ma *ex art. 2383 co. 3 c.c.* si tratterà di revoca senza giusta causa)».

L'attività di direzione e coordinamento non si estrinseca esclusivamente attraverso l'esercizio del diritto di voto da parte della controllante, ma anche (e forse soprattutto) tramite il rapporto fiduciario che lega gli amministratori all'azionista di controllo³⁴⁷.

La novella, in ogni caso, ha riconosciuto la legittimità delle c.d. *direttive o disposizioni di gruppo* emanate dalla *holding* per orientare le scelte gestionali delle controllate, ma ha sottoposto l'adeguamento da parte degli amministratori ad un pregnante obbligo di trasparenza.

Il rispetto di tale obbligo assolve a svariate funzioni: *a)* consentire un'analisi più approfondita circa le valutazioni svolte dal consiglio di amministrazione della società sacrificata, sia sulla sussistenza del necessario rapporto di causalità tra direttiva della *holding* e decisione della controllata, che sul rispetto, da parte di quest'ultima, dei principi di "*corretta gestione societaria e imprenditoriale*"; *b)* verificare se ai sacrifici imposti alla controllata consegua solo il raggiungimento di un egoistico interesse di gruppo ovvero, per tale via, si persegua una politica destinata a riverberare effetti positivi su tutte le componenti; *c)* valutare se l'atto di disposizione apparentemente distrattivo o dissipativo, isolatamente considerato, trovi o meno una giustificazione nel rapporto costi-benefici del gruppo unitariamente considerato³⁴⁸.

Gli elementi indicati consentono il (e concorrono al) giudizio sulle scelte degli amministratori di società soggette a direzione e coordinamento. In prospettiva, detto giudizio assume fondamentale importanza in relazione al delitto di infedeltà patrimoniale, sia per indagare – positivamente o negativamente – i caratteri del momento psicologico dell'agente, sia per inquadrare l'operazione nella dinamica dei vantaggi compensativi, valutando il pregiudizio nel quadro generale della politica di gruppo.

«L'interesse di gruppo e i vantaggi compensativi devono essere *analiticamente* motivati nella deliberazione adottata dalla società "sacrificata", onde consentire di verificare se, nel

³⁴⁷ E. SCARONIA, *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo di imprese*, cit., p. 31 evidenzia come «esistono peraltro modalità di condizionamento delle decisioni della controllata assai meno evidenti, e forse ancor più incisive, di quelle fin qui ricordate: al riguardo, particolarmente delicato è il tema dei c.d. *interlocking directors*, ossia *manager* che siedono nei consigli di amministrazione di varie società, eventualmente facenti parte del medesimo gruppo». Tali situazioni sono fonte di ulteriori problemi poiché sarà estremamente difficile individuare e soprattutto provare quali siano le decisioni assunte dall'amministratore in esecuzione di una politica di gruppo – in quanto partecipante all'organo gestorio che tale politica predispone – rispetto a quelle in qualità di amministratore della consociata.

³⁴⁸ Le funzioni assolte dall'obbligo di motivazione sono state individuate da C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., p. 72.

compiere l'atto di disposizione dannoso, si sia proceduto o meno nell'interesse del gruppo. Spesso, infatti, e la prassi ce lo insegna, il richiamo alla "logica di gruppo" rappresenta un comodo e falso pretesto per dar vita a veri e propri comportamenti illeciti»³⁴⁹.

6.3. Alcune tutele specifiche: il recesso del socio e la postergazione nella restituzione dei finanziamenti infragruppo.

Meritano esplicita menzione anche le disposizioni contenute negli artt. 2497-*quater* e 2497-*quinquies* c.c. in quanto introducono, nel contesto del gruppo, alcuni correttivi finalizzati alla tutela dei soci esterni e dei creditori particolari di società soggette all'attività di direzione e coordinamento.

L'art. 2497-*quater* c.c., rubricato "*diritto di recesso*", si pone in perfetta armonia con lo spirito della riforma in quanto garantisce una maggiore stabilità e speditezza delle decisioni della maggioranza confinando la tutela dei soci a rimedi di natura risarcitoria piuttosto che ad altri di carattere invalidatorio. Pertanto la possibilità di ricorrere a tale istituto è stata non soltanto agevolata consentendo alle società per azioni, nell'esercizio della propria autonomia privata, di prevedere statutariamente ipotesi particolari di recesso ma anche direttamente ampliata tramite l'inserimento, per mano del legislatore della riforma, di ulteriori ipotesi specificamente rivolte alla tutela dei soci esterni delle imprese che appartengono ad un gruppo.

La fortuna dell'istituto sta nel fatto che il legislatore gli ha attribuito il difficile compito di fungere da punto di equilibrio nella contrapposizione tra maggioranza e minoranza sulle decisioni di maggiore rilievo per la gestione dell'impresa. Infatti, in questo modo, si consente alla prima di apportare modifiche anche fortemente incisive sull'assetto organizzativo della società controllata o della *holding* e, allo stesso tempo, si garantiscono in capo ai soci esterni specifiche ipotesi di recesso³⁵⁰ in vista del

³⁴⁹ *Ibidem*, p. 72-73.

³⁵⁰ In particolare l'art. 2497-*quater* co. 1 individua tre casi:

- a) *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 modifica del suo oggetto sociale consentendo l'esercizio di attività che alterino in modo sensibile e diretto le condizioni economiche e patrimoniali della società soggetta ad attività di direzione e coordinamento;*
- b) *quando a favore del socio sia stata pronunciata, con decisione esecutiva, condanna di chi esercita attività di direzione e coordinamento ai sensi dell'art. 2497;*

potenziale sensibile mutamento del quadro economico generale rispetto all'investimento originario.

In altre parole si riconosce alla minoranza la possibilità di disinvestire il capitale quando vengano modificate in modo sostanziale le condizioni dell'investimento³⁵¹ con decisioni assunte in sedi ove questa non ha la possibilità di influire.

Inoltre, per la *holding*, l'esercizio del diritto di recesso rappresenta un maggior *costo* delle operazioni deliberande: un costo per così dire artificiale, quasi una penale, che però (talvolta) influenza le scelte del gruppo di comando, così costretto a tener conto anche degli interessi interni alle società sottoposte³⁵².

L'art. 2497-*quinquies* c.c., invece, estende la disciplina dell'art. 2467 c.c. “*ai finanziamenti effettuati a favore della società da chi esercita attività di direzione e coordinamento nei suoi confronti o da altri soggetti ad essa sottoposti*”, determinando la postergazione al soddisfacimento degli altri creditori del rimborso dei finanziamenti dei soci effettuati a favore della società e, l'obbligo di restituzione se il rimborso è avvenuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento.

Soggetti a tale disciplina sono tutti coloro che esercitano una attività di direzione e coordinamento, e quindi non solo i soci della società finanziata, ma anche coloro che comunque – a prescindere cioè da un rapporto sociale diretto – esercitano tale attività, nonché tutti i soggetti diversi dalla società finanziata comunque soggetti alla attività di direzione e coordinamento.

Pertanto l'ampliamento della disposizione di cui all'art. 2467 c.c. avviene in una duplice direzione: ricomprende anche le società per azioni (seppur esclusivamente nel caso

c) *all'inizio e alla cessazione dell'attività di direzione e coordinamento, quando non si tratta di una società con azioni quotate in mercati regolamentati e ne deriva un'alterazione delle condizioni di rischio dell'investimento e non venga promossa un'offerta pubblica di acquisto.*

³⁵¹ La disposizione in esame registra giudizi positivi in relazione alle ipotesi *sub a)* e *b)*, e perplessità sull'ipotesi *sub c)* per i potenziali riflessi negativi sull'intero gruppo dell'esercizio del recesso da parte dei soci della controllata. Per un approfondimento sul tema cfr., C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, cit., p. 190 ss; V. DI CATALDO, *Il recesso del socio di società per azioni*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso* diretto da P. ABBADESSA e G. B. PORTALE, cit., p. 219-255.

³⁵² C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, cit., p. 191 evidenzia che un largo ricorso al diritto di *exit* può determinare un forte esborso di denaro per la *holding* soprattutto nel caso in cui non si vogliano mettere le azioni sul mercato oppure nel caso in cui la società non sia quotata. In tal caso, infatti, il costo per porre in essere l'operazione sarà pari all'ammontare del costo per acquistare tutte le azioni dei soci che decidono di esercitare il recesso. La *holding* potrebbe tornare sui suoi passi annullando la deliberazione.

siano sottoposte ad attività di direzione e coordinamento)³⁵³ ed estende la disciplina anche ai non soci (sempre e solo nel caso che esercitino una attività di direzione e coordinamento).

Come rilevato da alcuni Autori, appare inesatto, con riguardo alla applicazione dell'art. 2497-*quinques* c.c., parlare di postergazione o di rimborso di «finanziamenti dei soci» e si impone, sotto tale profilo, un «adattamento» della lettura dell'art. 2467 c.c. Nell'esaminare tale disposizione, infatti, la dottrina³⁵⁴ aveva individuato quale *discrimen* tra fattispecie in cui il finanziamento era ragionevole e quelle in cui, invece, sarebbe stato ragionevole un conferimento, la presenza di una situazione finanziaria tale per cui nessun terzo avrebbe avuto ragione di erogare un finanziamento così che il motivo del finanziamento andava ricondotto necessariamente alla qualità di socio di chi lo erogava. Poiché l'estensione operata dall'art. 2497-*quinques* c.c. rende applicabile disciplina in esame anche ai non soci, ne deriva la necessità di adattare l'*iter* argomentativo ponendo al centro della interpretazione della norma, quale fenomeno aggregante, non più l'appartenenza alla medesima società, ma invece la appartenenza al medesimo gruppo di cui fa parte la società finanziata. Si deve ritenere pertanto che l'art. 2467 c.c., sia applicabile, in base al richiamo dell'art. 2497 c.c., a tutti quei finanziamenti erogati da società appartenenti al gruppo in una condizione della società finanziata tale per cui nessun terzo le avrebbe ragionevolmente concesso credito, così che la motivazione per cui sono stati erogati dalla (o dalle) società che esercitano la attività di direzione e coordinamento, o da quelle ad essa sottoposte, è costituita dalla loro appartenenza allo stesso gruppo³⁵⁵.

³⁵³ Si deve rilevare tuttavia che proprio sulla scorta di tale estensione alcuni Autori hanno sostenuto che l'art. 2467 c.c. sia espressione di un principio generale in materia di impresa, suscettibile di essere applicato analogicamente alle società per azioni, a prescindere dal fatto che rientrino o meno all'interno di un gruppo. In questi termini A. LOLLI, *Art. 2497-quinques c.c.*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società*, (a cura di) A. MAFFEI ALBERTI, Padova, 2005, p. 2418; in senso parzialmente differente A. IRACE, *Commento all'art. 2497-quinques*, in *La riforma delle società*, (a cura di) M. SANDULLI e V. SANTORO, Torino, 2003, p. 342 ove si sostiene che non fosse l'art. 2467 c.c. ad essere suscettibile di applicazione analogica, bensì fosse proprio l'art. 2497-*quinques* c.c. ad avere portata generale.

³⁵⁴ C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, *Lezioni di diritto commerciale*, cit., p. 43.

³⁵⁵ Svolge tali considerazioni A. LOLLI, *Art. 2497-quinques c.c.*, cit., p. 2419 il quale soggiunge che «la appartenenza al gruppo ha un contenuto giuridicamente meno pregnante rispetto all'essere parte del contratto di società: basti pensare che mentre gli apporti dei soci (conferimenti) hanno una loro tipicità e sono perciò espressamente disciplinati dal legislatore, l'apporto di denaro della capogruppo o di una società sorella a favore di un altro soggetto del gruppo non ha una forma normativa tipizzata». L'A. individua in tale assimilazione – come in altre norme del Capo IX – la volontà del legislatore di «dare un riconoscimento giuridico al fenomeno del gruppo ed alle operazioni compiute tra le società che ad esso appartengono (...)».

In tal modo i creditori sociali vengono maggiormente tutelati poiché, altrimenti, i loro interessi sarebbero destinati a concorrere con quelli dei soci che, invece di conferire capitale di rischio³⁵⁶ alla società, si siano limitati a fornire “formalmente” capitale di credito³⁵⁷.

6.4. La responsabilità patrimoniale della holding per “abuso di direzione unitaria”.

La riforma del diritto societario ha dato largo spazio al tema della responsabilità. Nel passato, in mancanza di una espressa disciplina, il problema della ripartizione delle responsabilità all’interno dei gruppi (assieme alla definizione dei ruoli e delle decisioni) aveva massimamente impegnato dottrina e giurisprudenza. Ci si interrogava sulla sussistenza di una responsabilità patrimoniale della capogruppo e dei suoi amministratori per danni arrecati ai soci esterni ed ai creditori delle controllate nell’attività di gruppo³⁵⁸.

³⁵⁶ L’art. 2467 co. 2 c.c. specifica cosa si debba intendere per finanziamenti dei soci a favore della società identificandoli in “tutti quelli in qualsiasi forma effettuati, che sono stati concessi in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio dell’indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento”.

³⁵⁷ Approfondisce il tema U. TOMBARI, “Apporti spontanei” e “prestiti” dei soci nelle società di capitali, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso* diretto da P. ABBADESSA e G. B. PORTALE, cit., p. 553-578.

³⁵⁸ Sull’argomento si soffermano diffusamente P. G. JAEGER, *La responsabilità solidale degli amministratori della capogruppo nella legge sull’amministrazione straordinaria*, cit., p. 87 ss; R. SACCHI, *Sui gruppi nel Progetto Mirone*, cit., p. 366; G. SCOGNAMIGLIO, *La responsabilità della società capogruppo: problemi ed orientamenti*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, p. 366 ss.

Altro problema strettamente connesso era, poi, quello della natura della responsabilità della holding e dei suoi amministratori verso il terzo direttamente leso dall’illecito: per la natura aquiliana si erano espressi fra gli altri P. G. JAEGER, *Op. ult cit.*, p. 103 ove sostiene che «la responsabilità degli amministratori della società che eserciti un’influenza dominante su un’altra (...) si configura come illecito extracontrattuale e (...) volendo indulgere in tentazioni classificatorie, si potrebbe dire che l’ipotesi richiama una figura di illecito aquiliano (...) quella dell’induzione all’inadempimento» si tratterebbe di un’applicazione dell’art. 2395 c.c. che costituisce una specificazione della clausola generale di cui all’art. 2043 c.c. L’A. poco oltre (p. 109) sulla responsabilità della capogruppo afferma si tratti di responsabilità aquiliana. La stessa posizione è sostenuta da F. GALGANO, *I gruppi di società*, cit., p. 134 ove afferma che gli amministratori della controllante «rispondono, in solido con gli amministratori della controllata, per aver indotto costoro all’inadempimento dei loro doveri, secondo uno schema di responsabilità contrattuale (degli amministratori della controllata) ed extracontrattuale (degli amministratori della controllante)». Sostiene si tratti di responsabilità contrattuale B. LIBONATI, *La responsabilità nel gruppo*, cit., p. 587: «se è riconosciuto all’amministratore della holding il potere di esercitare l’attività di direzione e coordinamento sulle società del gruppo, quel potere si qualifica come un momento naturale delle sue funzioni tipiche, appunto di amministratore della capogruppo (...) ne discende che l’amministratore sarà responsabile (anche) per il mancato esercizio dell’attività di direzione e coordinamento del gruppo e che tale responsabilità ha natura contrattuale». La tesi appare a commento dell’art. 61 co. 4 t.u.f. ma è qui riferibile in quanto lo stesso A. afferma che tale potere direzionale – su cui fonda la responsabilità

Molti dubbi interpretativi sono oggi risolti dall'art. 2497 c.c. (rubricato, appunto, “Responsabilità”³⁵⁹) ove al co. 1 è sancita la responsabilità patrimoniale delle “società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento, agiscono nell’interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime”³⁶⁰.

contrattuale – abbia una portata generale. Per l’irrelevanza della qualifica della natura della responsabilità si veda G. SCOGNAMIGLIO, *Op. ult. cit.*, p. 370 ss.

Differenze significative, ovviamente conseguenti all’impostazione adottata, si manifestano sul piano dell’onere probatorio poiché nel caso di responsabilità extra-contrattuale si impone una rigorosa dimostrazione della partecipazione della *holding* alla condotta in cui si è concretato l’illecito mentre nel caso di responsabilità contrattuale sarà sufficiente dimostrare solo l’inadempimento.

³⁵⁹ L’art. 2497 c.c. statuisce:

“Le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell’interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all’integrità del patrimonio della società. Non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell’attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette.

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

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

Nel caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria di società soggetta ad altrui direzione e coordinamento, l’azione spettante ai creditori di questa è esercitata dal curatore o dal commissario liquidatore o dal commissario straordinario”.

Tale disposizione, come del resto si desume dall’impostazione complessiva della riforma, risolve i problemi di tutela dei soci esterni e dei creditori tramite strumenti di natura *risarcitoria* piuttosto che *invalidatoria*. Per un approfondimento sul tema cfr., F. D’ALESSANDRO, *La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata. Ovvero: esiste ancora il diritto societario?*, cit., p. 45 ss.; negli stessi termini si esprime anche G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA e G. B. PORTALE, Milano, 2007, p. 950 ove afferma che si evince l’intento «dalla recente riforma di affidare al rimedio risarcitorio, piuttosto che ai rimedi cc.dd. reali, basati cioè sull’invalidità dell’atto, la tutela degli interessi deboli, e così anche di quelli dei creditori e dei soci esterni».

³⁶⁰ La designazione del responsabile è cambiata all’ultimo momento in quanto nella versione precedente si parlava di «*chi*» esercita attività di direzione e coordinamento permettendo di ricomprendere anche la *holding* persona fisica come da tempo riconosciuto dalla giurisprudenza (Cfr., Cass. 26 febbraio 1990, n. 1439, in *Giur. Comm.* 1991, II, p. 366; App. Catania 18 gennaio 1997, Soc I.R.A. Costruz. C. Graci, in *Giur. It.*, 1997, I, c.2, 345).

Secondo l’attuale disposizione, invece, la responsabilità di cui all’art. 2497 c.c., così come la presunzione di esercizio dell’attività di direzione e coordinamento di cui all’art. 2497-*sexies* c.c., opera quando la *holding* sia una “società” o quando si tratti di “enti” riconoscendo quindi che tale qualità possa essere rivestita da un’impresa di qualsiasi tipo (s.r.l., s.p.a., quotata e non etc.) e da qualsivoglia ente, anche non personificato (fondazioni, associazioni, comitati, etc.), che non si limiti a gestire il proprio portafoglio ma svolga effettivamente un’attività di direzione e coordinamento.

A differenza di quanto previsto dal D.Lgs. n. 270/1999 la responsabilità non è riferita alle persone fisiche incaricate di funzioni gestorie ma direttamente all’ente quale beneficiario diretto degli atti dannosi posti in essere dagli organi gestori. In tal modo si risolvono tutte le problematiche poste in precedenza circa l’esportabilità della responsabilità dagli amministratori alla società cui erano preposti.

«La *ratio* è facilmente intuibile: spettando alla capogruppo la facoltà di disporre delle risorse finanziarie all'interno del gruppo, è evidente che la stessa, in caso di “abuso di direzione unitaria”, debba rispondere dei danni causati ai soci delle controllate e ai creditori di tali società»³⁶¹.

Come rilevato in dottrina³⁶², la disciplina in esame è strutturata secondo lo schema della responsabilità da fatto illecito di cui all'art. 2043 c.c.³⁶³, sulla scia della legge sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi. In primo luogo, viene specificato l'estremo del «fatto colposo» addebitabile alla *holding*, che qui consiste nella “violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale”. Poi, viene identificato il «danno ingiusto» nel “pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale”, per i soci, e nella “lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società”³⁶⁴, per i creditori particolari della controllata.

Sono necessarie alcune precisazioni.

La *holding* deve esercitare *in concreto* una direzione unitaria (oggi attività di direzione e coordinamento)³⁶⁵ sulle società facenti parte del gruppo: l'attività potrà dar luogo a responsabilità quando sia svolta in modo “non corretto” ossia si espliciti in una gestione volta al perseguimento di un “interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione

La disposizione non opera, invece, quando la *holding* sia una persona fisica. In tal caso bisognerà verificare se il soggetto svolge una funzione imprenditoriale di attività di direzione e coordinamento o si limita a gestire il suo portafoglio. L'azione che si voglia esperire nei confronti di una persona fisica *holding* potrà essere un'azione di diritto comune, basata sull'art. 2043 c.c. o anche, a norma del co. 2 dell'art. 2497 c.c., potrà riconoscersi una responsabilità solidale (con quella della *holding*) per “chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo”.

³⁶¹ C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., p. 60.

³⁶² F. GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, cit., p. 1037.

³⁶³ La tesi della natura extracontrattuale della responsabilità trova conferma nel testo della Relazione al decreto: «la responsabilità dettata da questa impostazione normativa è apparsa fundamentalmente di stampo aquiliano e necessariamente della controllante direttamente verso i danneggiati».

³⁶⁴ L'art. 2497 c.c. si limita a prevedere la responsabilità della *holding* verso i soci e i creditori delle controllate nulla precisando sulla responsabilità nei confronti della stessa controllata. La ragione di tale omissione è evidente: di regola non sarà la società controllata, proprio perché governata dalla *holding*, a dolersi del danno cagionato da quest'ultima (poiché, così facendo finirebbe per agire contro se stessa). Interessati ad agire saranno, invece, gli azionisti di minoranza e i creditori della controllata che non partecipano ai benefici della direzione unitaria. Non si può escludere, tuttavia, che nel caso muti la titolarità del pacchetto di controllo anche la società – per il tramite dei nuovi amministratori – potrebbe esperire l'azione di responsabilità nei confronti della *holding*, sussistendone tutti i requisiti richiesti dall'art. 2497 c.c. In questi termini F. GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, cit., 1017 ss.

³⁶⁵ L'esercizio di detta attività, a norma dell'art. 2497-sexies c.c., si presume per le società o enti tenuti al consolidamento dei bilanci o tra le quali intercorre un rapporto di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. Pertanto è lasciata alla *holding* la possibilità di fornire prova contraria e dimostrare, in concreto, che l'attività non è stata esercitata. Qualora la *holding* sia una persona fisica non è prevista nessuna presunzione talché si dovrà accertare volta per volta l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento. In questi termini G. SBISÀ, *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, cit., p. 600; F. GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, cit., p. 1019 ss.

dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società” dirette e coordinate.

In forza dell’accentramento societario, gli amministratori della *holding* assumono non solo la gestione della società cui sono preposti, ma anche funzioni ulteriori, di ordine strategico, riguardo alle diverse unità del gruppo. Nell’espletamento, e pur potendo agire in funzione del perseguimento di un interesse di gruppo, dovranno tutelare anche le esigenze delle controllate, gestendole secondo criteri tali da permettere anche agli azionisti «esterni» la remunerazione del capitale³⁶⁶.

I paradigmi di riferimento dell’amministratore vengono individuati con una formula assolutamente nuova anche se, per vero, piuttosto vaga. La stessa Relazione consente di desumere con chiarezza il proposito di licenziare una regola così ampia da lasciare l’arduo compito di precisarne i contenuti alla dottrina e alla giurisprudenza³⁶⁷.

In estrema semplificazione – e riconoscendo trattarsi di espressione dal significato ancora poco chiaro – una società è gestita in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale quando «la sua conduzione complessiva le preclude di operare come autonomo *centro di profitto* sia pure nel contesto dato dall’appartenenza al gruppo»³⁶⁸.

Nell’esercizio dell’attività di direzione e coordinamento, quindi, gli amministratori dovranno cercare il punto di equilibrio fra le esigenze proprie della *holding*, del gruppo nel suo insieme e delle singole società controllate o dipendenti. Pertanto – in termini positivi – la società soggetta a direzione e coordinamento sarà gestita secondo i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale quando: a) l’interesse imprenditoriale perseguito è riferibile all’intero gruppo e sono state rispettate le disposizioni di cui

³⁶⁶ C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., p. 61 afferma che la remunerazione anche per i soci c.d. esterni del capitale investito nella singola società costituisce «il vero e proprio limite della direzione unitaria della capogruppo (...) così, a titolo esemplificativo, la *holding* non potrebbe mai praticare in una sua controllata una politica di pareggio del bilancio per realizzare interessi del gruppo: la società del gruppo è pur sempre una società dotata di autonomia, lo scopo della quale è conseguire e dividere utili fra i soci».

³⁶⁷ L’unico richiamo nella Relazione illustrativa al D.Lgs. n. 6/2003 non fornisce grandi aiuti in quanto si limita a riferire che “*questi valori da proteggere e tutelare possono individuarsi nei principi di continuità dell’impresa sociale, redditività e valorizzazione della partecipazione sociale*”. L’introduzione della clausola è stata oggetto di forti perplessità in quanto si è sostenuto che rischia di aprire la strada a numerosi interventi del giudice – per mezzo di un consulente tecnico – il quale, nel valutare la congruità della gestione a detti criteri, potrebbe finire col sindacare singole scelte gestionali in aperto contrasto con la *business judgment rule*; fra gli altri, si veda P. MONTALENTI, *Osservazioni alla bozza di decreto legislativo sulla riforma delle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 1550.

³⁶⁸ C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2003, p. 150.

all'art. 2391 c.c.; b) l'apparente pregiudizio subito nell'immediato da una società del gruppo è compensato da specifici vantaggi nel senso specificato dall'ultima parte dell'art. 2497 co. 1 c.c.

L'art. 2497 co. 2 c.c. prevede una responsabilità solidale con la *holding* per chi “*abbia comunque preso parte al fatto lesivo*”. Potranno assumere rilevanza i comportamenti degli amministratori e dei direttori generali della *holding* in quanto artefici della direttiva pregiudizievole, e quelli della controllata, quali esecutori di essa.

Ulteriore estensione della responsabilità è prevista per “*chi abbia consapevolmente tratto beneficio*” dall'operazione pregiudizievole anche se la responsabilità è circoscritta “*nei limiti del vantaggio conseguito*”.

Sarà perciò possibile condannare la società sorella alla quale siano state arbitrariamente trasferite risorse e restituirle alla società danneggiata dall'illegittimo travaso³⁶⁹.

Il co. 3 subordina la facoltà di agire del socio e del creditore sociale alla condizione che non siano già stati “*soddisfatti dalla società soggetta ad attività di direzione e coordinamento*”³⁷⁰.

In punto di prova, trattandosi di responsabilità da fatto illecito³⁷¹, incomberà sui danneggiati l'onere di dimostrare la colpa della *holding* danneggiante e il rapporto di causalità fra la colpa e il danno lamentato.

³⁶⁹ F. GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, cit., pp. 1042 -1043.

³⁷⁰ In dottrina si riscontrano pareri contrastanti circa il modo di operare di tale responsabilità sussidiaria. Infatti, F. GALGANO, *Le nuove società di capitali e cooperative*, Padova, 2006, Tomo I, p. 194 sostiene che il *beneficium excussionis* operi solo in sede esecutiva e solo dopo aver escusso invano il patrimonio della società sacrificata o sulla prova della sua insolvenza; mentre altri, R. RODORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Le società*, 2004, p. 543, ritengono sia sufficiente la dimostrazione di aver richiesto senza esito alla società l'adempimento scaduto. Alcuni osservano poi come tale norma abbia anche un significato organizzativo: G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità*, cit., p. 962 ss., rileva che «il risarcimento del danno al socio da parte della società eterodiretta (a carico del suo patrimonio) è giuridicamente possibile nel momento in cui il pregiudizio sia stato riparato dal soggetto esercente l'attività di direzione e coordinamento abbia provveduto con mezzi propri a rifondere il patrimonio della società sottoposta a detta attività e da essa danneggiata (...) essa vale a mio avviso, a giustificare e a legittimare eventuali spostamenti o trasferimenti di risorse dalla capogruppo alla società eterodiretta alla quale sia stato inferito un pregiudizio attraverso l'esercizio scorretto dell'attività di direzione e coordinamento (...)».

³⁷¹ Si rileva peraltro come nonostante una chiara indicazione in tal senso pervenga anche dalla Relazione di accompagnamento allo schema di decreto legislativo in esame (dove, al punto 13, viene definita tale responsabilità “*essenzialmente di stampo aquiliano*”) una parte della dottrina la considera di tipo contrattuale: fra gli altri A. GAMBINO, *Responsabilità amministrativa nei gruppi societari*, in *Giur. Comm.*, 1993, I, p. 848; A. PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 770 afferma «il richiamo alla *violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale* contenuto nella disposizione in oggetto mi sembra una chiara conferma della natura contrattuale della responsabilità conseguente alla violazione dell'obbligo della diligenza professionale che l'organo gestorio della società, cui fa capo la direzione unitaria, è tenuto ad osservare»; U. TOMBARI,

Si tratta di un compito particolarmente complesso, soprattutto se si considera che il pregiudizio ai soci o ai creditori consegue ad operazioni della controllata, poste in essere su direttive della *holding*. Il danneggiato, quindi, dovrà ricostruire (in modo persuasivo per il giudice) la sussistenza e l'efficienza causale di una catena di rapporti: dovrà dimostrare l'esistenza di specifiche direttive impartite dalla *holding*, il recepimento delle stesse dagli amministratori della controllata e, infine, il rapporto di causalità tra l'esecuzione ed il danno subito dalla controllata.

Poiché le direttive – e in special modo quelle rivolte verso comportamenti abusivi – sono raramente contenute in atti formali (esplicandosi per lo più in indicazioni di natura confidenziale), le difficoltà probatorie potrebbero moltiplicarsi in misura esponenziale.

Proprio in vista delle difficoltà pratiche ora accennate, al fine di assicurare una tutela effettiva, alcuni Autori sostengono la possibilità teorica di ritenere gli amministratori della *holding* artefici – in via presuntiva – non soltanto delle direttive, ma anche delle singole operazioni decise dalle controllate³⁷², con un'evidente inversione dell'onere probatorio.

Altri, spingendosi oltre, sostengono l'esistenza di una speciale forma di responsabilità “di posizione”, connessa alla funzione di garanzia della *holding*³⁷³.

Appare di particolare interesse, ai fini dell'analisi, la statuizione contenuta nell'ultima parte dell'art. 2497 co. 1 c.c.: “*non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette*”.

Riforma del diritto societario e gruppo di imprese, cit., p. 183 sostiene che se la capogruppo si ingerisce nell'amministrazione di una società del gruppo è tenuta al rispetto e alla rigorosa osservanza dei principi di corretta gestione amministrativa con la conseguenza che, in caso di violazione, la natura contrattuale della responsabilità discenderebbe direttamente dalla preesistenza del comportamento dovuto al compimento della condotta lesiva.

³⁷² Per una critica a tale «*arbitraria, presunzione*» cfr., F. GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, cit., 1041 ss.

³⁷³ *Ibidem*, pp. 1041-1042 ove riconosce che gli amministratori non si possono disinteressare di ciò che accade nelle singole controllate dato che, a norma dell'art. 2428 c.c., sono tenuti ad illustrare, nella relazione al bilancio, l'andamento della gestione della società anche attraverso altre società da essa controllate. È proprio sulla base di tale norma che si è tentato di estendere l'obbligo di garanzia ex art. 2392 c.c. in capo alla *holding* (cfr., A. DALMARTELO, G. B. PORTALE autori di pareri pubblicati sotto il titolo *I poteri di controllo degli amministratori «di minoranza»*, in *Giur. comm.*, 1980, I, p. 785) ma, rileva l'A., «si tratta di un dovere di vigilanza sulla rispondenza della gestione delle controllate alle direttive strategiche della *holding*, non certo di un dovere di vigilare su ogni singola operazione posta in essere dalle controllate. Onde la *holding* sarebbe responsabile, se non per aver ordinato, per non aver impedito l'operazione pregiudizievole per la controllata, ad essa per presunzione nota. Una presunzione di conoscenza potrebbe valere entro una struttura di tipo gerarchico (...) non vale entro un gruppo di società (...)».

La clausola si pone in linea di continuità con la disposizione di cui all'art. 2634 co. 3 c.c. Anche la riforma civilistica accoglie – seppur in forma più attenuata – la c.d. teoria dei vantaggi compensativi. Si tratta di un chiaro segno circa la volontà del legislatore di riconoscere non soltanto l'esistenza e la legittimità del gruppo, ma anche delle conseguenze che da tale organizzazione derivano.

Infatti, nel valutare la sussistenza o meno del danno da risarcire, potranno risultare irrilevanti operazioni (esecutive di una politica unitaria) che, pur pregiudicando momentaneamente l'interesse della controllata, sono rivolte al perseguimento di un risultato complessivo di cui la stessa sarà destinata a beneficiare.

Ciò non significa – ed è bene ribadirlo – che con la disposizione in esame abbia assunto rilievo giuridico un – preteso – “superiore interesse di gruppo” in nome del quale sarebbe possibile sacrificare l'integrità patrimoniale delle singole controllate; vi è, però, un mutamento di prospettiva, nel momento in cui una società entra a far parte di un gruppo l'interesse della stessa non dovrà più essere valutato “staticamente”, ma, piuttosto, nella dinamicità dei rapporti infragruppo³⁷⁴.

Il parametro di riferimento, come esplicitamente affermato nella stessa Relazione, è “*il risultato complessivo dell'attività della controllante*”, comprensivo di tutti i vantaggi,

³⁷⁴ In tal senso si veda Cass. civ., sez., I, 24 agosto 2004, n. 16707, Fiorini c. Soc. Scotti finanziaria in liq., in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2005, II, p. 373 «l'autonomia soggettiva e patrimoniale che pur sempre contraddistingue ogni singola società appartenente ad un gruppo impone all'amministratore di perseguire prioritariamente l'interesse della specifica società cui egli è preposto; e dunque non gli consente di sacrificare l'interesse in nome di un diverso interesse che, se pure riconducibile a quello di chi è collocato al vertice del gruppo, non assume nessun rilievo per i soci di minoranza e per i terzi creditori della società controllata. Nel valutare se un siffatto pregiudizio in concreto sussista, è doveroso tener conto che la conduzione di un'impresa di regola non si estrinseca nel compimento di singole operazioni, ciascuna distaccata dalla precedente, bensì nella realizzazione di strategie economiche destinate spesso a prender forma e ad assumere significato nel tempo attraverso una molteplicità di atti e comportamenti. Sicché è perfettamente logico che anche la valutazione di quel che potenzialmente giova, o invece pregiudica, l'interesse della società non possa prescindere da una visione generale: visione in cui si abbia riguardo non soltanto all'effetto patrimoniale immediatamente negativo di un determinato atto di gestione, ma altresì agli eventuali riflessi positivi che ne siano eventualmente derivati in conseguenza della partecipazione della singola società ai vantaggi che quell'atto abbia arrecato al gruppo di appartenenza». In tale contesto, tuttavia, non può sostenersi «che la mera appartenenza della società ad un gruppo renda plausibile l'esistenza di suddetti “benefici compensativi” e che, pertanto, competa alla società la quale abbia agito contro il proprio amministratore l'onere di dimostrarne l'esistenza».

In dottrina la stessa considerazione è stata svolta da C. PEDRAZZI, *Dal diritto penale delle società al diritto penale dei gruppi: un difficile percorso*, cit., p. 1784 il quale sostiene che, nell'ambito di un gruppo di società, «l'episodio singolo viene a innestarsi in una continuità e polivalenza di rapporti che rende fuorviante una considerazione isolata. È generalmente avvertita la necessità di un'ampia angolatura che guardi al trattamento complessivo riservato alla consociata; che tenga conto delle ricadute di vario segno derivanti dall'inserimento nel gruppo. Il depauperamento episodico sfugge alle categorie dell'appropriazione e della distrazione in quanto trovi adeguata contropartita in utilità patrimonialmente tangibili assicurate dall'appartenenza al gruppo (venendo così a legittimarsi come ‘costo’), oppure in quanto risulti bilanciato da apposite compensazioni».

anche mediati e indiretti, che derivano dall'appartenenza al gruppo, “*e non al danno risultante da un atto isolatamente considerato*”³⁷⁵.

Come già accennato, la disposizione civilistica denuncia una prospettiva di stampo oggettivo.

Viene richiesto, infatti, che “*il danno risulti mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento*” imponendo – in controtendenza rispetto alla disciplina penalistica, dove la clausola è ancorata a indici tipicamente finalistici – una valutazione reciproca di vantaggi e sacrifici. Si tratta, tuttavia, di un'oggettività *temperata* in quanto la valutazione non avviene in termini strettamente aritmetici, potendo rilevarsi *in compensazione* anche i vantaggi derivanti dalla strategia complessiva della capogruppo.

In altre parole, dovrà trattarsi di una valutazione sintetica dell'operato complessivo della *holding*.

Sebbene, per alcuni la clausola civilistica esprima in modo più chiaro i criteri a norma dei quali un sacrificio possa ritenersi compensato³⁷⁶, non manca chi ha rilevato come anche tale disposizione sia affetta da una manifesta dose di imprecisione³⁷⁷.

La compensazione del danno (*rectius*: l'integrale eliminazione dello stesso) può avvenire anche, *in extremis*, tramite “*operazioni a ciò dirette*”. Si è voluto introdurre una clausola di chiusura che permettesse alla *holding*, nell'ipotesi di esito negativo dell'attività di direzione e coordinamento, l'esenzione da responsabilità mediante il ristoro del danno cagionato alla controllata³⁷⁸: si lasciano, così, ampi margini di

³⁷⁵ In senso conforme E. SCARONIA, *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo di imprese*, cit., p. 39 afferma: «in tale contesto la disposizione, che come detto si limita a recepire un consolidato orientamento giurisprudenziale, prende atto della circostanza che, nella fisiologia del gruppo, il sacrificio patito da una controllata nel contesto di una politica unitaria risulta spesso transitorio ed eliso o compensato da vantaggi (passati o presenti) derivanti dall'appartenenza allo stesso, di talché, in tale ottica, perdono consistenza le eventuali pretese risarcitorie da parte dei soci e creditori della singola società che si appuntino su un singolo ed isolato episodio di gestione».

³⁷⁶ Così E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., p. 225 secondo il quale «la fattispecie civilistica meglio esprime quel giudizio di bilanciamento tra il danno subito dalla singola società (in luogo del profitto perseguito) e il risultato di vantaggio complessivo per il gruppo».

³⁷⁷ Si esprime in questi termini C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., p. 66 ove rileva che «non è indicato nella norma il limite temporale cui rifarsi per valutare il risultato complessivo: se alla chiusura dell'esercizio nel corso del quale è stato compiuto il fatto lesivo o se al momento eventuale della c.d. uscita dal gruppo della società controllata, ovvero in un altro momento ancora, con riferimento al tempo dello svolgimento del giudizio instaurato con l'azione ex art. 2497 c.c.».

³⁷⁸ R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, cit., p. 543 individua «una sorta di ravvedimento operoso che, se ed in quanto effettivamente idoneo ad eliminare il danno di cui potrebbe

autonomia per l'espletamento della politica di gruppo garantendo, nel contempo, il principio per cui l'eventuale rischio di insuccesso debba essere sopportato dalla società esercente la direzione unitaria.

La *holding*, nel perseguire la strategia globale di gruppo, deve pertanto tener in conto tutti gli interessi delle singole società controllate cercando di evitare di arrecare pregiudizi anche ad una sola componente³⁷⁹.

Se, comunque, un danno viene cagionato ad alcuna delle società eterodirette, la *holding* potrà andare esente da responsabilità solo qualora il danno venisse compensato da operazioni di segno opposto, ovvero quando la strategia complessivamente perseguita provochi concreti benefici³⁸⁰ alla società (altrimenti) danneggiata.

Si tratta indubbiamente di una valutazione piuttosto complessa poiché spesso implica una molteplicità di fattori suscettibili anche di diverse interpretazioni. Per limitare il campo, è stata prevista la possibilità, in capo alla *holding*, di provare con effetti liberatori la sussistenza dei benefici indiretti derivanti dall'attività di direzione e coordinamento³⁸¹. Come è stato sostenuto in giurisprudenza:

«se si accerta che l'atto non risponde all'interesse diretto della società il cui amministratore lo ha compiuto e che ne è scaturito nell'immediato un danno al patrimonio sociale, potrà ben ammettersi che il medesimo amministratore deduca e dimostri l'esistenza di una realtà di gruppo alla luce della quale anche quell'atto è destinato ad assumere una coloritura diversa e quel pregiudizio a stemperarsi; ma occorre che una tal prova egli dia (...) è il medesimo amministratore che deve farsi carico di allegare e provare gli ipotizzati benefici indiretti, connessi al vantaggio complessivo del gruppo, e la loro idoneità a compensare efficacemente gli effetti immediatamente negativi dell'operazione compiuta»³⁸².

essere richiesto il risarcimento, ovviamente preclude l'esercizio dell'azione risarcitoria da chi avrebbe altrimenti titolo ad esercitarla»

³⁷⁹ C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., p. 67 afferma che «la sua responsabilità (della capogruppo), quindi, deve essere valutata tenendo conto della logica unitaria e dei risultati complessivi della sua attività di direzione, anche se la visuale da cui operare la valutazione dovrà essere sempre quella della società sacrificata».

³⁸⁰ Sui criteri da impiegare per valutare la sussistenza di un vantaggio compensativo ci si soffermerà *infra* al cap. III. Bisogna comunque rilevare che i benefici derivanti dall'appartenenza al gruppo devono essere *concreti e certi*. Per un approfondimento sul punto, A. D'AVIRRO, *L'infedeltà patrimoniale. Art. 2634 c.c.*, cit., p. 133; F. MUCCIARELLI, *Il ruolo dei «vantaggi compensativi» nell'economia del delitto di infedeltà patrimoniale degli amministratori*, cit., p. 633.

³⁸¹ Critico sul punto F. GALGANO, *Le nuove società di capitali e cooperative*, cit., p. 195 secondo il quale in tal modo la *holding* potrebbe preconstituersi delle esimenti fornendo la prova, soprattutto all'interno del bilancio consolidato, «di aver adottato tutte le misure idonee per evitare il danno», secondo lo schema dell'esclusione della responsabilità delle persone giuridiche previsto dall'art. 6 del D.Lgs. n. 231/2001 che richiede venga fornita «la prova di aver adottato, ed effettivamente attuato, prima della commissione dell'illecito, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire gli illeciti».

³⁸² In questi termini la già citata sentenza della Suprema Corte: Cass. civ., Sez. I, 24 agosto 2004, n. 16707, Fiorini c. Soc. Scotti finanziaria in liq., cit., p. 373.

Volendo fare un primo raffronto – anche se il tema verrà analizzato nel capitolo seguente – si può affermare che entrambe le discipline recepiscono la teoria dei vantaggi compensativi³⁸³ in un’ottica pressochè speculare.

Non possono non rilevarsi le differenze intercorrenti tra le due formulazioni, dirette, come è stato affermato, «a svolgere un’*armoniosa composizione* delle due discipline» ponendosi in rapporto di progressione l’una rispetto all’altra. La disciplina civile, infatti, richiede la *mancaza del danno*, ovvero la sua integrale eliminazione secondo una valutazione postuma del risultato complessivo dell’attività di direzione e coordinamento accordando, in caso contrario, ai soggetti danneggiati (soci esterni e creditori) una specifica azione di responsabilità. La clausola dei vantaggi compensativi recepita dal legislatore penale è caratterizzata, invece, da un intervento repressivo *a maglie larghe*: ci si accontenta di una *compensazione virtuale* purchè la prognosi, da effettuarsi *ex ante* (ossia nel momento in cui viene compiuta l’operazione pregiudizievole) ed avente ad oggetto i vantaggi potenzialmente derivanti alla società dal collegamento o dall’appartenenza al gruppo, sia fondata su elementi *certi* (*rectius*: valutabili secondo le tecniche economico/aziendali).

Ne consegue che la responsabilità civile – considerati i requisiti particolarmente stringenti previsti nella clausola dei vantaggi compensativi (come delineata dall’art. 2497 c.c.) – potrà sussistere anche quando il fatto è penalmente irrilevante; l’intervento repressivo – coerentemente con il ruolo di *extrema ratio* – opererà solo qualora i vantaggi compensativi non fossero neppure fondatamente prevedibili all’atto di deliberare l’operazione.

In conclusione, i requisiti della responsabilità della *holding*, nel sistema dell’art. 2497 co. 1 c.c., consistono nell’esistenza e nell’effettivo esercizio di un’attività “*di direzione e coordinamento*”. L’agire va riferito a soggetti destinatari della disciplina (“*società o enti*”), i quali devono perseguire, tramite la gestione, un “*interesse imprenditoriale proprio o altrui*”. L’attività deve violare “*i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale*” e cagionare un pregiudizio “*alla redditività ed al valore della*

³⁸³ *Contra* A. D’AVIRRO, *L’infedeltà patrimoniale. Art. 2634 c.c.*, cit., p. 136 ss. secondo il quale «la norma (art. 2497 c.c.) non fa alcun riferimento ad eventuali vantaggi compensativi che possano legittimare la scorretta gestione societaria da parte degli amministratori della controllante (...)».

partecipazione sociale” (quanto ai soci), o “*all’integrità del patrimonio della società*”³⁸⁴ (quanto ai creditori della controllata).

Allorchè detti requisiti sussistano, la responsabilità potrà essere esclusa solo se “*il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell’attività*”, ovvero “*integralmente eliminato*” per via diretta o indiretta.

7. Alcune valutazioni conclusive.

Si impone, a questo punto, una prima valutazione sulle innovazioni introdotte dalla riforma con il D.Lgs. 6/2003. L’analisi, naturalmente, sarà circoscritta al contenuto delle disposizioni suscettibili di produrre effetti sul versante penalistico dei gruppi e, in particolare, sul delitto di infedeltà patrimoniale.

Possono individuarsi – in via di estrema sintesi e nella consapevolezza dei rischi conseguenti alla forzata semplificazione – le tre macro-aree maggiormente influenzate dalla novella: *a)* potere decisionale; *b)* interesse sociale; *c)* strumenti di tutela.

Può considerarsi acquisito che il legislatore ha non solo definitivamente riconosciuto il fenomeno del controllo (azionario e/o contrattuale) e delle sue conseguenze (esercizio dell’attività di direzione e coordinamento), ma anche, e soprattutto, qualificato il fenomeno stesso come legittimo.

Alla *holding* spetta dunque la «*direzione suprema del gruppo*»³⁸⁵, ossia la facoltà di impartire, nell’esercizio della sua attività di direzione e coordinamento, indirizzi idonei ad influire sulle decisioni delle controllate, i quali tuttavia restano “*ordini privati*”, in quanto emanati esclusivamente in forza di un rapporto di subordinazione gerarchica di natura privata³⁸⁶, e come tali incoercibili.

Non si tratta – è bene ribadirlo – di un potere incondizionato. Il legislatore, infatti, si preoccupa di delineare in che modo e nel perseguimento di quali finalità sia riconosciuta la legittimità dell’attività di indirizzo. Si specifica – per quanto la vaga formulazione riesca a significare – che l’esercizio dell’attività di direzione e coordinamento deve

³⁸⁴ Gli stessi punti sono evidenziati da C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., p. 63 il quale fa notare che, come si legge nella relazione al D.Lgs. n. 6/2003 (in www.ipsoa.it/online) «l’azione in esame rafforza la tutela dei soci di minoranza e dei creditori andando ad aggiungersi, in via alternativa, a quella offerta rispettivamente dall’art. 2395 e dall’art. 2394 c.c.».

³⁸⁵ F. GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, cit., p. 1023.

³⁸⁶ L’espressione è di C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., p. 76.

essere improntato al rispetto dei “*principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale*” e che “*contemperi adeguatamente*” l’interesse del gruppo, delle società controllate e dei soci di minoranza di queste ultime.

L’interprete non può non rilevare – e qui si introduce il secondo punto – come per conseguenza logica si sia dato ingresso ad un concetto sino ad oggi sconosciuto all’ordinamento italiano: l’*interesse di gruppo*.

Si tratta di un interesse *altro* rispetto all’interesse sociale, ma non per questo soltanto da considerarsi a priori *extrasociale*. L’interesse sociale sembra sovente destinato – come dimostra la clausola dei vantaggi compensativi – a cedere spazio a tale altro interesse³⁸⁷. Occorre quindi soppesare la valenza del concetto di interesse sociale in funzione dell’assunto che questo non rappresenti più lo scopo ultimo ma solo un limite al perseguimento delle politiche di gruppo.

In via di prima ricostruzione potrebbe convenirsi essere stata

«introdotta una nozione ampia di “interesse sociale”, che ricomprende anche l’interesse di gruppo nell’accezione derivante dall’accoglimento della teoria dei vantaggi compensativi; non esiste, perciò, un interesse *superiore* che possa far affievolire gli interessi delle singole società: esiste solo un “interesse generale dell’intero gruppo societario”, al quale devono ispirarsi sia gli amministratori della capogruppo sia quelli delle società controllate»³⁸⁸.

Si potrebbe quindi affermare che l’interesse di gruppo altro non sia che l’interesse sociale di tutte le singole società, valutato nella più ampia prospettiva derivante dall’appartenenza al gruppo. L’impostazione, come è ovvio, rende necessario adeguare anche il concetto di pregiudizio: mancante se compensato da altri vantaggi, derivanti dal risultato complessivo dell’attività di direzione e coordinamento ovvero conseguenti ad operazioni di segno opposto dirette o indirette.

³⁸⁷ Al riguardo, C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., p. 77 rileva che «(i) la norma, in sede di temperamento degli interessi coinvolti, almeno testualmente, non richiama l’interesse della “capogruppo”; il mancato richiamo all’interesse di quest’ultima può spiegarsi con il rilievo che anche l’interesse della controllante è diverso da quello del “gruppo”, per cui le direttive della medesima possono sacrificare – a certe condizioni – l’interesse delle controllate se ed in quanto si traducono in un beneficio per il gruppo nel suo insieme; (ii) dunque, gli amministratori non possono impartire direttive che comportano un pregiudizio per una o più società controllate; pur tuttavia, la valutazione delle operazioni gestionali della controllata andrà effettuata nel contesto di concrete e serie “opportunità” offerte dall’appartenenza al gruppo; (iii)...; (iv)...; (v) il perseguimento di un interesse complessivo di gruppo non può annullare l’interesse delle singole società che, pertanto, continuano a rappresentare un limite all’attività di direzione e coordinamento di società (...).»

³⁸⁸ *Ibidem*, p. 77

Infine, emerge come la riforma abbia impresso una spinta privatistica alla disciplina societaria³⁸⁹.

Vengono riconosciuti amplissimi poteri decisionali in capo alla maggioranza, addirittura in grado di incidere profondamente sulla struttura e sugli scopi della società³⁹⁰, e, a fronte di tali poteri, la tutela degli azionisti esterni e dei creditori è affidata a strumenti di natura *obligatoria* (*rectius*: risarcitoria) piuttosto che *invalidatoria*.

Si è voluto in tal modo assicurare il perseguimento dell'interesse imprenditoriale, incarnato dalla maggioranza, garantendo la speditezza della gestione e la certezza delle decisioni da essa assunte.

I soci esterni, pertanto, vedono fortemente ridimensionata la possibilità di partecipare alla gestione (a causa della diminuzione dei poteri dell'assemblea) il che comporta un notevole accrescimento delle difficoltà ad impugnare le delibere degli amministratori o ad agire in responsabilità (per le limitazioni introdotte al potere di impugnazione delle delibere viziate, e le soglie per esercitare l'azione di minoranza), con l'inevitabile conseguenza che le loro aspettative raramente assumono rilievo e che, ormai, tramite l'esercizio sociale si persegue (esclusivamente) l'interesse della maggioranza³⁹¹.

7.1. Sulla responsabilità degli amministratori.

Sotto il profilo della responsabilità, il discorso deve procedere in direzioni diverse a seconda che si tratti degli amministratori della *holding* o, piuttosto, di quelli preposti alla gestione della società soggetta all'attività di direzione e coordinamento.

Per quanto attiene ai primi, utili indicazioni sui confini della responsabilità possono ricavarsi dalla nozione di attività di direzione e coordinamento che si intende accogliere.

³⁸⁹ F. D'ALESSANDRO, *La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata. Ovvero: esiste ancora il diritto societario?*, cit., p. 34 ss.

³⁹⁰ In questo senso G. ROSSI-A. STABILINI, *Virtù del mercato e scetticismo delle regole: appunti a margine della riforma del diritto societario*, cit., p. 3 ove individuano «la contrattazione come meccanismo preferenziale delle regole (...) scelta che si esprime, prima di tutto, nell'ovvia forma dell'autonomia statutaria».

³⁹¹ Si rileva al riguardo che alcuni autori hanno addirittura affermato che sia venuto meno (o per lo meno si rischia che venga meno) il principio fondante il contratto sociale ossia l'esercizio in comune di un'attività al fine di dividerne gli utili ex art. 2247 c.c.. In questo senso si esprime anche F. D'ALESSANDRO, *La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata. Ovvero: esiste ancora il diritto societario?*, cit., p. 41.

Se si condivide³⁹² una nozione forte, infatti, si può anche affermare che la stessa implichi un “onere di monitoraggio”:

«se il trend favorevole ad ammettere l’ingerenza nella gestione delle società del gruppo si dovesse definitivamente affermare (...) sorgerebbe l’esigenza di individuare i settori in relazione ai quali sussiste il potere (e, in questa impostazione, il dovere) di monitorare la gestione delle società del gruppo. Questo onde evitare di estendere la responsabilità della capogruppo all’intera gestione della controllante»³⁹³.

Dalla violazione dell’obbligo di monitoraggio potrebbe discendere anche una responsabilità per omesso impedimento dell’evento (*ex art. 40 co. 2 c.p.* ovviamente in concorso col soggetto attivo) a carico di chi avrebbe dovuto svolgere il monitoraggio stesso.

Di contro, chi aderisce ad un’interpretazione più restrittiva dell’attività di direzione e coordinamento ritiene che gli amministratori, pur non potendosi disinteressare di quanto accade nella controllata, non abbiano un generale dovere di monitoraggio. Questo, infatti, dovrebbe essere circoscritto esclusivamente alla rispondenza della gestione delle controllate alle direttive strategiche della *holding* piuttosto che ricomprendere qualsiasi operazione posta in essere dalla controllata. Adottando siffatta impostazione i casi di estensione della responsabilità si riducono fortemente³⁹⁴.

La responsabilità degli amministratori *della capogruppo*, pertanto, potrebbe sussistere (solo) a titolo di concorso morale: le direttive – in qualsiasi forma si manifestino – impartite agli amministratori della controllata possono essere qualificate alla stregua di istigazioni. Ovviamente si dovrà trattare di direttive illegittime (ossia non improntate al rispetto dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale e finalizzate a perseguire un interesse incompatibile con quello della società neanche nell’ottica dei vantaggi compensativi).

³⁹² F. BONELLI, *Responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, in *Giur. Comm.*, 2004, p. 620 suppl. n. 3; A. GAMBINO, *Responsabilità amministrativa nei gruppi societari*, cit., p. 841 ss; B. LIBONATI, *La responsabilità nel gruppo*, cit., p. 587 ss.

³⁹³ R. SACCHI, *Sui gruppi nel progetto Mirone*, cit., p. 368-369.

³⁹⁴ F. GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, cit., p. 1041 sostiene che «è vero che gli amministratori della controllante non possono disinteressarsi di ciò che accade nelle controllate: essi sono tenuti ad illustrare, nella relazione al bilancio, l’andamento della gestione della società “anche attraverso altre società da essa controllate art. 2428 c.c.”. Si può, correttamente, costruire su questa norma una estensione del dovere di vigilanza di cui all’art. 2392 co. 2 c.c., all’andamento della gestione di gruppo “anche attraverso le controllate”. Ma si tratta di un dovere di vigilanza sulla rispondenza della gestione delle controllate alle direttive strategiche della *holding*; non certo un dovere di vigilare su ogni singola operazione posta in essere dalle controllate».

Invece, per quanto riguarda i secondi, poiché le direttive impartite dalla *holding* non hanno cogenza giuridica (trovando la forza persuasiva o dissuasiva in rapporti di natura privata), il mancato rifiuto di eseguire le direttive illegittime comporta la personale responsabilità civile e penale conseguente alla condotta stessa.

7.2. Una rivisitazione del concetto di “interesse sociale” e di “pregiudizio”.

Altro interessante profilo di analisi è, come già accennato poc’anzi, il conflitto di interessi il quale, nell’economia del delitto di infedeltà patrimoniale di cui all’art. 2634 c.c., svolge la funzione di presupposto della condotta.

Per valutare la sussistenza di siffatto requisito, infatti, non si può prescindere dai risultati cui è pervenuta la dottrina e la giurisprudenza in campo civilistico: il recepimento legislativo della teoria dei vantaggi compensativi, infatti, impone una rivisitazione tanto del concetto di “interesse sociale” quanto di “pregiudizio”.

L’agente verte in situazione conflittuale non per il sol fatto di non perseguire l’immediato interesse della società cui è preposto, bensì quando volga la sua condotta al perseguimento di un interesse extrasociale ossia di un interesse personale o di terzi (categoria cui appartengono anche la *holding* e le società sorelle).

Di contro, l’interesse generale dell’intero gruppo non può definirsi *tout-court* extrasociale. Qualora la gestione sociale sia improntata e finalizzata al raggiungimento di una politica di gruppo bisognerà accertare se la società controllata è destinata a godere di vantaggi superiori o, quantomeno, non inferiori agli eventuali pregiudizi ad essa richiesti in vista del perseguimento di una politica globale. Siffatto accertamento, ovviamente, non potrà essere condotto su una singola operazione ma dovrà essere effettuato “*alla luce del risultato complessivo dell’attività di direzione e coordinamento*”.

Nella stessa ottica deve essere inserito il concetto di pregiudizio il quale, parimenti, non può ritenersi integrato per il solo fatto che venga posta in essere una operazione svantaggiosa. Un’operazione pregiudizievole, se guardata dalla più ampia prospettiva del gruppo, può costituire piuttosto che un *danno* un *costo* che la società controllata deve affrontare per poter godere dei maggiori benefici derivanti dall’appartenenza al

gruppo. Solo nel caso in cui tali “costi” diventino eccessivi o addirittura totalmente ingiustificati si potrà parlare, in senso tecnico, di pregiudizio (*rectius*: di danno).

7.3. Sui poteri della maggioranza, sul bene tutelato e sulle ragioni della procedibilità a querela in relazione al delitto di infedeltà patrimoniale.

Infine sono doverose, nonchè necessarie, alcune note circa i poteri attribuiti alla maggioranza in quanto questi da un lato influiscono in modo significativo sugli strumenti di tutela garantiti ai soci esterni e ai creditori sociali e dall’altro potrebbero giustificare – o, perlomeno, esplicitare – le ragioni che hanno indotto il legislatore a sottoporre la perseguibilità del delitto di infedeltà patrimoniale alla proposizione della querela da parte del soggetto offeso.

Dalla forte impronta privatistica impressa con la riforma del diritto societario si possono ricavare indicazioni utili – ed ulteriori rispetto a quelle contenute nella disciplina squisitamente penalistica – circa l’interesse tutelato dalla norma incriminatrice.

L’accento è posto quasi esclusivamente su interessi di natura patrimoniale facenti capo, per lo più, alla maggioranza la quale vede – in seguito alla riforma del diritto societario – accresciuti i suoi poteri e garantita una maggiore celerità e stabilità alle sue decisioni.

Gli interessi delle minoranze, invece, sembrano degradati ad interessi di natura strettamente patrimoniale e pertanto tutelabili con rimedi di natura esclusivamente risarcitoria piuttosto che invalidatoria.

Alla luce di ciò si potrebbe sostenere che, nel caso di controllo totalitario della *holding* sulla società controllata, eventuali comportamenti abusivi degli amministratori possano ritenersi scriminati ex art. 50 c.p.³⁹⁵

Discorso differente deve svolgersi qualora intervenga il dissesto della società. In tal caso, infatti, vengono in considerazione interessi di natura pubblicistica non disponibili da parte del titolare del capitale, e perciò non scriminabili. Tuttavia, potrebbe essere opportuno valutare comunque le condotte dei soggetti attivi nella logica dei vantaggi compensativi³⁹⁶.

³⁹⁵ Già C. PEDRAZZI, *Gruppo di imprese e responsabilità penale*, cit., p. 157 faceva tali considerazioni in relazione al reato di appropriazione indebita di cui all’art. 646 c.p. e al conflitto di interessi di cui al vecchio art. 2631 c.c.

³⁹⁶ In dottrina ha espresso tale opinione BONFATTI, *Le “esenzioni” dalla revocatoria. Le operazioni strumentali all’accesso alle procedure concorsuali minori o alla esecuzione delle stesse*, cit., p. 87.

Per le medesime ragioni potrebbe esservi una coerenza nella scelta di subordinare la perseguibilità del reato alla querela della persona offesa (ossia gli amministratori), tutelandosi un interesse di natura privata (così dovrebbe essere considerato il patrimonio sociale) e in particolare della maggioranza: si vuole lasciare agli amministratori, espressione della stessa, la scelta di richiedere l'intervento repressivo.

In quest'ottica, le aspettative dei soci esterni e dei creditori sociali verrebbero completamente rideterminate (*rectius*: disattese), giacchè potrebbero ricercare una tutela, esclusivamente sul piano civile, gli uni tramite l'azione di minoranza di cui all'art. 2393-*bis* c.c. e l'azione individuale del socio e del terzo di cui all'art. 2395 c.c.; gli altri tramite l'azione di responsabilità di cui all'art. 2394 c.c.; entrambi, infine, con l'azione di responsabilità ex art. 2497 co. 1 c.c.

Non si può però rinunciare a rilevare come, ancora una volta, i gravi oneri probatori connessi all'esercizio delle azioni potrebbero ostacolare (o addirittura annullare) l'effettiva tutela di tali interessi.

Tuttavia occorre rilevare che si tratta di una valutazione *de jure condendo* e che, allo stato attuale, si pone in contrasto con l'opinione prevalente della Suprema Corte (Cass. pen., 24 aprile 2003 citata *supra* cap. I nota 175 p. 53).

CAPITOLO III

LA CLAUSOLA DEI VANTAGGI COMPENSATIVI.

SOMMARIO: 1. Individuazione della problematica: un fenomeno caratterizzato dall'antinomia tra «unità» economica e «pluralità» giuridica. – 1.1. Una possibile soluzione: l'emersione della teoria dei vantaggi compensativi. – 2. Compensazione tra vantaggi e pregiudizi: i passi «incerti» della giurisprudenza italiana. – 2.1. Alcuni spunti comparatistici: la giurisprudenza francese, la disciplina tedesca e i *fiduciary duties* americani. – 2.2 Clausola dei vantaggi compensativi: il percorso dottrinale. – 2.3. Alcuni rilievi critici circa l'efficienza della clausola: un *revirement* rigoristico e la prospettazione di una soluzione alternativa. – 3. La soluzione accolta dal legislatore: la clausola dei vantaggi compensativi. – 3.1. Una ipotesi di lavoro. – 3.2. La formulazione civilistica. – 3.3. La formulazione penalistica. – 3.3.1. La difficile individuazione dell'ambito di applicazione oggettivo e soggettivo. – 3.3.2. L'equivoca chiave di valutazione cui rapportare la sussistenza della compensazione. – 3.3.3. L'utilizzazione di una «formula aperta» per definire i criteri compensativi. – 3.4. Sulla natura della clausola dei vantaggi compensativi: scriminante, esclusione della tipicità del fatto o limite esegetico. – 3.4.1. Esportabilità della clausola ad altre fattispecie di reato. – 4. Rapporti tra le due discipline. – 5. Sulla ripartizione dell'onere probatorio. – 5.1. Alcune valutazioni sull'efficacia pratica della clausola.

1. Individuazione della problematica: un fenomeno caratterizzato dall'antinomia tra «unità» economica e «pluralità» giuridica.

Si è parlato³⁹⁷ – nel capitolo precedente – del fenomeno dei gruppi di società sottolineando come le concentrazioni di impresa – ossia il modello organizzativo scelto e dalle grandi imprese e, ormai, anche da quelle di dimensioni minori – sia tipico di tutti i paesi ad economia avanzata³⁹⁸.

Come si è avuto modo di notare le ragioni di tale tendenza sono da individuarsi nella possibilità di fruire di innumerevoli vantaggi sotto il profilo economico-finanziario, fiscale e giuridico³⁹⁹.

Attraverso l'acquisizione del controllo di una o più imprese, infatti, la società *holding* ha la possibilità di raggiungere le dimensioni ottimali per poter fruire delle economie di scala massimizzando i profitti; di ridurre gli *influence cost*⁴⁰⁰; di rendere i gestori delle

³⁹⁷ Cfr., *supra* cap. II, par. 1.2. e 6.1.

³⁹⁸ U. PATRON GRIFI, "Fiduciary duties" e gruppi di società, in *Giur. Comm.* 1994, p. 886 ss.

³⁹⁹ Per citarne alcuni, si possono ricordare: la diversificazione dei rischi; la possibilità di reperire più facilmente capitali; l'utilizzazione di una struttura adattabile alle più varie esigenze di gestione; l'impiego di un agile strumento per la allocazione e l'efficiente sfruttamento delle risorse economiche e per la espansione diversificata dell'impresa in settori o mercati nuovi.

⁴⁰⁰ Col termine *influence cost* ci si riferisce, qui, a tutti i costi transazionali che, solitamente, aumentano proporzionalmente all'accrescersi della struttura organizzativa. La presenza di costi transazionali, associata ai sistemi di produzione sempre più complessi e specializzati, nonché a contesti istituzionali e

diverse società controllate più autonomi potendo così differenziarne i trattamenti retributivi in modo libero incentivandone la redditività⁴⁰¹; di godere della posizione già raggiunta sul mercato dalla società controllata avvantaggiandosi dell'avviamento commerciale, di una forza lavoro già addestrata, del *know-how* ed eventualmente dei marchi e dei brevetti industriali⁴⁰².

Non di poco momento risultano poi i vantaggi di natura *fiscale* ottenibili tramite tale forma organizzativa. Tra i più rilevanti: la possibilità di fruire del ROL⁴⁰³ delle società appartenenti al gruppo che non raggiungono la soglia prevista; l'utilizzo immediato delle perdite delle società-sorelle in detrazione ad opera della capogruppo tramite il bilancio consolidato⁴⁰⁴.

Infine, vi sono convenienze perseguibili anche sotto il profilo *giuridico*.

Infatti, la struttura «molecolare» del gruppo, sebbene possa essere ricondotta ad economica unità, potendo essere individuata – si è visto – un'impresa sostanzialmente unitaria, dal punto di vista prettamente giuridico opera e si “frantuma” in un «arcipelago di autonomi centri soggettivi d'imputazione patrimonialmente stagni»⁴⁰⁵. Proprio tale caratteristica determina la grande appetibilità della struttura organizzativa in esame la quale consente, per tale via, di frazionare e ripartire il rischio di impresa fra tutte le

normativi differenti, ha spinto le imprese a modificare i propri modelli organizzativi. La forma di gruppo costituisce una delle possibili risposte alla presenza di quell'insieme di *fallimenti di mercato* derivanti, come si è visto, principalmente da imperfezioni informative e dalla incompletezza dei contratti. Per un approfondimento sul tema si rinvia a L. CANNARI-C. GOLLA, *La diffusione dei gruppi industriali in Italia*, in *I gruppi di società*, Ati del convegno internazionale di studi, Venezia 16-17-18 novembre 1995, a cura di P. BALZARINI, G. CARCANO e G. MUCCIARELLI, Milano, 1996, p. 1090 ss.

⁴⁰¹ *Ibidem*, p. 821 ss.

⁴⁰² Individua tali *utilities* U. PATRON GRIFFI, “*Fiduciary duties*” e *gruppi di società*, cit., p. 886

⁴⁰³ Con il termine ROL si intende il *risultato operativo lordo* che è dato dalla differenza fra il valore complessivo della produzione e i costi inerenti alla produzione stessa (con esclusione delle quote di ammortamento delle immobilizzazioni e dei canoni di *leasing* a beni strumentali). Per i soggetti passivi di Ires (le società), gli interessi passivi e gli oneri assimilabili sono deducibili in ciascun periodo di imposta fino a concorrenza degli interessi attivi e dei proventi assimilati realizzati nel medesimo periodo. L'eccedenza negativa è ulteriormente deducibile ma entro il limite del 30 per cento del ROL (Art. 96, co. 1 terzo periodo T.u.i.r.). In caso di partecipazione al consolidato nazionale, «l'eccedenza negativa sorta in capo ad una società può essere portata a riduzione del reddito complessivo del gruppo (rettifica di consolidamento), se e nei limiti in cui le altre società aderenti al consolidato presentino, per lo stesso periodo di imposta, una parte di ROL non utilizzata per la deduzione dei propri interessi passivi» così F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario (parte speciale)*, Milano, 2008, ed. 8, p. 145.

⁴⁰⁴ Oltre ai vantaggi poc'anzi individuati, caratterizzati dallo sfruttamento di opportunità concesse dall'ordinamento o comunque generalmente ritenute lecite, se ne possono individuare altrettanti – e forse anche maggiori – che sfruttano, all'opposto, le lacune dello stesso per ottenere vantaggi a spese dei soggetti più deboli, quando non si tratti di veri e propri comportamenti illeciti. La disamina di questi ultimi è stata approfondita da V. MILITELLO, *Attività del gruppo e comportamenti illeciti: il gruppo come fattore criminogeno*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Ec.*, 1998, p. 367 ss.

⁴⁰⁵ V. NAPOLEONI, *Geometrie parallele e bagliori corruschi del diritto penale dei gruppi (bancarotta intragruppo, infedeltà patrimoniale e «vantaggi compensativi»)*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3788.

società controllate: delle obbligazioni assunte risponde solo la società che le ha contratte risultando, la *holding*, terza rispetto ai rapporti instaurati dalle società controllate.

Allo stesso tempo, è proprio questa la maggiore problematica che il fenomeno dei gruppi presenta al legislatore e all'interprete: fare i conti con un soggetto che si presenta fattualmente (*rectius*: economicamente) unitario e giuridicamente plurimo⁴⁰⁶.

Tuttavia, solo nel concreto modo di operare dei gruppi possono comprendersi appieno i risvolti pratici (e problematici) di quanto affermato. La società *holding*, infatti, esercita, in virtù del controllo azionario o contrattuale diretto o mediato, una «direzione unitaria» sulle società facenti parte del gruppo perseguendo, naturalmente, l'interesse del gruppo nel suo complesso. Si tratta di un interesse che “trascende” quello delle singole componenti e con il quale, talvolta, può non solo coincidere ma addirittura contrapporsi⁴⁰⁷.

Conseguono rilevanti problematiche in merito alla valutazione del comportamento degli organi gestori delle società controllate, i quali hanno l'obbligo di operare nell'esclusivo interesse dell'amministrata senza anteporre ad esso interessi conflittuali, di cui siano portatori anche per conto di terzi (categoria all'interno della quale rientrano il gruppo, la capogruppo e le società sorelle). È necessario, pertanto, tutelare chiunque, azionista esterno e creditore sociale, sia portatore di interessi inscindibilmente legati alle sorti di una singola componente del gruppo. Infatti, tali soggetti, non fruendo dei risvolti positivi connessi al perseguimento di una politica unitaria, vengono pregiudicati ogniqualvolta, tramite questa, si perseguano interessi afferenti all'intero complesso tralasciando l'obiettivo di massimizzare (anche) i profitti della società «monade».

⁴⁰⁶ La centralità della problematica evidenziata nell'approccio al fenomeno dei gruppi è riconosciuta da gran parte della dottrina, in particolare F. GALGANO, *L'impresa*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa* diretto da A. DI AMATO, vol. I, *I principi generali*, Padova 1990, p. 92. In senso conforme anche P. MONTALENTI, *Conflitto di interessi nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, I, p. 715: «il problema (è) di una semplicità quasi disarmante; le soluzioni di una difficoltà forse insuperabile».

⁴⁰⁷ Precisando tale constatazione V. NAPOLEONI, *Geometrie parallele e bagliori corruschi del diritto penale dei gruppi (bancarotta intragruppo, infedeltà patrimoniale e «vantaggi compensativi»)*, cit., p. 3788 afferma: «sovente la massimizzazione del risultato economico globale «esige» «riti sacrificali», in termini di «travasi di risorse» dall'una all'altra affiliata: e così – tanto per richiamare ipotesi emblematiche – finanziamenti gratuiti intesi a sostenere comparti nevralgici; o canalizzazioni di utili, tramite operazioni di *transfer price*, verso società in perdita o residenti in paesi a più bassa fiscalità, onde ridurre il carico tributario complessivo».

Sotto la vigenza della vecchia disciplina civilistica, la soluzione adottata per risolvere la tensione tra unità e pluralità era quella di dislocare i due poli su «universi paralleli»⁴⁰⁸:

«l'unità del gruppo sarebbe di natura puramente economica, *ergo*, irrilevante per il diritto; sul piano giuridico, per converso, non si potrebbe che prendere atto della presenza di una pluralità di società, ciascuna con una autonoma «identità patrimoniale», e trarne le debite conseguenze: a meno che specifiche norme (*id est*: quelle delle leggi speciali che in modo affatto rapsodico e disarticolato si erano venute via via occupando del fenomeno) attribuiscono – eccezionalmente – al gruppo rilievo unitario»⁴⁰⁹.

Le conseguenze di siffatta impostazione si dimostrarono tutt'altro che soddisfacenti: i maggiori problemi, derivanti dalle costanti influenze della *holding* nella sfera di autonomia delle singole società del gruppo, non trovarono una risposta adeguata. Affrontare la nuova realtà giuridica con gli strumenti del diritto azionario classico e in un'ottica «atomistica» non solo non garantiva una tutela efficace ai soggetti deboli (soci esterni e creditori sociali) ma, allo stesso tempo, risultava anche inefficiente⁴¹⁰.

Da un lato, gli strumenti a disposizione dell'operatore giuridico – ossia la disciplina del conflitto di interessi del socio di controllo e degli amministratori di cui agli artt. 2373 e 2391, 2631 c.c. – erano suscettibili, se applicati in modo restrittivo, di paralizzare il funzionamento del gruppo di società⁴¹¹ con il rischio di emarginare dall'ordinamento un fenomeno positivamente valutato anche dal legislatore del 1942 (per gli innumerevoli vantaggi pratici conseguibili attraverso il modello organizzativo).

Dall'altro, continuare a considerare le singole società come soggetti completamente autonomi e indipendenti significava non tener conto della realtà economica e del dettato

⁴⁰⁸ Si esprime in questi termini V. NAPOLEONI, *Geometrie parallele e bagliori corruschi del diritto penale dei gruppi (banca rotta intragruppo, infedeltà patrimoniale e «vantaggi compensativi»)*, cit., p. 3789.

⁴⁰⁹ *Ibidem*, p. 3789.

⁴¹⁰ Riconosce che «il problema centrale di ogni disciplina dei gruppi è quello della tutela dei soggetti, azionisti e creditori, che appuntano le proprie aspettative sulla situazione economica di una singola affiliata e che possono veder lese tali aspettative da una politica volta a favorire altri settori del complesso» P. ABBADESSA, *I gruppi di società nel diritto italiano*, in *I gruppi di società* a cura di A. PAVONE LA ROSA, Bologna, 1982, pp. 103 e 121; identifica il principale nodo problematico generato dal fenomeno dei gruppi nel trovare un bilanciamento tra l'esigenza di non precludere il perseguimento di politiche di gruppo e quella di evitare che esse si risolvano in danno dei soci «esterni» e dei creditori della singola società anche R. ROVELLI, *Conflitto di interessi nel gruppo di società*, in *Società*, 1989, p. 449; ID, *Direzione unitaria e responsabilità nel gruppo*, *ivi*, 1989, p. 1128.

⁴¹¹ Rilevano tale rischio A. MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, in *Contr. Impr.*, 1986, p. 729 ss; M. BIN, *Il conflitto di interessi nei gruppi di società*, in *Contr. Impr.*, 1993, p. 879; P. SPADA, *L'amministrazione delle società per azioni fra interesse sociale ed interesse di gruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, p. 234; A. GAMBINO, *Responsabilità amministrativa nei gruppi societari*, in *Giur. comm.*, 1993, pp. 845-846.

normativo. Infatti, come sottolineato da parte della dottrina⁴¹², l'incalzare dei tempi impone una revisione del concetto di *interesse sociale* il quale, nel momento in cui una società entra a far parte di una comunità allargata, deve necessariamente temperarsi con interessi che pur essendo «*altri*» non devono, per ciò solo, essere considerati aprioristicamente *extrasociali*. Tra questi emerge sicuramente l'interesse di gruppo, definito come «il punto di equilibrio, il centro di convergenza, l'asse di coordinamento tra l'interesse della controllante e l'interesse delle altre società del gruppo»⁴¹³.

1.1. Una possibile soluzione: l'emersione della teoria dei vantaggi compensativi.

Può dirsi quindi comunemente avvertita l'esigenza e la necessità di un ribaltamento di prospettiva. Ribaltamento che prende le mosse dal riconoscimento della separazione e dell'autonomia delle componenti del gruppo, non più considerate in termini assoluti bensì relativi – e qui consiste la novità rispetto al passato – in forza dei sempre più convinti riconoscimenti dottrinali, giurisprudenziali, e, soprattutto, normativi (pur ad opera di leggi di “settore”) della legittimità dell'esercizio di un potere di «direzione unitaria» in capo alla *holding*.

Il riconoscimento, ed il suo portato, si percepiscono nel radicale mutamento dell'approccio al problema. L'attenzione non è più rivolta a tutelare gli spazi di autonomia delle singole componenti del gruppo (formalmente inviolabili seppur fortemente pregiudicati nell'effettivo operare della gestione sociale), ma a stabilire – all'opposto – in che misura la *holding* può limitare l'autonomia delle controllate, quali devono essere i limiti della «direzione unitaria» e quale sia il confine tra l'esercizio

⁴¹² Sulla necessità di rivisitare i concetti di interesse sociale e di pregiudizio cfr., A. MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, cit., 1986, p. 729 ss; in merito alla non extrasocialità dell'interesse di gruppo F. GALGANO, *L'oggetto della holding è, dunque, l'esercizio mediato e indiretto dell'impresa di gruppo*, in *Contr. Impr.*, 1990, p. 403 ss.

⁴¹³ P. MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, cit., p. 719 ss. sostiene che «negare questa realtà significa proporre sul piano della teoria giuridica un modello di impresa che non esiste» e prosegue argomentando: «il perseguimento dell'interesse di gruppo come punto di equilibrio tra l'interesse della controllante e l'interesse delle controllate trova dunque la sua prima legittimazione nella realtà *economico-sociale* dell'impresa moderna, ove costituisce elemento indefettibile dei rapporti tra le imprese del gruppo. Trova altresì una sua *legittimazione normativa* nella nozione stessa di controllo».

legittimo di tale potere e l'«indebita coartazione delle singole sfere di autodeterminazione»⁴¹⁴.

Il terreno sul quale dottrina e giurisprudenza si sono confrontate nel tentativo di trovare un punto di equilibrio tra autonomia ed eterodirezione è fondamentalmente il conflitto di interessi. Da una visione formale della norma si passa ad una interpretazione sostanziale, esigendo un danno almeno potenziale per la stessa sussistenza del conflitto. Inoltre, dimostrando maggiore sensibilità al problema, si riconosce che il conflitto stesso non può essere apprezzato con valutazioni isolate, ben potendo il pregiudizio essere stemperato dai vantaggi di segno opposto derivanti dall'essere parte di un gruppo.

Si fa strada l'idea che ravvisa nei vantaggi compensativi il requisito necessario per valutare non solo la rispondenza dell'operato degli organi gestori all'interesse sociale dell'ente cui sono preposti, ma anche la legittimità di operazioni intragruppo, apparentemente (e momentaneamente) dannose per taluna delle componenti, ma, nel lungo periodo, vantaggiose per il gruppo nel suo complesso e persino per la singola società (che troverà, nel perseguimento della politica unitaria della *holding*, vantaggi idonei a compensare il pregiudizio infertole).

Secondo la dottrina, la teoria dei vantaggi compensativi

«sembra attualmente rappresentare il capolinea del dibattito sulla legittimità delle politiche di gruppo, sulla possibilità cioè, per la controllante di imporre alle controllate decisioni per esse svantaggiose ma vantaggiose per altre società del gruppo e quindi, in ultima analisi, per l'interesse del gruppo stesso»⁴¹⁵.

L'obiettivo è appunto quello di garantire “margin di libertà” alla *holding* per l'attuazione delle politiche di gruppo, tenendo tuttavia in considerazione che ogni

⁴¹⁴ In questi termini si esprime P. MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, cit., p. 720 ss ove afferma che «il perseguimento dell'interesse di gruppo implica necessariamente una limitazione dell'interesse delle singole controllate, ma il compito del giurista è proprio quello di tracciare una linea di demarcazione tra imperio legittimo e abuso del dominio, linea di demarcazione che trova il suo fondamento giuridico nell'esistenza di società giuridicamente distinte e nella proiezione dell'interesse sociale verso la protezione degli interessi sia degli azionisti di minoranza sia dei creditori». L'A. prosegue sostenendo che «l'ingerenza direttiva della capogruppo nella gestione delle controllate è un dato irreversibile nella realtà empirica e fatto giuridicamente legittimo, che si estrinseca in atti negoziali, rispetto ai quali si pongono i problemi tradizionalmente racchiusi nell'area del conflitto di interessi, sia in comportamenti non negoziali, quali le direttive al *management* non formalizzate in deliberazioni consiliari, rispetto ai quali i problemi si spostano verso l'area tematica della responsabilità della capogruppo».

⁴¹⁵ S. ROSSI, *Relazione introduttiva*, in *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 612.

singola società costituisce un autonomo centro di imputazione di rapporti giuridici, e così garantendo le aspettative dei soggetti ad essa legati (quali soci esterni e creditori sociali): la controllata non può essere asservita alla controllante, ma deve essere gestita secondo criteri non di economicità ma di remunerazione del capitale, avendo di mira il perseguimento del suo oggetto sociale.

Senza indugiare ulteriormente, occorre esaminare il tema centrale: la clausola dei vantaggi compensativi.

Al proposito, paiono opportuni alcuni cenni metodologici. Innanzitutto, bisognerà considerare che si tratta del frutto di un complesso e variegato *iter* giurisprudenziale e dottrinale. Essendosi cimentati gli operatori di diverse branche dell'ordinamento – civile, penale, fallimentare – i risultati sono spesso mutevoli e caratterizzati da continui oscillamenti tra chi si radica nel dogma dell'autonomia societaria e chi, timidamente o apertamente, riconosce la validità delle tecniche compensative.

Anche in dottrina il percorso non è stato del tutto lineare. Nonostante un generale riconoscimento circa la idoneità della compensazione a costituire il punto di equilibrio tra logiche di gruppo e di tutela dei soggetti esterni – in un'ottica di giustizia sostanzialmente retributiva –, si registrano diverse impostazioni che divergono in modo significativo non solo per la forma giuridica dei rimedi prospettati, ma soprattutto per la sostanza delle possibili compensazioni individuate⁴¹⁶. A quest'orientamento, poi, se ne contrappone un altro che valuta negativamente la teoria dei vantaggi compensativi non tanto sul piano redistributivo quanto su quello dell'efficienza complessiva del sistema⁴¹⁷.

⁴¹⁶ Parte della dottrina ha proposto l'obbligo di un'equa redistribuzione del *surplus* prodotto dall'operazione tra tutte le società del gruppo (tra questi B. LIBONATI, *La responsabilità nel gruppo*, in *Riv. Dir. comm.* 1995, I, p. 587; D. PREITE, *Il conflitto di interessi del socio tra codice e disciplina di mercato*, in *Riv. soc.*, 1988, pp. 361 e 402 ss; G. SCOGNAMIGLIO, *La politica di gruppo e l'interesse delle società controllate*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 497 ss.); altri A. sono più propensi a soluzioni di tipo risarcitorio, ritenendo necessario un vero e proprio indennizzo contestuale a carico della capogruppo e a favore della società svantaggiata (F. BONELLI, *Conflitto di interessi nei gruppi di società*, in *Giur. Comm.*, 1992, I, p. 226; P. SPADA, *L'amministrazione della società per azioni tra interesse sociale e interesse di gruppo*, cit., p. 233). Un'elaborazione più recente (P. MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, cit., 710 ss.) teorizza invece una concezione dei vantaggi compensativi che, pur escludendo la sufficienza dei benefici genericamente derivanti dal mero legame di gruppo come contropartita del pregiudizio inflitto alla società controllata, non richiede un ristoro né immediato né rigidamente proporzionale.

⁴¹⁷ I maggiori fautori di questo filone sono F. DENOZZA, *Rules vs Standard nella disciplina dei gruppi: l'inefficienza delle compensazioni «virtuali»*, in *Giur. Comm.*, 2000, I, p. 327 ss; L. ENRIQUES, *Gruppi piramidali, operazioni intragruppo e tutela degli azionisti esterni: appunti per un'analisi economica*, in *Giur. comm.*, 1997, I, p. 698 ss; ID, *Vaghezza e furore. Ancora sul conflitto di interessi nei gruppi di*

Occorrerà, pertanto, una breve rassegna di giurisprudenza e dottrina onde tracciare i punti salienti del percorso che ha portato il legislatore della riforma al recente accoglimento sul piano giuspositivo sia in campo penale che civile.

La clausola dei vantaggi compensativi è stata accolta sia nella disciplina dell'infedeltà patrimoniale di cui all'art 2634 co. 3 c.c., sia nella disposizione di cui all'art. 2497 co. 1 c.c. sulla responsabilità della società o dell'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento in modo scorretto.

L'intervento normativo, pur aderendo a siffatta impostazione, non dirime totalmente le svariate problematiche già emerse a livello interpretativo. Molteplici sono le imprecisioni e numerose le clausole generali utilizzate; sarà pertanto necessario indagare nuovamente le diverse interpretazioni possibili rivolgendo l'attenzione alle potenziali conseguenze.

Solo al termine di questa analisi, e alla luce di una interpretazione sistematica e coordinata della disciplina civilistica e penalistica, potrà valutarsi il margine di autonomia lasciato dal legislatore alla *holding* per il perseguimento dell'interesse di gruppo, la tutela offerta ai soci esterni e ai creditori, e le conseguenze relative al delitto di infedeltà patrimoniale.

2. Compensazione tra vantaggi e pregiudizi: i passi «incerti» della giurisprudenza italiana.

Le maggiori resistenze al recepimento del fenomeno del gruppo, sotto il profilo giurisprudenziale, e, di conseguenza, al riconoscimento del venir meno dell'autonomia patrimoniale delle singole società in vista del perseguimento di una strategia globale, si riscontrano di sicuro sul terreno penal-fallimentare.

A riprova, una recente massima della Suprema Corte sostiene fermamente il principio per cui

«la bancarotta fraudolenta prescinde dalla considerazione degli interessi del gruppo societario, unitamente apprezzato: una volta intervenuto il fallimento, viene in evidenza la

società in vista dell'attuazione della legge delega per la riforma del diritto societario, in Associazione Disiano Preite, *Verso un nuovo diritto societario*, Bologna, 2002, p. 247 ss.

tutela dei creditori, poiché il fenomeno del collegamento societario non vulnera il principio dell'autonomia soggettiva di ciascuna società facente parte del gruppo»⁴¹⁸.

Trattasi di una massima che si inserisce entro un filone giurisprudenziale costantemente orientato (*rectius*: radicato) nel disconoscere come l'appartenenza ad un gruppo muti le condizioni operative della singola impresa per affermare la sacralità dell'autonomia patrimoniale⁴¹⁹.

La giurisprudenza civilistica, all'opposto, registra un maggior fermento. Pur non mancando gli assidui sostenitori del «dogma» della rilevanza meramente economica del gruppo⁴²⁰, a far data dai primi anni '90 si scorgono svariate sentenze che più o meno nettamente aderiscono alla c.d. teoria dei vantaggi compensativi⁴²¹.

Un primo accenno si ritrova in alcune decisioni di merito⁴²², avvalorate da statuizioni conformi della Cassazione⁴²³, ove sono state ritenute legittime tutte quelle operazioni (poste in essere da controllate nel perseguimento dell'interesse di gruppo) tali da non

⁴¹⁸ Cass. pen., 24 aprile 2003, Tavecchia, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2142. Si tratta di un orientamento consolidato in materia secondo il quale «anche quando essa (la società controllata) sia inserita in un gruppo (...), ciascuna di dette società conserva distinta personalità giuridica ed autonoma qualità di imprenditore, rispondendo, con il proprio patrimonio, soltanto dei propri debiti» (Cass. 8 febbraio 1989, n. 795 in *Il fallimento*, 1989, p. 609) risultando impermeabile a qualsiasi logica di tipo compensativo. Pertanto l'appartenenza ad un medesimo gruppo non può comunque assurgere a ragione giustificativa degli atti di disposizione a titolo gratuito, o privi di seria contropartita, eseguiti dagli amministratori di una società a favore di una società «collegata» in quanto non si può ravvisare nella strategia globale perseguita dalla *holding* una patente di legittimazione degli atti lesivi dell'integrità patrimoniale dei singoli enti, cui rimane ancorata la garanzia dei creditori (in questi termini V. NAPOLEONI, *Geometrie parallele e bagliori corruschi del diritto penale dei gruppi (banca rotta intragruppo, infedeltà patrimoniale e «vantaggi compensativi»*), cit., p. 3789).

⁴¹⁹ Nel medesimo senso cfr., Cass. pen., Sez. V, 1° luglio 2002, Arienti, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2789; ID, Sez. V, 26 gennaio 2001, Cardinali, *ivi*, 2002, p. 1532; ID, Sez. V, 19 gennaio 2000, Messina, *ivi*, 2001, p. 1336.

⁴²⁰ Cass. civ., Sez. I, 8 maggio 1991, n. 5123, in *Giust. Civ.*, 1992, I, p. 2509 ove si afferma che «il gruppo di imprese non costituisce un soggetto giuridico o, comunque, un centro di interessi autonomo rispetto alle società collegate e, pertanto, ai fini della responsabilità degli amministratori, va valutato il comportamento che la legge e l'atto costitutivo impongono rispetto alla società di appartenenza, senza che sia possibile compensare, in una valutazione globale, il pregiudizio cagionato alla stessa col corrispondente vantaggio di altra società del gruppo».

⁴²¹ Tra queste, di fondamentale importanza Cass. civ., Sez. I, 24 agosto 2004, n. 16707, in *Le Società*, 2005, p. 164 con nota di G. CIAMPOLI, *I «vantaggi compensativi» nei gruppi di società*; ID, Sez. I, 21 gennaio 1999, n. 521, in *Corr. Giur.*, 1999, p. 1529 con nota adesiva di R. ROSSI, *Gruppo di imprese e conflitto di interessi tra nostalgie «atomistiche» e prospettive «molecolari»*; ID, Sez. I, 5 dicembre 1998, n. 12325, in *Giur. it.*, 1999, p. 2318 con nota adesiva di P. MONTALENTI, *Operazioni intragruppo e vantaggi compensativi: l'evoluzione giurisprudenziale*.

⁴²² Trib. Milano 2 ottobre 1986, in *Le società*, 1987, p. 301.

⁴²³ Cass. civ., Sez. I, 13 febbraio 1992, n. 1759, in *Giur. comm.*, 1993, II, 502 ss. ammette «che la partecipazione d'una società ad un gruppo comporti la legittimità di attività che perseguono anche interessi del gruppo; certo è, tuttavia, che non si possono ritenere legittime attività che, nel perseguire interessi del gruppo, contrastino con quelli della società sino al punto di recarle pregiudizio».

contrastare con l'interesse della stessa controllata così da risultare per quest'ultima pregiudizievoli.

La tesi è stata oggetto di forti critiche da parte della dottrina che maggiormente sostiene la causa dei vantaggi compensativi poiché il tenue riconoscimento giurisprudenziale non si discosterebbe praticamente da una visione «atomistica» dei rapporti intragruppo e non lascerebbe effettivi margini operativi alle politiche di gruppo⁴²⁴.

In un secondo momento i giudici di legittimità, preceduti dai giudici di merito⁴²⁵, si avvicinano al gruppo in un'ottica più favorevole.

Alcune motivazioni affermano che una società

«per il fatto di essere inserita in un'aggregazione più vasta creata per esigenze obiettive di coordinamento e di razionalizzazione dell'attività imprenditoriale, viene non di rado a conseguire vantaggi che la compensano dei pregiudizi eventualmente subiti per effetto di altre operazioni»⁴²⁶.

Bisogna ricordare – come, pur con posizioni variegata e articolate, gran parte della dottrina riconosce da tempo l'appartenenza al gruppo come un non trascurabile indice di valutazione della rispondenza della gestione all'interesse sociale di ciascuna componente anche quando fosse stato registrato un pregiudizio⁴²⁷, poiché la

⁴²⁴ In questi termini si esprime P. MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, cit., p. 725 «affermare infatti che l'interesse di gruppo in tanto può essere perseguito in quanto non incida sull'interesse delle singole società, che esso deve essere ulteriore ma non confliggente, rispetto all'interesse delle controllate, significa in realtà asserire l'irrelevanza dell'interesse di gruppo nell'ambito del diritto societario vigente». L'A. sottolinea come la tesi della Suprema Corte non si discosti dalla posizione di una dottrina minoritaria: F. D'ALESSANDRO, *Il diritto delle società da i «battelli del Reno» alle «navi vichinghe»*, in *Il Foro it.*, 1988, p. 48 ss. sostiene fermamente l'impermeabilità dell'interesse sociale di ogni singola società all'interesse di gruppo, pena, addirittura, lo snaturamento causale della società, che, «amputata della norma sul conflitto di interessi, non è più una società» (tesi peraltro riaffermata in ID, *La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata. Ovvero: esiste ancora il diritto societario?*, in *Riv. Soc.*, 2003, p. 34 ss.

⁴²⁵ Un'apertura verso la teoria dei vantaggi compensativi era stata mostrata dalla giurisprudenza di merito, tra cui App. Milano, 11 luglio 1991, *Le Società*, 1991, p. 1664; e, di poco successiva, anche Trib. Milano 19 marzo 1993 (decr.), *ivi*, 1993, p. 1247 ove si afferma che «l'interesse della singola società deve essere valutato globalmente, non isolando le singole operazioni bensì tenendo conto anche dei vantaggi che l'appartenenza al gruppo procura alla società affiliata»; App. Milano, 5 febbraio 1994, *ivi*, 1994, p. 1062 ss; App. Torino, 4 dicembre 2000, in *Giur. it.*, 2001, p. 1676 ss.

⁴²⁶ In questi termini Cass. civ., Sez. I, 11 marzo 1996, n. 2001, in *Foro it.*, 1996, I, p. 1222; ID, Sez. I, 5 dicembre 1998, n. 12325, cit., p. 2318 ss. con nota di P. MONTALENTI, *Operazioni intragruppo e vantaggi compensativi: l'evoluzione giurisprudenziale*. Più di recente ID, Sez. I, 21 gennaio 1999, n. 521, in *Corr. Giur.*, 1999, p. 1529 afferma che «in nome dell'interesse o logica di gruppo non può essere sacrificato il patrimonio della singola società, ove questa non consegua, sia pure in via indiretta, un preciso vantaggio da un'altra operazione posta in essere secondo l'indirizzo economico unitario».

⁴²⁷ Sotto la vigenza del vecchio 2631 c.c. gran parte della dottrina italiana, constata l'inadeguatezza della disposizione e dimostrata l'incomprimibilità di un'azione generale di coordinamento della capogruppo, ritenne necessario ridefinire tanto la nozione di interesse sociale quanto quella di pregiudizio che va «confrontata dialetticamente con i vantaggi dell'appartenenza ad una comunità allargata» (A. MIGNOLI,

(momentanea) lesività dell'operazione potrebbe stemperarsi nell'adeguata contropartita di ulteriori operazioni di segno contrario.

Pur aleggiando da più parti l'idea secondo la quale il punto di equilibrio tra interesse sociale e interesse di gruppo, autonomia ed eteronomia, unità e pluralità, fosse da ricercare in un'ottica di tipo compensativo, siffatto principio non si concretizza in giurisprudenza per la propensione dei giudici a considerare le aggregazioni societarie come un fattore di «frode» piuttosto che di «giustificazione».

Paradigmatico appare il percorso della Cassazione Penale che, per prima, ha esplicitamente riconosciuto la teoria dei vantaggi compensativi. Già negli anni '50, chiamata a decidere su un'accusa di conflitto di interessi, la Suprema Corte aveva statuito che, quando un soggetto siede nei consigli di amministrazione di due società appartenenti allo stesso gruppo ed entrambe interessate in una operazione, «al fine di stabilire se sussista una genuina contrapposizione di interessi nell'atteggiamento psicologico di chi concorre a deliberare», occorre «tenere nel debito conto i particolari rapporti che intercorrono tra i diversi enti sociali: quando le varie società siano collegate ed interdipendenti, la sfavorevole attuazione di un'operazione nell'ambito di una di esse può costituire la contropartita di un più cospicuo o più concreto risultato, raggiunto nel seno di un'altra»⁴²⁸.

Interesse di gruppo e società a sovranità limitata, cit., p. 738 al quale deve essere riconosciuto il merito di essere stato tra i primi a prospettare l'idea di una compensazione come soluzione dell'*impassé* creatasi). Altri Autori hanno riconosciuto la legittima perseguibilità dell'interesse di gruppo da parte delle singole componenti considerando il gruppo alla stregua di un'unica impresa con il necessario corollario della unitarietà dell'oggetto sociale tra *holding* e società controllate (F. GALGANO, *L'oggetto della holding è, dunque, l'esercizio mediato e indiretto dell'impresa di gruppo*, cit., p. 403 ss.). A. GAMBINO, *Responsabilità amministrativa nei gruppi societari*, cit., p. 841 ss. precisa la nozione di interesse di gruppo e specifica le condizioni necessarie affinché possano ritenersi legittime operazioni ispirate all'«interesse dell'intero gruppo societario» riconoscendo non solo la legittimità di tale influenza ma addirittura «un *potere-dovere* di influenza nella gestione delle singole società di gruppo»; P. SPADA, *L'amministrazione della società per azioni tra interesse sociale e interesse di gruppo*, cit., p. 241 ss. prendendo a riferimento la disciplina e la letteratura tedesca, tenta di individuare le condizioni di legittimità delle operazioni pregiudizievoli per la società che le pone in essere ma vantaggiosi per il gruppo complessivamente considerato. Condizioni identificate in un *indennizzo* contestuale (ma anche precedente e, se programmato in modo giuridicamente vincolante, anche futuro) idoneo a neutralizzare il pregiudizio subito. Al riguardo F. BONELLI, *Conflitto di interessi nei gruppi di società*, cit., p. 226 pur (apparentemente) rigoroso nel sostenere la sacralità dell'autonomia delle singole società riconosce che nel contesto dei gruppi la sussistenza del conflitto «va verificata nel concreto dei singoli casi, e richiede un'indagine sulle effettive condizioni dell'operazione, in particolare sull'adeguatezza del corrispettivo ricevuto» nella valutazione del quale si «deve tenere conto che eventuali condizioni di favore in un contratto o in una serie di contratti, possono trovare contropartita in altre operazioni nelle quali il vantaggio è in direzione inversa».

⁴²⁸ In questo senso Cass. pen., Sez. III, 25 febbraio 1959, Sansonetti e Torreca, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p. 939. Nella dottrina penalistica si esprimono nel senso dell'esclusione della sussistenza del

La Corte, tornata sull'argomento in tempi più recenti, si è di nuovo assestata su posizioni «atomistiche» ancorando la sussistenza del reato di cui al vecchio art. 2631 c.c. alla mera contrapposizione «formale» di posizioni, e disconoscendo quelle «sinergie di gruppo» che, in precedenza, aveva ritenuto idonee a compensare il pregiudizio sofferto da una società per le operazioni indirizzate al perseguimento di un interesse di gruppo⁴²⁹.

Notevoli differenze si riscontrano tra giurisprudenza civile e penale. La prima si mostra meno ferma nel sostenere l'invulnerabilità dell'autonomia delle società e più disponibile a valutazioni di tipo compensativo. La seconda, probabilmente per maggiori necessità di tutela dei soggetti deboli (e massimamente in campo concorsuale) si mostra, eccezion fatta per alcune pronunce, meno incline a tenere in conto le relazioni intragruppo che, se analiticamente considerate, potrebbero stravolgere le conclusioni basate su una visione «atomistica» e formalista.

Nonostante le notevoli oscillazioni poc'anzi menzionate, può condividersi l'opinione di Bin (manifestata sin dagli inizi degli anni '90) che aveva scorto in alcune sentenze della Suprema Corte «una *ratio decidendi* in gestazione»⁴³⁰.

Alla luce delle più odierne pronunce, la gestazione sembra essere stata portata a termine e il problema, in origine focalizzato sull'*ammissibilità* di una valutazione compensativa, sembra essersi spostato sull'*individuazione dei criteri* in base ai quali operare tale compensazione⁴³¹.

conflitto di interessi di cui all'art. 2631 c.c. in presenza di vantaggi compensativi, fra gli altri, E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, Milano, 2009, p. 246; C. PEDRAZZI, *Società commerciali (disciplina penale)*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol XIII, Torino, 1997; L. FOFFANI, *Gruppi di società e conflitto di interessi: profili penalistici*, cit., p. 1090; L. CONTI, *Responsabilità penali degli amministratori e politiche di gruppo*, in *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, 1995, p. 433 ss.

⁴²⁹ L'inversione di tendenza si ritrova in Cass. pen., Sez. V, 4 luglio 1989, Grieco, in *Cass. pen.*, 1991, p. 307. Per un'impostazione analoga nella giurisprudenza di merito, Trib. Milano, 6 febbraio 1988, Ferrario e altri, in *Giur. comm.*, 1989, II, p. 107.

⁴³⁰ M. BIN, *Il conflitto di interesse nei gruppi di società*, cit., p. 879 ss.

⁴³¹ A sostegno di quanto affermato, Cass. civ., Sez I, 24 agosto 2004, n. 16707, cit., p. 168 da un lato esprime il rituale principio secondo il quale ogni singola società è soggettivamente e patrimonialmente autonoma, e dall'altro riconosce, pianamente, che la valutazione sulla rispondenza della gestione all'interesse sociale deve essere condotta non su una singola operazione bensì alla luce della conduzione del gruppo nel suo insieme avendo riguardo «non solo all'effetto patrimoniale immediatamente negativo di un determinato atto di gestione, ma altresì agli eventuali riflessi positivi che ne siano eventualmente derivati in conseguenza della partecipazione della singola società ai vantaggi che quell'atto abbia arrecato al gruppo di appartenenza» (...) «l'eventualità che un atto lesivo del patrimonio della società trovi compensazione nei vantaggi derivanti dall'appartenenza al gruppo non può essere posta in termini meramente ipotetici» e prosegue richiedendo che l'amministratore che ha posto in essere l'operazione dia la prova che «quell'atto è destinato a stemperarsi» alla luce dei rapporti intragruppo. In senso analogo anche Cass. pen., Sez. V, 23 giugno 2003, n. 38110, in *Giur. comm.*, 2004, II, p. 599 ss. ove viene sancito

2.1. Alcuni spunti comparatistici.

Il dibattito (*rectius*: la riflessione) sul fenomeno dei gruppi – e, nello specifico, sul tema dei vantaggi compensativi quale possibile punto di equilibrio per risolvere l’antinomia tra unità economica e pluralità giuridica – è stato alimentato da notevoli contributi ricavati dalle esperienze straniere.

Il fenomeno delle aggregazioni societarie, infatti, è nato e si è sviluppato in diversi Paesi del mondo, seppur in momenti e con intensità diversa, per rispondere alle nuove esigenze dettate dal mercato globale. L’adattamento alla nuova realtà economica ha spinto le società a strutturarsi in gruppo per poter essere maggiormente competitive tanto sotto il profilo territoriale (potendo dislocare affiliate in diversi Stati) quanto delle competenze (inglobando società operanti in più settori).

L’effetto immediato di siffatta innovazione è stato – praticamente ovunque – uno spiazzamento degli ordinamenti giuridici i quali, impreparati alla rapidità con cui si è espanso il modello organizzativo, hanno impiegato tempi più o meno lunghi per predisporre una adeguata disciplina normativa.

La necessità dell’adeguamento, tuttavia, era sentita come massimamente impellente in considerazione del rischio di abusi, sempre maggiori e più frequenti, perpetrabili tramite una gestione accentrata, e per l’incapacità delle norme del diritto societario *classico* di frapporre un argine idoneo. Nella maggioranza dei casi si è seguita la strada di modificare la disciplina mediante l’inserzione di apposite norme specificamente pensate per eliminare i rischi e, allo stesso tempo, consentire l’operatività dei raggruppamenti societari, in genere riconosciuti leciti e capaci di produrre *surplus* per tutte le componenti (se correttamente utilizzati).

Laddove l’intervento legislativo più si è fatto attendere, vuoi per ragioni di sistema (come nei paesi di *common law*) vuoi per mera inerzia (come in Italia), la giurisprudenza – chiamata a decidere su comportamenti ed operazioni poste in essere nell’ambito di un gruppo – non ha mancato di fornire proprie soluzioni per mezzo di un laborioso adattamento delle norme disponibili.

che la compensazione sussiste in presenza di «concreti vantaggi compensativi» e non dalla «mera speranza» di conseguirli e che, in particolare, i vantaggi fondatamente prevedibili devono essere basati «su elementi sicuri, pressochè certi e non meramente aleatori o costituenti una semplice aspettativa»: in altri termini, deve trattarsi di una «previsione di sostanziale certezza».

Anche la dottrina ha svolto un ruolo decisivo, producendo un fertile e proficuo dibattito dal quale sono scaturite importanti indicazioni per la giurisprudenza e per i legislatori locali. Infatti, la prima ha potuto fondare le decisioni su un solido inquadramento sistematico, e gli altri, nel porre la disciplina positiva, sono intervenuti su un fenomeno non più del tutto oscuro.

Sembra opportuno esaminare, pur sommariamente, la disciplina introdotta dai diversi ordinamenti al fine di valutare innanzitutto le modalità di approccio al fenomeno e, in particolare, di verificare se anche in altri paesi il punto di equilibrio sia stato individuato nella clausola dei vantaggi compensativi o in altro istituto simile.

L'indagine comparatistica potrà fornire utili indicazioni non solo per comprendere a fondo la nostra normativa, ma soprattutto per individuarne i limiti e, se possibile, prospettare correttivi atti al raggiungimento di un sistema più efficiente.

2.1.1. La giurisprudenza francese.

Sebbene il *Code de Commerce* non contempli un'espressa disciplina sui gruppi⁴³², la giurisprudenza è intervenuta sull'argomento con due famose sentenze⁴³³.

Già negli anni '80, infatti, la *Chambre criminelle* della *Cour de Cassation* aveva enucleato un articolato criterio di bilanciamento tra interesse della singola società ed interesse di gruppo noto come «principio Rozemblum»⁴³⁴ che chiariva come dovesse

⁴³² Per la verità la richiesta di por mano ad una compiuta regolamentazione di questo fenomeno era stata avanzata, da più parti, per tutti gli anni '70, ma né le dichiarazioni governative, né le successive proposte di legge al riguardo avevano trovato sbocchi positivi: fino agli anni '80, infatti, le uniche disposizioni in materia, contenute nella legge n. 66-537 del 24 luglio 1966 sulle società commerciali (e nel decreto di attuazione n. 67-236 del 23 marzo 1967) si limitavano a definire – ricorrendo a criteri meramente quantitativi – il fenomeno della partecipazione di una società ad un'altra. Alla fine il legislatore francese ha introdotto una specifica ed incisiva disciplina del controllo, volta, da un lato, a neutralizzare le distorsioni di carattere patrimoniale e amministrativo nascenti dagli incroci di partecipazioni, e, dall'altro, ad ampliare le misure di informazione in ordine ai vincoli di partecipazione tra società ed i risultati di gestione dell'insieme controllante-controllate. Per raggiungere tale scopo ha introdotto, con le leggi n. 85-11 del 3 gennaio 1985 e n. 85-705 del 12 luglio 1985, varie definizioni del controllo di volta in volta funzionali alle discipline di settore.

⁴³³ Tribunale correzionale di Parigi del 16 maggio 1974, in *Gaz. Pal.*, 1974, 2, *Jur.*, p. 886; Cass. Crim., 4 febbraio 1985, Rozenblum, in *Rev. Soc.*, 1985, p. 655.

⁴³⁴ La pronuncia si pone sulla scia di precedenti decisioni della giurisprudenza di merito, tra cui, in particolare, quella del Tribunale di Parigi relativa alla vicenda della società *Agache-Willot* che, avendo assunto il controllo della società *Saint-Frères*, ne aveva sfruttato il patrimonio, facendosi largamente finanziare e costringendola – in pratica – ad alienare gran parte del suo patrimonio immobiliare. La figura criminosa che si assumeva integrata era l'art. 437 della legge societaria del 1966, che prevedeva il delitto di «abuso dei beni sociali». La sentenza di assoluzione formulata dal Tribunale di Parigi è stata resa proprio in considerazione del rapporto di controllo intercorrente tra la società danneggiata e la società

essere inteso il delitto di “*abus des biens, du crédit, des pouvoirs ou des voix*” nel caso di società inserita in un gruppo.

Viene così prevista l’esclusione della responsabilità allorchè “*il concorso finanziario apportato, dai dirigenti di fatto o di diritto di una società, ad un’altra impresa di uno stesso gruppo nel quale questi siano interessati direttamente o indirettamente*” è “*(...) dettato da un interesse economico, sociale o finanziario comune, valutato con riguardo ad una politica elaborata per l’insieme di tale gruppo, e non deve né essere privo di contropartita o rompere l’equilibrio fra gli impegni rispettivi delle diverse società coinvolte, né eccedere le possibilità finanziarie di quella che ne sopporta il carico*”⁴³⁵.

In sintesi, nell’ordinamento francese il gruppo è frutto dell’inventiva imprenditoriale, configurandosi solo quando talune società, giuridicamente autonome ed indipendenti, vengono di fatto sottomesse ad unità di decisione economica.

La responsabilità penale dei dirigenti è perciò da escludersi allorchè sussistano tutte le seguenti condizioni: *a)* l’esistenza di una reale (non artificiosa) struttura economica del gruppo; *b)* l’esistenza di una politica imprenditoriale unitaria; *c)* l’esistenza di una contropartita che giustifichi e neutralizzi il sacrificio imposto nell’interesse del gruppo per il mantenimento del suo equilibrio e/o per il perseguimento di una politica globale concreta; *d)* il sacrificio imposto non deve eccedere le possibilità finanziarie della società che ne sopporta il carico.

Lo stesso criterio è stato recepito anche dal “*Forum Europaeum sul diritto dei gruppi di società*” il quale legittima gli amministratori – secondo un modello affine alla teoria dei vantaggi compensativi – a perseguire un interesse di gruppo pur divergente rispetto agli interessi della propria società, se «*1)* il gruppo è strutturato in modo equilibrato e stabile; *2)* la società del gruppo è inserita in una politica coerente per l’intero complesso; *3)* gli amministratori possono ragionevolmente ritenere che vantaggi e

avvantaggiata. È stato affermato che l’abuso dei beni di una società può essere giustificato se l’operazione ha luogo a beneficio di un’altra società dello stesso gruppo, nel quadro di una politica unitaria. Questo insegnamento però – precisa il Tribunale di Parigi – non vale incondizionatamente. La sentenza pone tre condizioni: *a)* si deve essere in presenza di un gruppo economico fortemente strutturato, il cui «oggetto sociale» possa provvisoriamente sostituirsi all’oggetto sociale delle società che lo compongono; *b)* i sacrifici richiesti alla società singola devono favorire gli interessi del gruppo, e non gli interessi personali dei suoi dirigenti; *c)* deve trattarsi di sacrifici che non facciano correre alla società rischi eccessivi (*trop importants*), senza sufficiente contropartita o fuori da ogni proporzione con le sue reali possibilità, sì da far prevedere, al momento della decisione, gravi difficoltà future, pregiudizievoli ai suoi azionisti e creditori.

⁴³⁵ Cass. Crim., 4 febbraio 1985, Rozenblum, cit., p. 655. Sul punto V. MILITELLO, *Gruppi di società e diritto penale nell’esperienza francese.*, in *Riv. soc.*, 1989, p. 760 ss.

pregiudizi per le singole società si contemperino equamente entro un periodo di tempo prevedibile»⁴³⁶.

2.1.2. La disciplina tedesca.

L'ordinamento giuridico tedesco è stato tra i primi a prevedere compiutamente la figura criminosa dell'infedeltà patrimoniale (*Untreue*), ed a predisporre una specifica disciplina del fenomeno dei gruppi (*Konzern*)⁴³⁷. Deve altresì essergli riconosciuto il merito di aver percorso i tempi nell'individuare le diverse possibili forme di manifestazione delle condotte abusive allorchè la società sia inserita in una realtà più ampia.

L'*Aktiengesetz* del 6 settembre 1965 al § 18 offre questa definizione: “quando un'impresa dominante e una o più imprese dipendenti sono riunite sotto la direzione unitaria dell'impresa dominante, esse formano un gruppo; le singole imprese fanno parte del gruppo”⁴³⁸.

Vengono fissati, quindi, i connotati tipologici della fattispecie di gruppo: il “*Konzern*” ricorre quando un'impresa dominante ed una o più imprese dipendenti vengono riunite sotto la direzione unitaria (“*einheitliche Leitung*”) dell'impresa dominante medesima. Siffatta direzione, non essendo enunciati gli strumenti giuridici attraverso i quali può

⁴³⁶ Per un approfondimento sul punto e per i relativi riferimenti giurisprudenziali, civili e penali, che hanno recepito il principio si rinvia alla ricerca svolta dal Forum Europaeum sul diritto dei gruppi di società, *Un diritto dei gruppi di società per l'Europa*, in *Riv. soc.*, 2001, p. 376. In dottrina si mostrano favorevoli a tale impostazione P. MONTALENTI, *Gruppi e conflitto di interessi nella legge delega per la riforma del diritto societario*, cit., pp. 244 e 245; C. PEDRAZZI, *Gruppo di imprese e responsabilità penale*, cit., p. 157 ss.

⁴³⁷ Già con l'*Aktiengesetz* del 1937 era stato definito, in termini di generale applicabilità il gruppo di imprese o “*Konzern*”, ed erano state dettate, sia pure in modo non sistematico, alcune norme sui raggruppamenti. Con la riforma del diritto azionario del 1965 il legislatore tedesco ha precisato i contorni del collegamento fra imprese e, in particolare, del “*Konzern*”, ricollegando a tali concetti giuridici un'autonoma disciplina.

⁴³⁸ Sul punto si veda F. GALGANO, *I gruppi di società, Le società*, Torino 2001, p. 51; A. PIRAS, *I gruppi di società nel diritto tedesco e brasiliano*, in *I gruppi di società. Ricerche per uno studio critico*, Bologna, 1982, p. 243. Il testo originale del § 18 “*Konzern und Konzernunternehmen*” recita:

“*Sind ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefaßt, so bilden sie einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen. Unternehmen, zwischen denen ein Beherrschungsvertrag besteht oder von denen das eine in das andere eingegliedert ist, sind als unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt anzusehen. Von einem Konzern bildet.*

Sind rechtlich selbständige Unternehmen, ohne daß das eine Unternehmen von dem anderen abhängig ist, unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt, so bilden sie auch einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen”.

esplicarsi, viene desunta con presunzione *iuris tantum* dall'esistenza di un controllo azionario o contrattuale *ex § 17 AktG*.

L'attenzione del legislatore tedesco si rivolge in una duplice direzione: oltre al *gruppo gerarchico* viene in rilievo anche il *gruppo paritetico*, ossia l'insieme di imprese collegate cui corrisponde, nonostante l'assenza di rapporti di dipendenza, la instaurazione di una direzione unitaria. Il legislatore, in realtà, mira a disciplinare soprattutto la ipotesi più ricorrente, vale a dire quella del gruppo di subordinazione, ipoteticamente ravvisabile allorchè sia stato stipulato un vero e proprio contratto di dominazione ("*Beherrschungsvertrag*"), ovvero quando si manifesti comunque una influenza dominante, esercitata di fatto pur in assenza di detto vincolo formale.

La prima opzione contemplata dal sistema tedesco, quindi, prefigura un'organizzazione unitaria (o «accentrata») che assoggetta tutte le imprese consociate ad un'unica direzione, ove le controllate sono piegate a servire un unico fine, trascendente il singolo interesse di ciascuna delle società del gruppo. Nell'ambito di questo paradigma, le regole sul conflitto di interessi non rafforzano la tutela dell'indipendenza di ciascuna società, ma al contrario la riducono. Ciascuna società è formalmente asservita alla volontà, alle direttive e agli scopi della controllante, giacchè lo stesso rapporto di controllo è portato alla luce del sole. Reso legittimo ed istituzionalizzato il *dominio*, resta soltanto da bilanciare le conseguenze, dall'esterno, imponendo alla controllante il sollievo degli interessi dei soci e dei terzi sacrificati o messi a repentaglio.

Sull'altro versante, si ipotizza un'organizzazione del gruppo di tipo atomistico (o «decentrato»), ove ciascuna società opera – almeno apparentemente – in completa autonomia e indipendenza, come se fosse una unità isolata e non già inserita in un complesso più vasto di imprese; la disciplina di diritto comune sul conflitto di interessi, quindi, riemerge in tutto il suo vigore ed attualità, e alla mancata pubblicità del rapporto di controllo consegue naturalmente il divieto di qualsiasi operazione infragruppo, allorchè non sia rispettato e tutelato lo specifico interesse della singola società.

L'apparente mancato riconoscimento, in quest'ultima ipotesi, della rilevanza del fenomeno "gruppo" è strettamente funzionale al raggiungimento degli scopi del legislatore, il quale, in questo modo, desidera sollecitare l'emersione e la pubblica evidenza del fenomeno stesso.

La decisione circa la stipulazione o meno del contratto di dominazione è completamente libera e lasciata alla scelta discrezionale degli operatori. Le conseguenze della scelta stessa, però, sono tutt'altro che modeste, giacchè da essa dipende l'applicazione di discipline tra loro assolutamente differenti.

Se si adotta la formula organizzativa del gruppo c.d. «di fatto», ci si assoggetta ad una disciplina rafforzata della salvaguardia dell'indipendenza delle singole società ottenuta tramite l'imposizione di limiti ed oneri al potere direttivo della capogruppo. Questa, a norma del § 311 *AktG*, non può indurre le imprese dipendenti al compimento di atti od operazioni ad essa pregiudizievoli allo scopo di favorire altre società del gruppo. Nel caso ciò avvenga è espressamente previsto l'obbligo di compensare i danni sotto pena di sanzioni di vario genere.

Se, viceversa, si opta per la stipula del contratto di dominazione, si entra in un assetto valutato dal legislatore secondo una logica del tutto differente, e quindi assoggettato anche ad una diversa disciplina. Poiché espressamente si persegue lo scopo di emancipare le politiche di gruppo dal freno costituito dalla tutela dell'interesse proprio delle singole società (§ 308 *AktG*), e queste ultime, d'altronde, sono pienamente e legittimamente asservite alle direttive della controllante, diviene lecito impartire veri e propri obblighi cogenti (*Weisungsrecht*) alle controllate medesime. Il contemperamento degli interessi contrapposti, in questo caso, è raggiunto assoggettando la controllante all'onere di compensare, secondo regole precise, i sacrificati interessi degli azionisti esterni e dei creditori della controllata.

L'analisi del diverso regime cui sono sottoposti i gruppi contrattuali da un lato e quelli di fatto dall'altro, dimostra come il legislatore non sia rimasto neutrale o indifferente dinanzi a tale scelta.

Molteplici e chiari elementi inducono a ritenere come il legislatore abbia considerato in un certo senso normale e di fatto prevalente l'ipotesi di una gestione accentrata del gruppo. In tale prospettiva, l'organizzazione di tipo contrattuale è stata considerata preferibile, e come tale “da incentivare”, in quanto più chiara e più trasparente, avendo il merito di dichiarare – e far così emergere – la gestione accentrata. La disciplina tedesca, in definitiva, tenta di inasprire il regime applicato al gruppo di fatto con il fine

di “stanare” i gruppi accentrati ed indurli ad adottare la forma contrattuale⁴³⁹, onde non incorrere nelle sanzioni previste per l’ipotesi di violazione dell’autonomia e dell’interesse delle controllate.

Nonostante (o, forse, proprio per) l’espressa regolamentazione del fenomeno dei “gruppi”, in Germania la figura dell’*Untreue* è stata scarsamente applicata alle aggregazioni societarie. Da un lato, solo una percentuale irrisoria di gruppi ha optato per l’adozione del modello «contrattuale» di controllo (mentre la quasi totalità ha preferito la disciplina del «gruppo di fatto»), dall’altro tale Paese non ha esteso la disciplina dei gruppi alle società a responsabilità limitata, che invece costituiscono la forma più diffusa⁴⁴⁰. L’ambito di applicazione dell’istituto è stato quindi fortemente influenzato da elementi contingenti, sia di natura normativa che sociale.

Per espressa menzione datane dalla legge azionaria del 1965, infine, nell’ordinamento tedesco costituisce realtà giuspositiva anche la compensazione tra pregiudizi recati alle aggregate e vantaggi derivanti dal rapporto di gruppo.

Infatti, il § 243 dell’*AktG* co. 2 ammette l’impugnabilità della deliberazione assembleare nel caso in cui *“l’azionista, nell’esercizio del diritto di voto, persegua l’intento di procurare a sé o a terzi vantaggi particolari (Sondervorteile) a danno della società o degli altri azionisti e la deliberazione sia idonea allo scopo”*.

Nell’ipotesi di gruppi di fatto, la controllante riveste la stessa posizione del socio di maggioranza e pertanto non potrà indirizzare a suo vantaggio la gestione della società controllata. Al riguardo il § 311⁴⁴¹ dell’*AktG* afferma: *“l’impresa dominante non può*

⁴³⁹ L’individuazione delle problematiche e la descrizione della disciplina tedesca dei gruppi è tratta da F. D’ALESSANDRO, *Il diritto delle società da i «battelli del Reno» alle «navi vichinghe»*, cit., p. 53. È interessante come incide la pubblicità e la conoscenza del rapporto intercorrente tra controllante e controllata sulla disciplina dettata dal legislatore: solo nel caso in cui questo venga reso noto, infatti, si può usare della controllata come se fosse cosa propria (purchè, entro il termine dell’esercizio sociale, la si risarcisca dei danni cagionatele). Se invece il rapporto è meramente «di fatto» c’è il rischio che nessuno venga a sapere della sua esistenza e per questo la tutela deve essere maggiore e la strada è quella di impedire le limitazioni all’indipendenza della controllata per ottenere vantaggi proprio sotto pena di sanzioni penali e civili.

⁴⁴⁰ Il § 291 *AktG* prevede esplicitamente che solo le società per azioni o in accomandita per azioni possono assoggettarsi alla direzione di un’altra impresa mediante la stipula di un contratto di dominazione; mentre il § 311 *AktG* sui gruppi di fatto trova applicazione solo ove la società dipendente rivesta la forma di società per azioni. Pertanto l’ambito di applicazione risulta così circoscritto alle sole società per azioni: restano, invece, escluse sia le società a responsabilità limitata (nel 1984 in Germania, a fronte di poco più di 2.000 società per azioni, si contavano oltre 300.000 società a responsabilità limitata) che le società di persone.

⁴⁴¹ In particolare nel § 311 rubricato *“Schranken des Einflusses”* si legge:
“(1) Besteht kein Beherrschungsvertrag, so darf ein herrschendes Unternehmen seinen Einfluß nicht dazu benutzen, eine abhängige Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien zu veranlassen, ein

usare la sua influenza per indurre una società per azioni dipendente a concludere negozi ad essa dannosi o a prendere o ad omettere provvedimenti con suo pregiudizio, a meno che i danni vengano compensati”.

Il principio è precisato dal § 317⁴⁴² ove si statuisce la responsabilità della controllante qualora induca *“una società dipendente a concludere negozi pregiudizievoli o a prendere o omettere decisioni con risultati pregiudizievoli per quest’ultima, senza che i danni siano effettivamente compensati prima della fine dell’esercizio sociale o senza che alla società dipendente sia attribuito un diritto a un determinato vantaggio in compensazione del pregiudizio subito, la società è tenuta al risarcimento del danno».*

Si tratta di un meccanismo compensativo decisamente meno flessibile di quello previsto nella legislazione italiana: la compensazione, infatti, deve intervenire entro l’esercizio sociale o, in mancanza, la stessa deliberazione deve contenere menzione del nesso intercorrente tra il vantaggio di gruppo e l’indennizzo correlato al pregiudizio della controllata, così da rendere il primo giuridicamente consequenziale ed indissociabile dal secondo.

Dal dibattito dottrinale possono ricavarsi ulteriori indicazioni circa l’atteggiarsi del vantaggio compensativo. In primo luogo, il destinatario dell’indennizzo viene

für sie nachteiliges Rechtsgeschäft vorzunehmen oder Maßnahmen zu ihrem Nachteil zu treffen oder zu unterlassen, es sei denn, daß die Nachteile ausgeglichen werden.

(2) Ist der Ausgleich nicht während des Geschäftsjahrs tatsächlich erfolgt, so muß spätestens am Ende des Geschäftsjahrs, in dem der abhängigen Gesellschaft der Nachteil zugefügt worden ist, bestimmt werden, wann und durch welche Vorteile der Nachteil ausgeglichen werden soll. Auf die zum Ausgleich bestimmten Vorteile ist der abhängigen Gesellschaft ein Rechtsanspruch zu gewähren”.

Dall’interpretazione di tali disposizioni, con il sostegno della letteratura tedesca, e sulla base di alcune aperture mostrate dalla nostra Corte di Cassazione P. SPADA, *L’amministrazione della società per azioni tra interesse sociale e interesse di gruppo*, cit., p. 241 ss. tenta di ridefinire, coerentemente ai principi dell’ordinamento giuridico italiano, l’ambito della fattispecie del conflitto di interessi in una prospettiva che ammette i vantaggi compensativi.

⁴⁴² Il § 317 rubricato *“Verantwortlichkeit des herrschenden Unternehmens und seiner gesetzlichen Vertreter”* recita:

“(1) Veranlaßt ein herrschendes Unternehmen eine abhängige Gesellschaft, mit der kein Beherrschungsvertrag besteht, ein für sie nachteiliges Rechtsgeschäft vorzunehmen oder zu ihrem Nachteil eine Maßnahme zu treffen oder zu unterlassen, ohne daß es den Nachteil bis zum Ende des Geschäftsjahrs tatsächlich ausgleicht oder der abhängigen Gesellschaft einen Rechtsanspruch auf einen zum Ausgleich bestimmten Vorteil gewährt, so ist es der Gesellschaft zum Ersatz des ihr daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Es ist auch den Aktionären zum Ersatz des ihnen daraus entstehenden Schadens verpflichtet, soweit sie, abgesehen von einem Schaden, der ihnen durch Schädigung der Gesellschaft zugefügt worden ist, geschädigt worden sind.

(2) Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn auch ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einer unabhängigen Gesellschaft das Rechtsgeschäft vorgenommen oder die Maßnahme getroffen oder unterlassen hätte.

(3) Neben dem herrschenden Unternehmen haften als Gesamtschuldner die gesetzlichen Vertreter des Unternehmens, die Gesellschaft zu dem Rechtsgeschäft oder der Maßnahme veranlaßt haben”.

individuato con chiarezza nella società e non nei soci «esterni»⁴⁴³. In secondo luogo, il pregiudizio della società dipendente deve trovare una giustificazione oggettivamente riconoscibile nella politica di gruppo⁴⁴⁴: la capogruppo ha l'onere – mediato o immediato – di fornire nelle istanze decisionali tutte le informazioni sulla politica di gruppo onde consentire una completa valutazione sia sulla necessità ed entità del pregiudizio, sia sull'adeguatezza dell'indennizzo⁴⁴⁵. Il pregiudizio, quindi, deve essere misurabile ed in concreto indennizzabile⁴⁴⁶, seppure l'indennizzo non deve necessariamente consistere in una partecipazione della società controllata ai «vantaggi particolari» del gruppo⁴⁴⁷.

2.1.3. L'esperienza spagnola.

L'ordinamento spagnolo contiene un riferimento normativo ai gruppi solo nella legislazione fiscale, ove sono definiti come “*il complesso di società anonime, limitate e in accomandita per azioni residenti nel territorio spagnolo, formato da una società dominante e da società dipendenti della medesima*”. Nella legislazione societaria manca un'espressa disposizione, e la lacuna viene colmata facendo ricorso all'art. 42 del Còdigo de Comercio, che fornisce la nozione di “gruppo consolidabile”.

Parimenti, manca anche un istituto che, pur vagamente, ricordi la clausola dei vantaggi compensativi, e la sola disposizione simile è l'art. 291 del codice penale⁴⁴⁸ dove, a

⁴⁴³ K. H. BIEDENKOPF-G. KOPPENSTEINER, *sub § 311 AktG*, in *Kölner Komm. Zum AktG*, 3, Köln, 1971, p. 146. L'indicazione potrebbe essere utile in quanto il nostro legislatore nulla precisa circa i destinatari del vantaggio compensativo anche se questo viene comunemente individuato – sulla base di un'interpretazione logica della disposizione nonché in analogia a quanto previsto dal progetto Pagliaro – nella società alla quale è stata imposta l'operazione pregiudizievole. Per maggiori approfondimenti sul punto cfr., *infra* cap. III par. 3.3.1.

⁴⁴⁴ B. KROPPF, *sub § 311, Anm. 34, AktG Kommentar*, in *Gessler* a cura di E. HEFERMEHL, U. ECKARDT, B. KROPPF, München, 1976, p. 294.

⁴⁴⁵ *Ibidem*, *Anm. 52*, p. 298.

⁴⁴⁶ *Ibidem*, *Anm. 43*, p. 296.

⁴⁴⁷ *Ibidem*, *Anm. 47*, p. 297.

⁴⁴⁸ L'art. 291 recita:

“*Los que, prevaleándose de su situación mayoritaria en la Junta de accionistas o el òrgano de administraciòn de cualquier sociedad constituida o en formaciòn, impusieren acuerdos abusivos, con ànimo de lucro propio o ajeno, en perjuicio de los demás socios, y sin que reporten beneficios a la misma, seràn castigados con la pena de prisiòn de seis meses a tres años o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido*”. La condotta tipica si realizza con l'imporre deliberazioni abusive che non comportano benefici per la società e che pregiudicano gli altri soci, *abusando* della situazione di maggioranza di cui gode il soggetto attivo nell'assemblea degli azionisti o in seno al consiglio di amministrazione. L'elemento psicologico è rappresentato dall'*ànimo di lucro* che può essere definito come l'intenzione di ottenere per sé o per altri, quale conseguenza dell'imposizione dell'accordo abusivo,

tutela del patrimonio individuale dei soci, viene punita l'imposizione da parte del socio di maggioranza di accordi abusivi a scopo di lucro e in pregiudizio degli altri soci quando *non derivi comunque un beneficio per la società stessa*.

La disposizione è assimilabile al § 243 dell'*AktG* – ove il risarcimento è effettuato in favore degli “altri azionisti”) – e al § 311 col quale ha in comune l'esimente, qui rappresentata dall'intervento di un beneficio.

E' bene precisare, peraltro, che si tratta di un concetto ben più sfumato rispetto all'indennizzo richiesto dalla disposizione tedesca, poiché la norma spagnola nulla precisa in relazione ai tempi, alle modalità e all'entità dello stesso.

2.1.4. I fiduciary duties americani.

I paesi di *common law* manifestano un vuoto di tutela sia sul concetto di gruppo sia sul delitto di infedeltà patrimoniale.

Tanto l'ordinamento inglese quanto quello americano non contemplano un concetto di gruppo differente dal semplice “controllo di maggioranza”⁴⁴⁹, e l'analisi del fenomeno delle operazioni infragruppo viene quindi affrontata ricorrendo ai principi ed agli strumenti che si applicano di norma alle singole società.

La protezione degli azionisti «esterni» e la responsabilità della società controllante (*parent*) per i pregiudizi indebitamente arrecati alla propria controllata (*subsidiary*) poggiano sulla c.d. dottrina dei *fiduciary duties*: ove la società controllante (o l'azionista di maggioranza) eserciti in concreto i poteri derivanti dal possesso del pacchetto di controllo, assume verso la controllata e gli azionisti di minoranza i medesimi obblighi che gravano sugli amministratori della stessa⁴⁵⁰.

un arricchimento patrimoniale anche se questo pregiudica gli altri soci. Per un'indagine più approfondita, cfr., P. FERALDO CABANA, *Los delitos societarios. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Valencia, 2000, p. 231; C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., p. 96 ss.

⁴⁴⁹ Non esiste una definizione di “gruppo”: il legislatore si è preoccupato di enunciare, in termini di generale applicabilità, i concetti di società controllante “*holding*” e di società controllata “*subsidiary*”. A norma della sec. 76 Companies Act 1985 (già sec. 154 del Companies Act del 1948) che una *company* è considerata *subsidiary* di un'altra se quest'ultima: *a*) è un membro di essa e ne controlla la composizione del consiglio d'amministrazione; *b*) ne possiede più della metà del valore nominale; *c*) la controlla indirettamente attraverso altra società. Espliciti riferimenti alla nozione di gruppo sono contenuti nelle disposizioni in tema di bilancio ed in quelle relative alla stipulazione di contratti di lavoro con gli amministratori.

⁴⁵⁰ E' di fondamentale importanza nell'individuazione di tali obblighi l'*opinion* del caso *Pepper v. Litton* (1939) resa dal giudice *Douglas* la quale ha contribuito a definire la nozione di *fiduciary* concretizzando le fumose clausole generali con le quali costantemente venivano identificati gli obblighi della

Si tratta dei doveri di diligenza (*duty of care*) e di lealtà (*duty of loyalty*) che – secondo la costruzione datane dalla giurisprudenza – pongono in relazione amministratori e azionisti di maggioranza con gli azionisti di minoranza, nell’ambito della singola società, mentre, nella problematica dei gruppi, stabiliscono i rapporti tra maggioranza e amministratori della società controllante con quelli della controllata.

Secondo la c.d. *doctrine of fiduciary duties*⁴⁵¹, la controllante deve esercitare la propria supremazia sulle società controllate tenendo un comportamento improntato ai canoni di lealtà e diligenza, simili a quelli del *trust*: essa, pertanto, non può perseguire un vantaggio proprio – anteponendo il proprio interesse personale a quello della controllata e degli azionisti di minoranza – ma è tenuta ad agire con lealtà e correttezza.

I *fiduciary duties* sono valutati dalle Corti americane alla luce dei c.d. *standard of review*⁴⁵², ossia di quei criteri – più restrittivi rispetto a quelli previsti per i *business judgement rule* – mediante i quali il giudice valuta l’operato della capogruppo allorché sia investito dell’impugnazione, da parte dei soci di minoranza, di un’operazione ritenuta pregiudizievole per la controllata.

Tra questi molteplici e spesso assai differenti criteri valutativi v’è il c.d. “*advantage/disadvantage test*” e l’“*expectation test*”, adoperati per la prima volta nel 1964 dalla Corte di New York nel caso *Case v. N.Y. Central Railroad Company*⁴⁵³.

Il primo criterio si fonda su un indice di valutazione del rapporto tra il vantaggio conseguito dalla controllante ed il pregiudizio sofferto dalla controllata. In realtà, l’applicazione non è sempre stata agevole, attesa la rigida equazione postulata dal principio e l’eterogeneità della realtà economica. Nel tempo, peraltro, tutto il criterio ha subito un’evoluzione passando dall’analisi della *singola* operazione (effettuata secondo le direttive della capogruppo) e dell’eventuale pregiudizio derivato, alla valutazione

controllante. Tra i più rilevanti si ricordano: *a*) il divieto di anteporre il proprio interesse particolare all’interesse della società controllata; *b*) il divieto di sfruttare le informazioni di cui è in possesso in ragione della propria posizione di controllo per trarne indebiti vantaggi; *c*) il divieto di «manovrare» gli affari della controllata in modo tale da recarle pregiudizio; *d*) il divieto di sfruttare la società per ottenere vantaggi indebiti (...). Per un approfondimento sul tema cfr., U. PATRONI GRIFFI, «*Fiduciary duties*» e *gruppi di società*, cit., p. 894.

⁴⁵¹ Per un’analisi economica della teoria dei “*fiduciary duties*”, cfr., F. BARCA-L. FELLI, *Contributo all’analisi economica dei doveri fiduciari come strumento di governo delle transazioni nell’impresa*, in *Riv. dir. imp.*, 1994, p. 1 ss.

⁴⁵² Ulteriori (rispetto a quelli che di seguito si esamineranno) *standard of review* sono individuati da U. PATRONI GRIFFI, «*Fiduciary duties*» e *gruppi di società*, cit., p. 898 ss., il quale ne delinea anche le caratteristiche principali.

⁴⁵³ *Case v. New York Central Railroad Company*, 15 N. Y. 2d 150, 204 N. E. 2d 643, 256 N. Y. S. 2d 607 (1964).

economica dell'intero rapporto infragruppo, così da poter giustificare il pregiudizio della singola controllata quando questo sia stato compensato da un vantaggio a lei derivante dall'appartenenza al gruppo.

L' "expectation test", invece, mette a confronto l'azione della società madre con le aspettative dei soci di minoranza al momento dell'ingresso della loro società nel gruppo. La valutazione deve essere compiuta in relazione alle circostanze nelle quali si è svolta l'operazione piuttosto che sulla natura di questa e sulla base di criteri oggettivi o, perlomeno, non meramente soggettivi.

Anche l'A.L.I. (American Law Institute) si è occupata della problematica dei gruppi nel cap. 3 della parte V dei "Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations" (intitolato "Duty of Fair Dealing of Controlling Shareholders") dedicato all'esame dei *fiduciary duties* della controllante nei confronti della controllata. La caratteristica di questo progetto consiste – oltre che nell'unificazione ed armonizzazione del diritto americano – nella ricerca di una terza via oltre la tutela dell'interesse di gruppo e la tutela della società controllata. Secondo i propositi, si cerca una soluzione che, salvaguardando azionisti esterni e creditori sociali della controllata, permetta la gestione in una prospettiva unitaria.

In particolare, il § 5.10⁴⁵⁴ – concernente le operazioni intragruppo – fornisce una definizione di "fairness" (correttezza) riferita alla gestione di gruppo affermando che la *parent* si comporta correttamente nei confronti della *subsidiary* quando i termini dell'operazione si dimostrino "fair" – per quest'ultima, sotto il profilo economico e

⁴⁵⁴ Il testo originale del § 5.10 dei "Principles" sotto la rubrica «*Transactions by a Controlling Shareholder with the Corporation*» così dispone:

"(a) *General rule. A controlling shareholder who enters into a transaction with the corporation fulfils the duty of fair dealing to the corporation with respect to the transaction if: (1) the transaction is fair to the corporation when entered into; or (2) the transaction is authorized in advance or ratified by disinterested shareholders, following disclosure concerning the conflict of interest and the transaction, and does not constitute a waste of corporate assets at the time of the shareholders action.*

(b) *Burden of proof. If the transaction was authorized in advance by disinterested directors, or authorized or ratified by disinterested shareholders, following such disclosure, the party challenging the transaction has the burden of proof. The party challenging the transaction also has the burden of proof if the transaction was ratified by disinterested directors and the failure to seek advance authorization did not adversely affect the corporation in a significant way. If the transaction was not so authorized or ratified, the controlling shareholder has the burden of proof, except to the extent otherwise provided in Subsection (c).*

(c) *Transaction in the ordinary course of business. In the case of a transaction between a controlling shareholder and the corporation that was in the ordinary course of corporation's business, a party who challenges the transaction has the burden of coming forward with evidence that the transaction was unfair, whether or not the transaction was authorized in advance or ratified by disinterested directors or disinterested shareholders".*

dell'informazione – e non *fraudolent*, oppure quando l'atto è stato autorizzato preventivamente o ratificato da azionisti disinteressati, a seguito della *disclosure* delle caratteristiche della transazione in merito alla presenza del conflitto di interessi.

Nei “*Principles*” sono contenute anche alcune indicazioni riguardanti la ripartizione dell'onere probatorio. Di regola spetterà alla *parent* provare la *fairness* dell'operazione impugnata salvo che in tre ipotesi: *a*) nel caso in cui detta operazione sia stata preventivamente autorizzata dalla maggioranza dei *disinterested directors* della controllata (ossia gli amministratori della minoranza); *b*) quando sia stata autorizzata o ratificata dagli azionisti esterni; *c*) se l'operazione impugnata sia nell'*ordinary course of business* della società controllata⁴⁵⁵.

Il § 5.11⁴⁵⁶, poi, vieta alla controllante di sfruttare beni o informazioni riservate della controllata, ovvero di servirsi dei poteri che le derivano dal possesso del pacchetto di controllo, per trarre proprio ed esclusivo vantaggio economico, salvo che essa indennizzi la controllata o spartisca proporzionalmente i benefici conseguiti con gli azionisti di minoranza. In caso di violazione o di abuso dei propri poteri da parte della *parent* è previsto un risarcimento dei danni cagionati alla *subsidiary* esclusivamente nei limiti dei benefici da questa impropriamente ricevuti o trattenuti, a meno che non sia

⁴⁵⁵ Ci si riferisce ai §§ 1.16; 1.23; 1.42 dei “*Principles*” così come individuati da U. PATRONI GRIFFI, «*Fiduciary duties*» e *gruppi di società*, cit., p. 904 il quale rileva come nel caso indicato *sub b*) «gli azionisti di minoranza dovranno provare non la semplice “*unfairness*” dell'operazione impugnata, ma che essa costituisce uno sperpero del patrimonio sociale (*a waste of corporate assets*) della *subsidiary*; vale a dire, che si esaurisca in un dispendio di fondi o beni sociali privo di corrispettivo e per il quale non sussista un “*rational business purpose*”, ovvero che il corrispettivo ricevuto sia così insignificante che “*no person of ordinary sound business judgement would deem it worth that which the corporation has paid*”».

⁴⁵⁶ Il testo originale del § 5.11 dei “*Principles*” rubricato «*Use by a Controlling Shareholder of Corporate Property, Material Non-Public Corporate Information, or Corporate Position*»:

“(a) General rule. A controlling shareholder may not use corporate property, a controlling position, or (when trading in the corporation’s securities) material non-public information to secure a pecuniary benefit, unless:

- (1) value is given for the use and the transaction meets the standards of § 5.10 (Transactions by a Controlling Shareholder with the Corporation), or
- (2) any resulting benefit to the controlling shareholder either is made proportionally available to the other similarly situated shareholders or is derived only from the use of controlling position and is not unfair to the other shareholders, and the use is not otherwise unlawful.

(b) Burden of Proof. A party who challenges the conduct of a controlling shareholder under Subsection a) has the burden of proof, except that if value was given for the benefit, the burden of proving whether the value was fair should be determined as provided in § 5.10 in the case of transaction with the corporation.

(c) Special Rule on Remedies. A controlling shareholder is subject to liability under this section only to the extent of any improper benefit received and retained, except to the extent that any foreseeable harm caused by the shareholder’s conduct exceeds the value of the benefit received, and multiple liability based on receipt of the same benefit shall not be imposed”.

prevedibile che i danni scaturenti dal suo illecito comportamento eccedano i benefici economici conseguiti⁴⁵⁷.

Da ultimo, il § 5.12⁴⁵⁸ disciplina i casi di indebita appropriazione – da parte della *parent* – delle “*corporate opportunity*” della *subsidiary*, ossia delle possibilità di profitto ed occasioni commerciali che la controllata ha ricevuto o sviluppato autonomamente e su cui fonda una aspettativa⁴⁵⁹ od un affidamento. L’appropriazione può ritenersi corretta, analogamente a quanto statuito nei paragrafi precedenti, allorchè l’utilizzo dell’opportunità sia stato previamente autorizzato o ratificato da azionisti indipendenti debitamente informati della presenza di un conflitto di interessi e delle caratteristiche dell’opportunità di impresa.

La norma in esame è particolarmente encomiabile per essere riuscita a comporre in maniera equilibrata il diritto della *parent* a concorrere con la propria *subsidiary*, al contempo facendosi carico dell’insopprimibile esigenza di evitare che la prima si appropri delle occasioni commerciali giuridicamente appartenenti alla seconda. Infatti,

⁴⁵⁷ Poiché, a differenza delle precedenti formulazioni dei “*Principles*” nulla viene specificato circa la ripartizione dell’onere probatorio si deve ritenere che la prova dell’illegittimità della condotta della *parent* debba essere fornita dalla parte attrice. Si registra un’inversione dell’onere probatorio esclusivamente qualora la *parent* abbia provveduto ad indennizzare la *subsidiary* per i benefici economici da essa conseguiti: spetterà a questa, infatti, dimostrare che l’ammontare dell’indennizzo corrisposto è *fair*.

⁴⁵⁸ Il testo originale del § 5.12 dei “*Principles*” rubricato «*Taking of Corporate Opportunities by a Controlling Shareholder*» così dispone:

“(a) General Rule. *A controlling shareholder may not take advantage of a corporate opportunity unless:*

- (1) *The taking of the opportunity is fair to the corporation; or*
- (2) *The taking of the opportunity is authorized in advance or ratified by disinterested shareholder, following disclosure concerning the conflict of interest and the corporate opportunity, and the taking of the opportunity is not equivalent to a waste of corporate assets.*

(b) Definition of a Corporate Opportunity. *For purposes of this Section, a corporate opportunity means any opportunity to engage in a business activity that:*

- (1) *Is developed or received by the corporation, or comes to the controlling shareholder primarily by virtue of its relationship to the corporation; or*
- (2) *Is held out to shareholder of the corporation by the controlling shareholder, or by the corporation with the consent of the controlling shareholder, as being a type of business activity that will be within the scope of the business in which the corporation is engaged or expects to engage and will not be within the scope of the controlling shareholder’s business.*

(c) Burden of Proof. *A party who challenges the taking of a corporate opportunity has the burden of proof, except that the controlling shareholder, has the burden of proving that the taking is fair to the corporation if the taking of the opportunity was not authorized in advance or ratified by disinterested directors or disinterested shareholders following the disclosure required by Subsection (a) (2)”.*

⁴⁵⁹ L’A.L.I. ha dedicato notevole attenzione a siffatto profilo in quanto non solo carente sotto il profilo normativo ma anche sotto quello giurisprudenziale a causa delle pochissime decisioni sul tema. Nonostante ciò era stato da tempo riconosciuto il principio per cui la *parent* non può appropriarsi di «*an opportunity which rightfully*» (*Greene v. Dunhill International*, 249 A. 2d 427, 1968) che spetta alla controllata: ossia una *opportunity* che si trova nella medesima «*line of business*» (*Guth v. Loft, inc.*, 23 Del.Ch, 255, 5 A. 2d 503, 1939) della *subsidiary* e dalla quale quest’ultima può trarre un cospicuo vantaggio economico e sulla quale ha una «*tangible expectancy*» (*Blaustein v. Pan American Petroleum & Transport Co.*, 293 N.Y. 281, 1940).

la sola perplessità sollevata concerne l'efficienza – sotto il profilo strettamente economico – del contemperamento adottato⁴⁶⁰.

La legittimazione a proporre l'azione di responsabilità nei confronti della *parent* per *breach* dei suoi *fiduciary duties* verso la *subsidiary* spetta agli azionisti «esterni» ed al curatore fallimentare (*trustee*) della società controllata.

In pratica gli azionisti «esterni» possono agire: in rappresentanza della *subsidiary* il cui interesse si assume leso dalla *parent* (*derivative action*)⁴⁶¹ ovvero in rappresentanza della particolare categoria di azionisti cui appartengono (*class action*).

La prima ipotesi non è altro che una sorta di azione surrogatoria tramite la quale gli azionisti di minoranza si sostituiscono agli (ovviamente) inerti amministratori della controllata per promuovere l'azione di responsabilità nei confronti della controllante. Se l'azione è vittoriosa, la *parent* verrà condannata a risarcire i danni direttamente alla *subsidiary*⁴⁶², e gli azionisti vedranno tutelato il loro legittimo interesse alla stabilità economica e finanziaria della società, nonché alla massimizzazione del valore della propria partecipazione azionaria⁴⁶³.

Tramite la seconda, invece, gli azionisti possono far valere in giudizio gli interessi corporativi che siano stati pregiudicati dalla *parent*.

⁴⁶⁰ V. BRUDNEY-R.C. CLARK, *A New Look at Corporate Opportunities*, in *Harvard L. Rev.*, 1981, p. 1055. Il quale ha sostenuto che «tutte le opportunità commerciali in astratto sfruttabili sia dalla *parent* che dalla *subsidiary* debbano essere assegnate a quest'ultima; dacché commetterebbe una vera e propria indebita usurpazione la *parent* che se ne appropriasse, salvo il caso in cui riuscisse a dimostrare – in modo chiaro ed evidente – che tale opportunità commerciale, ove sfruttata direttamente da lei, possieda un *substantially higher value*».

⁴⁶¹ Si deve riconoscere, tuttavia, che la *derivative action* presenta anche grossi problemi. Tramite questa, infatti, gli azionisti di minoranza – seppur in possesso di un'insignificante partecipazione al capitale sociale – ricattano gli azionisti di maggioranza e gli amministratori della società controllata in modo da indurli a transigere in cambio della rinuncia ad agire per evitare gli esorbitanti costi connessi all'instaurazione di un giudizio e, soprattutto, l'eventuale rischio di condanna. Proprio per prevenire tali abusi diversi Stati hanno subordinato l'esercizio di una *derivative action* da parte degli azionisti che rappresentano meno del 5% del capitale sociale, o la cui partecipazione abbia un valore inferiore ai cinquantamila dollari, alla prestazione di una idonea garanzia a copertura delle spese legali.

⁴⁶² In circostanze eccezionali, le corti statunitensi hanno disposto che la somma liquidata in sentenza a titolo di risarcimento del danno venisse erogata direttamente agli azionisti di minoranza, in proporzione delle azioni da essi possedute (*pro-rata recovery*). In questo modo, i magistrati hanno tentato di evitare che la società controllante (o in genere l'azionista di maggioranza), autrice o complice dell'illecito comportamento che ha dato luogo al giudizio, venisse poi indirettamente a godere, congiuntamente con gli altri azionisti, delle somme pervenute alla società a titolo di indennizzo. Cfr., *Perlman v. Felman*, 219 F. 2d 173, 1955.

⁴⁶³ I giudici americani hanno generalmente riconosciuto a favore degli attori, nel caso in cui la loro domanda venga accolta, il diritto ad ottenere dalla società controllata il rimborso delle spese legali da loro sopportate.

All'azionista della controllata è consentito anche esperire una *direct action* nei confronti della *parent*. Tuttavia – perché l'azione abbia successo – è necessario che questi dimostri che l'indebito comportamento della controllante è stato lesivo dei diritti di cui egli personalmente ed individualmente gode quale azionista della *subsidiary*.

Infine sono doverosi alcuni cenni circa l'individuazione del danno risarcibile. Questo, di norma, coincide con l'intero ammontare delle perdite e dei danni subiti dalla società controllata o dagli azionisti «esterni» a causa dell'illecito comportamento della *parent*.

La regola innanzi esposta subisce eccezione nei casi in cui è previsto, a favore degli azionisti di minoranza, il diritto di recedere dalla società e di ottenere la liquidazione della propria partecipazione azionaria al prezzo di mercato (*appraisal*)⁴⁶⁴.

La teoria dei *fiduciary duties*, così come elaborata dalla giurisprudenza statunitense, presenta “luci ed ombre”.

Da un lato va annoverato l'obbligo della società controllante di improntare i propri rapporti con la controllata e gli azionisti di minoranza in termini di assolute ed incondizionate *fairness* e *disclosure*. Questo – che può essere definito il fondamento stesso della teoria dei *fiduciary duties* – appare in astratto un efficace mezzo per la prevenzione e per la risoluzione dei conflitti infragruppo.

D'altro lato, tuttavia, si deve riconoscere come l'applicazione pratica del principio, così come emerge dai casi esaminati dalle corti americane, incontri forti difficoltà specie a causa del vasto numero di *standards* utilizzati. Infatti, posto che l'applicazione di un criterio (e del conseguente regime probatorio) piuttosto che di un altro è suscettibile in concreto di determinare l'esito del giudizio a favore della controllante o degli azionisti di minoranza, l'insufficiente grado di (preventiva) certezza circa lo *standard* di volta in volta adottabile in riferimento alla fattispecie reale è potenzialmente idoneo a produrre (e di fatto ha prodotto) una maggiore litigiosità.

⁴⁶⁴ L'*appraisal* è un rimedio di carattere eccezionale che consiste nella facoltà – concessa all'azionista di minoranza dissenziente – di recedere dalla società nel caso in cui si trovi in disaccordo in merito ad alcune decisioni (predeterminate normativamente o statutariamente) assunte dalla maggioranza ed idonee a modificare in modo penetrante la struttura societaria. Ipotesi di tutela analoga, riconosciuta in altri Stati, consiste, invece, nell'attribuzione (sempre all'azionista dissenziente) del potere di inibire l'esecuzione della deliberazione assunta dalla maggioranza che egli provi essere illecita o fraudolenta. Nella pratica, però, l'*appraisal* si è dimostrato un mezzo inefficiente poiché le *holdings* hanno spesso dato modo di esercitare l'*appraisal* proprio per liberarsi di una ingombrante e fastidiosa minoranza tramite un mezzo comodo e poco dispendioso. Proprio per questo la giurisprudenza statunitense più attenta ha concesso agli attori «*any form of equitable and monetary relief, as may be appropriate, including rescissory damages*» (Weinberger v. UOP, Inc., 457 A. 2d 701, 1983).

In quest'ottica l'impegno dell'*American Law Institute* si è rivelato particolarmente meritorio, giacchè i *Principles* consentono alle parti di conoscere in anticipo – in vista di un possibile giudizio – non solo chi dovrà fornire la prova della *fairness* della condotta della *parent*, ma anche quale sia in concreto il contenuto dell'obbligo di correttezza.

2.2. Clausola dei vantaggi compensativi: il percorso dottrinale.

Tanto la teoria in esame è avversata sul fronte giurisprudenziale, quanto è ampiamente condivisa in dottrina. Il dibattito si incentra (oltre che nelle immancabili divergenze con pochi ma tenaci oppositori⁴⁶⁵) sulla forma giuridica dei diversi rimedi giuridici prospettati, e soprattutto sui criteri necessari perché una determinata operazione possa ritenersi compensata.

Sembra opportuno individuare preliminarmente i *punti fermi* (comunemente condivisi, e sui quali si basano praticamente tutte le costruzioni dottrinali), per poi analizzare le diverse sfaccettature in cui si è declinata la teoria.

E' assodato sia che il perseguimento «dell'interesse di gruppo non abilita a manovre di depauperamento unidirezionale delle singole unità aggregate»⁴⁶⁶, sia che l'appartenenza al gruppo muta le condizioni di esercizio dell'impresa. Donde la necessaria conseguenza che gli stessi pregiudizi vadano valutati in un confronto dialettico «con i vantaggi dell'appartenenza ad una comunità allargata»⁴⁶⁷, reputando insufficienti – perché la compensazione sia adeguata – quelli derivanti dalla mera appartenenza al gruppo, ed essendo necessario, di contro, un *quid pluris*⁴⁶⁸.

Proprio questo è il *punctum pruriens* della teoria dei vantaggi compensativi, sul quale la dottrina si è divisa ed ove si manifestano le diverse modalità in cui si concretizza la clausola dei vantaggi compensativi.

⁴⁶⁵ Ci si riferisce alle tesi prospettate da F. DENOZZA, *Rules vs Standard nella disciplina dei gruppi: l'inefficienza delle compensazioni «virtuali»*, cit., p. 327 ss; L. ENRIQUES, *Gruppi piramidali, operazioni intragrupo e tutela degli azionisti esterni: appunti per un'analisi economica*, cit., p. 698 ss.

⁴⁶⁶ V. NAPOLEONI, *Geometrie parallele e bagliori corruschi del diritto penale dei gruppi (banca rotta intragrupo, infedeltà patrimoniale e «vantaggi compensativi»)*, cit., p. 3701.

⁴⁶⁷ A. MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, cit., p. 738.

⁴⁶⁸ Come sottolineato da S. ROSSI, *Relazione introduttiva*, cit., p. 612, la giurisprudenza si è mostrata mutevole «talora ritenendo compensato il pregiudizio procurato alla società controllata dai vantaggi genericamente derivanti dalla sua appartenenza al gruppo, in altri casi operando un esame più analitico dei rapporti intercorrenti tra le società parti dell'operazione».

La *summa divisio* si pone tra interpretazione «rigida» (definita «ragionieristica» dagli oppositori) ed «elastica» (a sua volta additata come delle «compensazioni virtuali»); intervengono poi le più diverse sfumature⁴⁶⁹.

Nell'ambito della prima corrente v'è chi vincola la legittimità delle operazioni pregiudizievoli per la controllata ad un vero e proprio indennizzo quantitativamente idoneo a pareggiare le perdite⁴⁷⁰; chi consente le suddette operazioni svantaggiose a patto che vengano contestualmente deliberati contratti idonei a (ri)trasferire dalla capogruppo alla controllata altrettanti vantaggi economici⁴⁷¹; chi, infine, ritiene legittime le operazioni di gruppo purchè il conseguente «*surplus*» sia distribuito in modo equo fra tutte le società del gruppo⁴⁷².

Sul versante opposto, alcuni ritengono che i pregiudizi devono essere comparati con i vantaggi⁴⁷³; altri sostengono la necessità di una valutazione del caso concreto considerando, onde verificare la compensazione, i vantaggi anche *futuri* che la controllata possa conseguire dal perseguimento delle politiche del gruppo⁴⁷⁴.

⁴⁶⁹ Per avere un quadro generale della riflessione dottrinale sull'argomento si veda anche S. ROSSI, *Relazione introduttiva*, cit., p. 611 ss.

⁴⁷⁰ P. SPADA, *L'amministrazione delle società per azioni tra interesse sociale ed interesse di gruppo*, cit., p. 223 ss. individua i requisiti fondamentali del sistema di indennizzo: a) la necessità, nei rapporti intragruppo, di una stima prognostica del pregiudizio che patirebbe la società controllata in esecuzione dell'operazione impostale richiedendo, nel caso si evinca una perdita, che già nella delibera venga previsto un idoneo indennizzo; b) dello stesso dovrà beneficiare la società: ciò che si deve impedire è che le azioni di questa si svalutino e, nel caso accada, deve essere coperta l'intera minusvalenza; c) l'indennizzo non può essere accordato successivamente alla deliberazione ma deve essere già acquisito alla controllata o programmato in modo giuridicamente vincolante per la controllante e fungere da elemento essenziale del contenuto della deliberazione (magari condizionandone l'efficacia); d) il pregiudizio della società dipendente deve trovare una giustificazione, oggettivamente riconoscibile, nella politica di gruppo; e) la controllante deve fornire tutte quelle informazioni che consentano di valutare la necessità e l'entità del pregiudizio e l'adeguatezza dell'indennizzo; f) il pregiudizio deve essere misurabile ed, in concreto, indennizzabile; g) specifica che l'indennizzo non deve necessariamente consistere in una partecipazione della società controllata ai «vantaggi particolari» di gruppo. Appartiene a tale filone anche L. ENRIQUES, *Il conflitto degli amministratori di società per azioni*, in *Quad. giur. comm.*, n. 213, p. 200.

⁴⁷¹ F. BONELLI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società*, cit., p. 219 ss. «(...) richiede un'indagine sulle effettive condizioni dell'operazione, in particolare sull'adeguatezza del corrispettivo ricevuto dalla società». Concordi nel ritenere che, a fronte di un'operazione pregiudizievole, la società svantaggiata debba percepire una compensazione effettiva e puntuale ossia un *indennizzo* tale da determinare (quantomeno) un aritmetico *pareggio* tra perdita e guadagno si mostrano F. DENOZZA, *Rules vs Standard nella disciplina dei gruppi: l'inefficienza delle compensazioni «virtuali»*, cit., p. 337; P. G. JAEGER, *L'interesse sociale rivisitato*, in *Giur. comm.*, 2000, I, p. 811.

⁴⁷² D. PREITE, *Il conflitto di interessi del socio tra codice e disciplina del mercato*, cit., pp. 361 e 402 ss; B. LIBONATI, *La responsabilità nel gruppo*, cit., p. 596; G. SCOGNAMIGLIO, *Prospettive di tutela dei soci esterni nei gruppi di società*, in *Riv. soc.*, 1995, p. 447.

⁴⁷³ A. MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, cit., p. 738.

⁴⁷⁴ G. COTTINO, *Diritto commerciale*, vol. I, 2° ed., Padova, 1994, p. 791 ss. ha riconosciuto come da una determinata strategia di gruppo, possono derivare, almeno in prospettiva, vantaggi alle società dipendenti: vantaggi peraltro da verificare caso per caso». Condividono una visione elastica delle compensazioni

Parte della dottrina⁴⁷⁵, nella più recente elaborazione, sostiene la necessità di definire con maggiore analiticità l'intero procedimento compensativo: muovendo da una sintetica valutazione delle principali tipologie di operazioni intragruppo, ed evidenziato come in molti casi sia estremamente complesso (se non addirittura impossibile) scomporre ogni singola operazione, conclude ritenendo doversi aver riguardo al risultato complessivo.

Altre critiche muovono dall'assunto che «una riallocazione specifica di vantaggi e svantaggi» rischierebbe di vanificare la stessa possibilità di sfruttare le opportunità offerte dall'intero modello organizzativo di gruppo, talchè si perverrebbe ad un risultato economico finale equivalente a quelli conseguibili da una società isolata.

Unica strada percorribile per salvaguardare le opposte esigenze (interessi di minoranza e garanzia di efficienza del modello) potrebbe individuarsi nel precisare l'ampiezza e le modalità operative della compensazione.

La compatibilità di un'operazione con l'interesse sociale di ogni singola unità

«deve valutarsi in termini di *razionalità e coerenza* di una singola scelta, *ancorché pregiudizievole* per la società che la pone in essere, rispetto ad una *politica economica generale di gruppo di medio e lungo termine*, da cui ragionevolmente può derivare un vantaggio alla singola società, anche su *piani economici differenti*, anche in *tempi diversi* rispetto al momento dell'operazione ed anche secondo un *parametro non rigidamente proporzionale*, né necessariamente quantitativo»⁴⁷⁶.

Si propone quindi un insieme di criteri di valutazione della “non extra-socialità” della decisione nel quadro di una politica di gruppo, laddove le altre teorie si risolvevano in un procedimento di quantificazione, in termini numerici, del pregiudizio finalizzato ad individuare l'ammontare del risarcimento.

Ne deriva, di conseguenza, anche lo stravolgimento delle modalità di accertamento giudiziale del pregiudizio conseguente all'operazione e dei vantaggi conseguibili in ragione dell'appartenenza al gruppo.

Deve trattarsi di un

intragruppo anche F. GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, *Contr. e impr.*, 2002, p. 1023 ss.; M. MIOLA, *Il diritto italiano dei gruppi de jure condendo: i gruppi e i creditori*, in *Giur. comm.*, 1996, I, p. 409; ID, *Le garanzie intragruppo*, Torino, 1993, p. 130 ss.

⁴⁷⁵ P. MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, cit., p. 710 ss.

⁴⁷⁶ *Ibidem*, p. 718 ss.

«procedimento valutativo tecnico di carattere economico-funzionale e non quantitativo reso, e perciò successivamente controllato (in sede giudiziale), in base agli elementi noti al momento in cui l'operazione intragruppo viene decisa»⁴⁷⁷.

In altre parole, si tratta di un giudizio di prognosi postuma da effettuare sulla base degli elementi noti al momento in cui viene deliberata l'operazione (che si ipotizza essere) pregiudizievole⁴⁷⁸. Il dato economico – pur costituendo un segnale per l'interprete – non è più l'elemento necessario e sufficiente, in quanto oggetto di valutazione è il risultato complessivo e ragionevolmente atteso, e non già il risultato finale positivo o negativo (che ben può essere influenzato da fattori estranei e rientranti nel rischio di impresa).

Si evita così di reputare abusiva un'operazione che rientra nei normali rischi di impresa e che solo per motivi contingenti – non imputabili all'amministratore – non ha prodotto la compensazione prevista. L'amministratore se da un lato ha l'onere di soppesare attentamente *costi* e *vantaggi* della politica di gruppo, dall'altro ha margini operativi piuttosto ampi, senza diminuzione delle garanzie per i soggetti deboli in quanto il canone valutativo risulta idoneo a reprimere tutte le condotte che addivengono al depauperamento delle controllate.

Affinchè il giudizio di prevedibilità sia il più possibile coerente alle reali condizioni in cui si inserisce l'operazione, il *discrimen* viene individuato nello stato di insolvenza: è in siffatta condizione, infatti, che il pregiudizio concretamente sofferto rischia di non poter essere adeguatamente compensato⁴⁷⁹.

⁴⁷⁷ *Ibidem*, p. 718 ss. ove, l'A. citato, afferma a chiare lettere che «la teoria dei vantaggi compensativi non è teoria dell'indennizzo».

⁴⁷⁸ Si tratta di un giudizio costruito secondo l'impostazione già da tempo elaborata dalla maggioritaria dottrina penalistica in relazione all'idoneità degli atti nel tentativo. Ci si riferisce a G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2004, p. 250.

⁴⁷⁹ Gli effetti pratici di tale criterio si comprendono appieno se si considera che l'intervento dello stato di insolvenza rischia di pregiudicare – a prescindere dal soggetto su cui ricada – l'effettivo percepimento dei vantaggi compensativi. Infatti, nel caso in cui fallisca la società pregiudicata, il pericolo è che la società stessa interrompa il suo esercizio prima ancora di incamerare i vantaggi che le spetterebbero (e che difficilmente le verranno attribuiti nelle more della procedura concorsuale); d'altra parte se a fallire dovesse essere la società «sorella» avvantaggiata dall'operazione i ritorni positivi, pur potendo provenire comunque da operazioni con altre società del gruppo, sarebbero destinati (inderogabilmente) a sfumare.

2.3. Alcuni rilievi critici circa l'efficienza della clausola: un revirement rigoristico e la prospettazione di una soluzione alternativa.

La teoria dei vantaggi compensativi si presenta, o almeno viene presentata dai suoi fautori, come il necessario punto di equilibrio per garantire ampi margini operativi alle politiche di gruppo senza rinunciare ad un'adeguata tutela dei soggetti deboli. In tal modo, si sostiene, il sistema raggiunge la massima efficienza.

Tuttavia, è proprio sul terreno dell'efficienza che sono state mosse le più accese critiche all'intera impostazione: le riserve si incentrano non tanto sulla capacità della formula di offrire un adeguato ristoro agli interessi pregiudicati, quanto, piuttosto, sulla stessa possibilità che, per tale via, si possa ottenere un sistema complessivamente efficiente⁴⁸⁰.

Il problema viene individuato – conformemente a quanto già sostenuto dai fautori del filone «elastico» – nella costante conflittualità tra esigenze allocative ed esigenze redistributive. Non si condivide l'opinione secondo la quale, anche in questo settore, un maggiore benessere vada ricercato nel passaggio dalla teoria di Pareto a quella di Kaldor-Hicks⁴⁸¹.

Si sostiene⁴⁸² che lo schema, applicato al fenomeno dei gruppi di società, comporta il rischio di qualificare come efficienti, e di conseguenza leciti, tutti gli atti che, pur arrecando svantaggi ad una società del gruppo, consentono di avvantaggiare altre società dello stesso in misura tale da compensare la società svantaggiata e ravvisare comunque una convenienza per l'operazione.

⁴⁸⁰ In questi termini si esprimono F. DENOZZA, *Rules vs Standard nella disciplina dei gruppi: l'inefficienza delle compensazioni «virtuali»*, cit., p. 327 ss; L. ENRIQUES, *Gruppi piramidali, operazioni intragruppo e tutela degli azionisti esterni: appunti per un'analisi economica*, cit., p. 698 ss. In particolare il primo autore evidenzia come «le ragioni che militano in favore del riconoscimento delle politiche di gruppo non sono di tipo equitativo, ma di tipo efficientistico» e individua la ragione di una siffatta impostazione nell'impossibilità di dimostrare l'equità di una politica decisa dalla *holding* alla quale tutte le componenti si devono attenere pur non avendo partecipato al procedimento deliberativo; riconosce maggiori margini argomentativi per sostenere l'efficienza.

⁴⁸¹ Nell'impostazione paretiana, infatti, un cambiamento può essere considerato efficiente solo quando esista almeno un soggetto avvantaggiato dal cambiamento stesso e nessun soggetto svantaggiato. Nell'impostazione che si richiama a Kaldor-Hicks, invece, si riconoscono come miglioramenti tutti i cambiamenti che, pur danneggiando un certo soggetto, arrecano ad un altro un vantaggio tale da consentirgli di compensare il danneggiato, e di trovarsi, tuttavia, in una situazione migliore di quella in cui si sarebbe trovato se il cambiamento non fosse intervenuto. Così F. DENOZZA, *Rules vs Standard nella disciplina dei gruppi: l'inefficienza delle compensazioni «virtuali»*, cit., pp. 328-329.

⁴⁸² Ci si riferisce al saggio di F. DENOZZA, *op. ult. cit.*, p. 327 ss. del quale si ripercorre il procedimento argomentativo per evidenziare come l'A. prediliga, nell'ambito della teoria dei vantaggi compensativi, una soluzione rigida ritenendola tuttavia non ottimale e proponendo, in alternativa ad uno *standard* per le operazioni intragruppo pregiudizievoli, l'adozione di una *bright rule*.

Con tali premesse si riconosce la costante opposizione che divide i fautori degli avversi schieramenti e, scartata l'adottabilità di compensazioni future o soltanto presunte (ritenute una sorta di legalizzazione del furto), si aderisce al pensiero di chi richiede una compensazione effettiva e quantitativamente adeguata, tale da garantire alla società danneggiata pieno ristoro dei pregiudizi subiti⁴⁸³.

Individuato quale fondamentale obiettivo della teoria il "consentire le operazioni che aumentano il benessere complessivo e vietare le altre", si sostiene l'inefficienza delle politiche di gruppo che assicurano ad una società vantaggi superiori agli svantaggi arrecati alle altre. L'assunto è basato sul riconoscimento delle potenziali divergenze che, nelle operazioni infragruppo, si possono riscontrare tra l'aumento del benessere del gruppo e la crescita del benessere sociale delle singole aggregate.

Ne conseguono – secondo l'Autore – tre profili di potenziale inefficienza: *a)* nel *mercato mobiliare*, perché si introduce un rischio non diversificabile da un investitore razionale così da far attestare il mercato dei capitali su un equilibrio sub ottimale; *b)* nel *mercato del credito*, perché risulta difficile monitorare il debitore con un conseguente aumento dei costi connessi al ricorso al credito; *c)* nel *mercato finale*, in quanto il gruppo di comando mira a realizzare la politica che gli permette di ottenere maggiori benefici privati.

Si scorge nella maggior parte delle formulazioni un errore di base, ravvisato essenzialmente nel fondare la necessità della compensazione su ragioni eque piuttosto che nell'esigenza di prevenire l'attuazione di politiche inefficienti⁴⁸⁴. Il problema centrale, quindi, non consisterebbe tanto nel grado di correttezza richiesto agli amministratori della controllata (quando comparano l'interesse del gruppo alle politiche efficienti con l'interesse dei soci all'equa remunerazione) quanto, piuttosto,

⁴⁸³ *Ibidem*, p. 330. L'A. afferma che, consentendo la legittimità di compensazioni future non certe ma soltanto prevedibili, si avrebbe l'effetto pratico di una «moltiplicazione di stucchevoli tentativi di dimostrare che l'appartenenza alla rete distributiva, creditizia, produttiva ecc. del gruppo è fonte di vantaggi in grado di compensare qualsiasi perdita possa essere stata inflitta da ogni singola scelta della capogruppo». Ribadisce a chiare lettere che «ben diverso è l'effetto che conseguirebbe alla regola per cui ogni azione svantaggiosa deve essere compensata da un vantaggio specifico suscettibile di essere stimato in base a precisi criteri di mercato. Analogamente, un conto è richiedere che il vantaggio compensativo sia *certo e immediato*, altro conto è accettare, come idoneo a realizzare la compensazione, un vantaggio *futuro* e magari neppure ragionevolmente certo, ma solamente prevedibile».

⁴⁸⁴ *Ibidem*, p. 337. L'A. sostiene che frutto di tale errore è «la tendenza a ritenere accettabili *standards* anche molto elastici, che puntano l'attenzione molto più sullo stato psicologico di chi prende le decisioni, che non sulla effettività e congruità dei comportamenti dovuti ai soci di minoranza delle società danneggiate».

nell'identificazione di un criterio che consenta di impedire le politiche di gruppo inefficienti.

Vengono così enucleati i requisiti essenziali del criterio: *a)* non riconoscere come rilevante qualsiasi vantaggio che tale abbia ad apparire al giudice (in particolare un vantaggio connesso alla semplice appartenenza al gruppo); *b)* dubitare oltre che dei vantaggi preesistenti (ma ignoti), anche di quelli «futuri». Questi potranno essere oggetto di compensazione solo se ne sia *esattamente* stimabile il grado di probabilità e se l'*incertezza* così misurata possa essere *monetizzata* secondo puntuali valori di mercato.

In conclusione, la soluzione che l'Autore ritiene più efficiente è costituita

«da una regola precisa che imponga di compensare la società svantaggiata in maniera *specificata*, comprensiva anche degli eventuali rischi che la politica di gruppo le costringe a correre, che preveda un obbligo di informazione relativo all'operazione nel suo complesso e che imponga lo svolgimento di un'istruttoria, tanto più accurata quanto più l'operazione infragruppo si allontana da standardizzate transazioni di mercato».

La soluzione – condivisa da parte della dottrina⁴⁸⁵ – comporta il rischio, sottolineato ed accettato dallo stesso Autore, di *over-deterrence* ossia di imporre precauzioni inutili ed evitabili con il ricorso ad uno *standard*⁴⁸⁶.

⁴⁸⁵ In termini analoghi L. ENRIQUES, *Gruppi piramidali, operazioni intragruppo e tutela degli azionisti esterni: appunti per un'analisi economica*, cit., p. 698 ss. il quale: *a)* sostiene l'impraticabilità di una teoria «rigida» dei vantaggi compensativi a causa dalle insormontabili difficoltà probatorie derivanti sia dalla mole delle valutazioni da operare che dalla complessità delle stesse; *b)* reputa che la soluzione prospettata in dottrina (il passaggio ad una teoria maggiormente «elastica») non sia soddisfacente in quanto, pur permettendo una valutazione più agevole del rapporto costi/benefici delle operazioni intragruppo, è costellata dal rischio di falsi (giudizi) negativi e positivi; *c)* prospetta l'adozione di un sistema di *default* rigido (almeno per le società quotate) che impone delle vere e proprie regole secondo le quali operare la compensazione.

⁴⁸⁶ Così F. DENOZZA, *op. ult. cit.*, p. 338 ove sostiene di preferire tali maggiori oneri rispetto ai «rischi di sottovalutazione dei danni (da eccessiva discrezionalità». In senso diametralmente opposto si esprime P. MONTALENTI, *Gruppi e conflitto di interessi nella legge delega per la riforma del diritto societario, in Verso un nuovo diritto societario*, Bologna, 2002, pp. 240 e 241 ove afferma criticamente «ecco dunque come argomenti plausibili – ma non supportati neppure essi da indagini empiriche – sfociano in un'opzione di fondo sulle tecniche di regolamentazione. E l'opzione è nel senso di accettare il rischio di *over-shooting* piuttosto che ipotizzare il rischio di abusi. Una logica rispetto alla quale il mio dissenso è netto: come ammoniva Luigi Einaudi è la norma eccessivamente rigida che ne stimola la violazione, non il contrario. Conformare, in conclusione, la regola fisiologica ai comportamenti di massima devianza è un ottimo sistema per impedire anche i comportamenti virtuosi».

3. La soluzione accolta dal legislatore: la clausola dei vantaggi compensativi.

In siffatto contesto, caratterizzato da un ampio dibattito dottrinale volto a razionalizzare le numerose – seppur spesso altalenanti – prospettazioni della giurisprudenza, si inserisce la legge delega sulla riforma del diritto societario.

I primi decreti di attuazione hanno introdotto significative innovazioni in materia sia penale che civile.

La legge delega n. 366/2001 (il cui testo è rimasto sostanzialmente invariato rispetto allo schema della Commissione Mirone) all'art. 10 prevede che l'attività di direzione e coordinamento della capogruppo "*contemperi adeguatamente l'interesse del gruppo, delle società controllate e dei soci di minoranza di queste ultime*". Sul versante penale, l'art. 11 punto 12 contiene un espresso accoglimento del criterio dei vantaggi compensativi: si impone al legislatore delegato di specificare, nell'ambito del reato di infedeltà patrimoniale, che non è ingiusto il profitto della società "*se esso è compensato da vantaggi anche se soltanto ragionevolmente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo*".

La legge di delega è stata attuata⁴⁸⁷, sul fronte penale, dal D.Lgs. 11 aprile 2002 n. 61 il quale ha statuito al co. 3 dell'art. 2634 c.c. che "*in ogni caso non è ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo, se compensato da vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo*"; sul fronte civile, l'attuazione della delega avviene con il D.Lgs. 17 gennaio 2003 n. 6, ed in particolare con l'art. 2497 co. 1 u.p. c.c. ove si prevede una specifica esenzione della responsabilità conseguente a scorretto esercizio dell'attività di direzione e coordinamento: "*non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette*".

L'intervento normativo, seppur prende posizione su alcune problematiche, ha lasciato sostanzialmente irrisolte le questioni più spinose.

⁴⁸⁷ Per un commento "a caldo" dei primi decreti delegati cfr., AA.VV., *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, cit., p. 611 ss; L. ENRIQUES, *Vaghezza e furore. Ancora sul conflitto di interessi nei gruppi di società in vista dell'attuazione della delega per la riforma del diritto societario*, cit., p. 247 ss; P. MONTALENTI, *Gruppi e conflitto di interessi nella legge delega per la riforma del diritto societario*, cit., p. 237 ss.

Già nei primi commenti sono state avanzate numerose perplessità sulle formulazioni adottate dal legislatore, e soprattutto sulle frequenti imprecisioni che postulano una minuziosa opera interpretativa della dottrina. Non è mancato neppure chi ha rilevato le innumerevoli difficoltà incontrate dal legislatore sul terreno della tecnica legislativa, segnalando apertamente l'impercorribilità di una «prescrizione casistica» e l'estremamente delicatezza del procedimento di costruzione di nuove clausole generali⁴⁸⁸.

La dottrina penalistica, nell'interpretare la clausola, ha concentrato l'attenzione: sull'individuazione dei confini della formula⁴⁸⁹; sulla certezza dei vantaggi conseguiti dalla controllata perché possa escludersi l'ingiustizia del profitto; sugli effetti della modifica lessicale apportata dal decreto delegato rispetto alla legge di delega⁴⁹⁰; sul giudizio di fondatezza⁴⁹¹ dei vantaggi futuri e, in stretta connessione, sull'individuazione dei limiti della dilazione temporale concessa perché si concretizzino i vantaggi futuri; sull'individuazione dei soggetti beneficiari dei vantaggi compensativi⁴⁹² e sull'oggetto stesso della compensazione; infine, sulla natura giuridica della clausola.

⁴⁸⁸ In questi termini P. MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, cit., p. 716 il quale in *Gruppi e conflitto di interessi nella legge delega per la riforma del diritto societario*, cit., p. 239 commentando l'opzione legislativa (l.d. 366/2001) afferma che «il legislatore si è espresso, opportunamente, attraverso clausole generali ed ispirandosi ad un criterio di ragionevole elasticità nell'impostazione delle proprie scelte di politica del diritto».

⁴⁸⁹ Per L. FOFFANI, *Art. 2634 c.c.*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. PALAZZO – C. E. PALIERO, 2° ed., Padova, 2007, p. 2525 il riferimento alla nozione di *collegamento* estenderebbe eccessivamente il campo di applicazione; in senso conforme anche S. ROSSI, *Relazione introduttiva*, cit., p. 613 ritiene necessario «costruire delle interpretazioni».

⁴⁹⁰ Il passaggio dalla dizione «*ragionevolmente prevedibili*» a quella di «*conseguiti o fondatamente prevedibili*» lascia presupporre la volontà del legislatore a che non venga operata una valutazione in termini rigidamente quantitativi seppure, tramite l'impiego del termine *conseguiti*, sembra richiedere la sussistenza di una certa proporzionalità; peraltro dalla specificazione che la prevedibilità deve avere i caratteri della *fondatezza* si evince l'insufficienza ad operare la compensazione sia dei vantaggi derivanti dalla mera appartenenza al gruppo che delle semplici aspettative.

⁴⁹¹ S. ROSSI, *Relazione introduttiva*, cit., p. 613 domanda se «dovrà trattarsi di una fondatezza economica, basata su valutazioni di carattere imprenditoriale, o di una fondatezza giuridica, che si manifesti in precisi impegni formali e giuridicamente vincolanti nei confronti della società controllata».

⁴⁹² Alcune perplessità sul punto potrebbero derivare «dall'evidente improprietà lessicale che connota la disposizione legislativa», come afferma N. ABRIANI, *Gruppi di società e criterio dei vantaggi compensativi nella riforma del diritto societario*, in *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 619 per il quale la soluzione va individuata «ovviamente» nel senso che «non è il *profitto* della società collegata o del gruppo a dover essere compensato dall'appartenenza alla comunità allargata (come invece pretenderebbe la lettera della legge, così configurando un'*inedita compensatio lucri cum lucro*); è piuttosto il *danno patito* dalla controllata a seguito dell'operazione intragruppo – e da cui la controllante (o altra società collegata) abbia tratto correlativamente vantaggio – che dovrà trovare adeguata compensazione al fine di escludere l'ingiustizia del danno stesso». In termini sostanzialmente analoghi L. FOFFANI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 2525.

Altrettanti interrogativi sono stati formulati in relazione alla disciplina civilistica. In particolare l'attenzione si è soffermata sui criteri compensativi: da un lato, il riferimento al danno *mancante* ovvero *integralmente eliminato* ha portato a sostenere la necessità di una compensazione rigidamente quantitativa; dall'altro lato, la formula “*alla luce del risultato complessivo*” è stata interpretata come un'apertura alla clausola verso vantaggi futuri. Anche in questo caso, la mancanza di un limite temporale entro il quale effettuare la valutazione ha dato luogo a molteplici interpretazioni.

Ulteriori spunti problematici propongono i rapporti intercorrenti tra le due norme⁴⁹³, la qualificazione giuridica della clausola penale e, sul piano processuale, la disciplina dell'onere probatorio, scoglio sul quale la clausola rischia di arenarsi.

Nonostante le criticità evidenziate – sulle quali ci si soffermerà in seguito – il giudizio della dottrina è in larga parte positivo⁴⁹⁴.

La scelta del legislatore della riforma è stata ritenuta un giusto compromesso poiché permette di individuare un ragionevole asse di mediazione tra i diversi interessi in gioco: da un lato è garantita una certa flessibilità ed elasticità nelle politiche di gestione del gruppo, e dall'altro lato si impediscono tecniche predatorie ai danni di azionisti esterni e creditori.

Le ragioni per le quali la scelta è condivisibile – sostiene parte della dottrina – riposano sul fatto che il paradigma introdotto, sia pure in termini di principio, si mostra al contempo «realistico, flessibile, equilibrato, controllabile, coerente con la nostra

⁴⁹³ Sul punto si registrano opinioni divergenti riconducibili a tre filoni: *a*) la dottrina maggioritaria ritiene che le due clausole si contemperino armoniosamente in un rapporto di progressività che vede la formula civilistica più rigorosa – richiedendo un effettivo contemperamento – laddove la norma penale appare più elastica – ammettendo anche i vantaggi fondatamente prevedibili – in modo da sanzionare solamente, e conformemente al suo ruolo di *extrema ratio*, le violazioni più gravi (in questi termini fra gli altri cfr., C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società, Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, Milano, 2009, p. 43; P. MONTALENTI, *Gruppi e conflitto di interessi nella legge delega per la riforma del diritto societario*, cit., p. 242); *b*) altri, individuando nelle due formulazioni una evidente frattura, attribuiscono – in ragione della loro «comune matrice ideologica» – sostanzialmente lo stesso ambito di applicazione (per maggiori approfondimenti circa questo tentativo di «pareggiare lo scalino» si veda V. NAPOLEONI, *Geometrie parallele e bagliori corruschi del diritto penale dei gruppi (banca rotta intragruppo, infedeltà patrimoniale e «vantaggi compensativi»*), cit., p. 3803); *c*) infine, secondo una dottrina minoritaria (A. D'AVIRO, *L'infedeltà patrimoniale*, Milano, 2004, p. 137), non sussisterebbero rischi di sfasature o fratture tra disciplina civile e penale in quanto la normativa civilistica non richiama la clausola dei vantaggi compensativi.

⁴⁹⁴ In particolare ci si riferisce a P. MONTALENTI, *Gruppi e conflitto di interessi nella legge delega per la riforma del diritto societario*, cit., p. 239 ss. Risulta, di contro, fortemente critico L. ENRIQUES, *Vaghezza e furore. Ancora sul conflitto di interessi nei gruppi di società in vista dell'attuazione della delega per la riforma del diritto societario*, cit., p. 247 ss.

tradizione giuridica e pertanto suscettibile di trovare adeguata applicazione anche in sede giurisprudenziale»⁴⁹⁵.

3.1. Una ipotesi di lavoro.

Occorre a questo punto fare un passo indietro e far precedere qualsiasi valutazione sulle scelte del legislatore da una puntuale analisi di entrambe le disposizioni, con l'intento di prospettare le diverse interpretazioni plausibili per individuarne, sulla scorta dell'ampia riflessione dottrinale, luci ed ombre.

Solo a questo punto si potranno valutare le interazioni tra le due norme e proporre una composizione all'interno di sistema armonico.

A tal fine particolare attenzione sarà rivolta alle applicazioni che la giurisprudenza ha dato nel corso del primo decennio di vigenza della clausola dei vantaggi compensativi introdotta dal legislatore penale e civile rispettivamente nel 2002 e nel 2003. Solo queste, infatti, potranno dare ragione o meno delle critiche e delle difficoltà che sono state prospettate dalla dottrina all'indomani delle citate riforme.

Il legislatore, come ricordato più volte, sembra prendere le mosse dal riconoscimento della liceità della *direzione unitaria* (*rectius*: attività di direzione e coordinamento), da esercitarsi, tuttavia, secondo “*principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale*” laddove non si voglia incorrere in responsabilità. Anche sul terreno penale l'inserimento della società in un gruppo costituisce una peculiarità capace di riverberare effetti sul delitto di infedeltà patrimoniale.

Sembra tuttavia che la regola civilistica ponga alla direzione unitaria il limite massimo del «contemperamento»⁴⁹⁶, laddove la fattispecie penalistica si spinge oltre ammettendo

⁴⁹⁵ P. MONTALENTI, *Gruppi e conflitto di interessi nella legge delega per la riforma del diritto societario*, cit., p. 239 ove – a sostegno di quanto affermato – motiva: a) realistico in quanto la fattispecie non viene ancorata ad una definizione rigida di gruppo prediligendo ricorrere ad un requisito caratterizzante il tipo ma, seppur presunto in presenza di determinati requisiti, da accertare volta per volta; b) flessibile ed equilibrato perché, come richiesto dalla Relazione alla legge delega 366/2001, prevede un adeguato contemperamento tra l'interesse di gruppo, delle singole controllate e dei soci di minoranza di queste; c) controllabile grazie alla previsione di un obbligo di trasparenza e di motivazione delle decisioni adottate sotto l'influenza della *holding* che permette di valutarne la ragionevolezza; d) coerente con la nostra tradizione giurisprudenziale abituata a ragionare secondo criteri qualitativi piuttosto che per mezzo di rigide regole quantitative.

⁴⁹⁶ Cass. civ., Sez. I, 13 febbraio 1992 n. 1759, Medio Credito Ligure e altro c. Fassio, in *www.dejure.it*.

che la compensazione possa avvenire anche sulla base di vantaggi fondatamente prevedibili⁴⁹⁷.

Potrebbe trattarsi, pertanto, di paradigmi non coincidenti e da armonizzare o, al contrario, in vista della funzione di *extrema ratio* della normativa penale, di norme ontologicamente differenti a ragione dei diversi scopi assolti dalla normativa di settore.

L'ipotesi prenderà le mosse dall'analisi della disciplina civilistica, pur temporalmente successiva, per poi soffermarsi su quella penalistica. Si esaminerà il profilo probatorio nelle conclusioni onde apprezzarne l'efficienza sul piano pratico.

3.2. La formulazione civilistica.

L'art. 2497 c.c. determina il campo di applicazione della clausola in esame tramite il riferimento alla nozione di *attività di direzione e coordinamento* alla quale è affidato il compito di individuare l'esistenza del *gruppo*.

La principale peculiarità della nozione adottata consiste nella necessità di procedere volta per volta, seppur con le notevoli agevolazioni probatorie offerte dalle presunzioni di cui agli artt. 2497-sexies e 2497-septies c.c., ad un accertamento dell'effettivo esercizio di suddetta attività.

L'indice utilizzato permette di circoscrivere il fenomeno ai casi in cui venga esercitata un'effettiva influenza e direzione da parte della *holding*. Solo in questo caso, infatti, può venire ad evidenza una politica globale caratterizzata dall'imposizione di sacrifici ad alcune collegate, con potenziali vantaggi per la medesima sacrificata e/o per altre componenti.

Già il dato letterale consente di evincere linearmente quali siano i soggetti interessati dall'operazione (*holding* e società pregiudicata) e quale l'oggetto della compensazione (pregiudizio/vantaggio). La *holding*, autrice delle politiche di gruppo, sarà responsabile verso la società controllata se il pregiudizio richiestole non venga compensato da altrettanti vantaggi⁴⁹⁸.

⁴⁹⁷ Negli stessi termini Cass. civ., Sez I, 5 dicembre 1998 n. 12325, in *Giur. it.*, 1999, p. 2318 ss. con nota adesiva di P. MONTALENTI, *Operazioni intragrupo e vantaggi compensativi: l'evoluzione giurisprudenziale*.

⁴⁹⁸ La puntualizzazione di entrambi gli aspetti non deve essere trascurata. Gli stessi punti, a causa della infelice formulazione datane dal legislatore, sono, in sede penale, tutt'altro che pacifici: il vantaggio compensativo, secondo un'interpretazione strettamente letterale, andrebbe rapportato al profitto che

Il fulcro della clausola – sul quale maggiormente si è incentrata l’attenzione dei commentatori – è costituito dalle modalità di valutazione della compensazione⁴⁹⁹.

La rilevanza dei vantaggi compensativi è strettamente correlata al danno subito dalla società soggetta ad attività di direzione e coordinamento.

Ed infatti, a norma dell’art. 2497 c.c. il danno deve essere: a) mancante, ovvero, se sostenuto⁵⁰⁰, «deve essere eliso in senso ragionieristico e sul piano quantitativo»; b) oppure integralmente eliminato, anche a seguito di operazioni a ciò dirette. La specificazione avvalorerebbe l’ipotesi di «una rigida proporzionalità tra pregiudizio prodotto dalla singola operazione infragruppo e vantaggio compensativo»⁵⁰¹.

La lettera della norma, *prima facie*, appare caratterizzata dall’impiego di termini anelastici, così da indurre l’interprete a ravvisare requisiti estremamente rigidi, tali da

dall’operazione deriva alla società collegata o al gruppo lasciando aperte numerose perplessità circa il beneficiario della compensazione e i termini della stessa. Perplesso sulla fattispecie di cui al co. 3 dell’art. 2634 c.c. anche R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma della società di capitali*, in *Giur. Comm.*, I, 2003, p. 673 il quale ritiene corretto non raffrontare il pregiudizio col profitto «dato che non necessariamente le dimensioni di questo profitto coincidono con l’entità dell’effetto pregiudizievole» e, di conseguenza, reputa la disposizione civilistica un «chiaro miglioramento tecnico». Sul punto ci si soffermerà più diffusamente *infra* cap. III, par. 3.3.2.

⁴⁹⁹ E. CODAZZI, *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale (dalla compensazione “virtuale” alla compensazione “reale”): alcune osservazioni alla luce della riforma del diritto societario*, commento a Cass. Civ., Sez. V, 7 ottobre 2003 n. 38110, in *Giur. Comm.*, 2004, II, p. 599 ss. individua le maggiori problematiche del procedimento compensativo: a) se la commisurazione del vantaggio debba avvenire in termini quantitativi o qualitativi; b) se, conseguentemente, ai fini di tale valutazione, rilevi solo il vantaggio certo ed attuale o anche quello ragionevolmente prevedibile; c) se la mancanza del danno alla luce del “risultato complessivo” debba essere rapportata alla situazione della singola società danneggiata o all’intero gruppo; d) l’individuazione del momento in cui verificare il risultato complessivo di detta attività.

⁵⁰⁰ Così R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, cit., p. 673. Anche R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Le Società*, 2004, n. 5, p. 543 sostiene che per far venir meno la responsabilità di cui all’art. 2497 c.c. «occorre che essi (i vantaggi) si siano effettivamente realizzati».

⁵⁰¹ In questi termini ancora R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, cit., 673; R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, cit., p. 543 ritiene tale disposizione una via d’uscita per consentire alla *holding* di rimediare nel caso il pregiudizio arrecato alla controllata non sia stato compensato del tutto. Si tratterebbe di «una sorta di ravvedimento operoso che, se ed in quanto effettivamente idoneo ad eliminare il danno di cui potrebbe essere chiesto il risarcimento, ovviamente preclude l’esercizio dell’azione risarcitoria da parte di chi avrebbe altrimenti titolo ad esercitarla». V. CARELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. soc.*, 2003 p. 1248, nt. 49 sottolinea come «l’integrale eliminazione del danno possa, ma non debba necessariamente essere l’effetto di operazioni aventi ad oggetto tale eliminazione; come possa essere, alternativamente, l’effetto (esclusivo ovvero immediato) di un’operazione specificamente a ciò diretta ovvero l’effetto (concorrente oppure mediato) di un’operazione diretta ad altro».

esser soddisfatti solo allorchè la compensazione sia effettiva ed aritmeticamente corretta⁵⁰².

Il momento in cui deve essere operato il raffronto, tuttavia, è individuato con una formulazione dai contorni alquanto vaghi: *“alla luce del risultato complessivo dell’attività di direzione e coordinamento”*⁵⁰³.

Ciò apre la strada a nuove e diverse interpretazioni, capaci di ampliare il ventaglio dei vantaggi compensativi.

La valutazione del pregiudizio patito dalla società, infatti, è destinata ad avere esiti differenti a seconda del momento temporale in cui avviene: la dilazione temporale consentirebbe l’ingresso a vantaggi «futuri» o «fondatamente prevedibili», e la fondatezza si attenua correlativamente all’allontanarsi del termine⁵⁰⁴.

⁵⁰² In questi termini si è espressa di recente la giurisprudenza (cfr. Cass. pen., Sez. V, 29 febbraio 2016, n. 8253) la quale, delineando i confini tra la clausola in esame e quella contenuta nel comma 3 dell’art. 2634 c.c. ha statuito che *« (...) nella disposizione strettamente civilistica dei "vantaggi compensativi", il legislatore, con la previsione di cui all’art. 2497 c.c., comma 1, ha privilegiato una dimensione di tipo aritmetico, laddove nella causa di esclusione della responsabilità penale, ai sensi dell’art. 2634 c.p., comma 3, ha ampliato l’ambito operativo della clausola, estendendone i confini anche ai vantaggi "fondatamente prevedibili": la responsabilità civile viene ad essere esclusa allorché il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo della attività di direzione e coordinamento, ovvero integralmente eliminato a seguito di operazioni a ciò dirette; (...). Tale clausola presuppone che i vantaggi compensativi dell’appropriazione e del conseguente danno provocato alle singole società, siano concreti, non essendo sufficiente la mera speranza, e che i vantaggi corrispondenti, compensativi della ricchezza perduta siano "conseguiti" o "prevedibili" "fondatamente" e, cioè, basati su elementi sicuri, pressochè certi e non meramente aleatori o costituenti una semplice aspettativa: deve trattarsi, quindi, di una previsione di sostanziale certezza».*

⁵⁰³ In senso parzialmente difforme si veda Cass. civ. Sez. I, 7 dicembre 2011, n. 26362 la quale circoscrive il *“vantaggio compensativo”* oggetto del parametro valutativo di cui all’ultimo capoverso del primo comma dell’art. 2497 c.c. esclusivamente *«(...) quello causalmente legato, al pari del danno, al medesimo, specifico atto di gestione compiuto dall’amministratore, e non quello costituente l’effetto di una distinta serie causale. Né potrebbe essere altrimenti, trattandosi di determinare il danno derivante appunto da ciascun atto di gestione (assunto come colpevole fonte di responsabilità), e non già di tracciare un generico bilancio dei vantaggi e svantaggi della complessiva gestione di un amministratore (...)*» la quale, tuttavia, si scontra con il dettato letterale della norma la quale facendo riferimento al *“risultato complessivo dell’attività di direzione e coordinamento”* sembra aprire la strada proprio al giudizio più ampio rigettato dalla sentenza appena citata.

⁵⁰⁴ Diversi Autori si mostrano sensibili alle problematiche derivanti dalla mancata menzione di un termine entro il quale procedere alla verifica della sussistenza della compensazione. Dalla soluzione adottata, infatti, discendono indubbe differenze circa la portata del criterio. Tra gli altri si ricordano R. RODOLF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, cit., p. 543; G. CIAMPOLI, *I «vantaggi compensativi» nei gruppi di società*, in *Le Società*, 2005 pp. 177-178; R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, cit., p. 673. In particolare V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, cit., p. 1248 individua quali momenti per apprezzare il risultato complessivo: a) la chiusura dell’esercizio nel corso del quale l’atto pregiudizievole è stato compiuto e/o ha prodotto i suoi effetti (secondo quanto previsto dal § 311 AktG anche se, a tale impostazione, si mostra fermamente contrario G. SBISA, *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 604 il quale afferma che *«il riferimento all’esercizio sociale è incompatibile con il criterio del risultato complessivo e non potrebbe valere per le operazioni di lunga durata»*, dubbioso su tale soluzione P. SPADA,

Altra incertezza capace di minare una interpretazione in termini strettamente quantitativi è data dalla individuazione del soggetto a cui debba essere riferito il *risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento*. Nulla quaestio, se si guarda alla singola società: il riferimento al risultato ottenuto avvalorava la compensazione del pregiudizio solo in presenza di un'utilità (quantomeno) equivalente. Conclusioni diametralmente opposte possono essere tratte se si guarda al risultato complessivo del gruppo il quale, pur potendo essere positivo, non garantisce alle affiliate un ritorno di vantaggi idonei a compensare gli eventuali sacrifici loro richiesti in esecuzione della politica unitaria.

Per tale via, nel giudizio compensativo verrebbero introdotti anche parametri di natura non strettamente quantitativa ma qualitativa⁵⁰⁵.

In conclusione, i punti salienti del problema possono essere così individuati:

- dal concetto di «danno mancante» si ricava un'applicazione tendenzialmente rigida e *ragionieristica* dei vantaggi compensativi, i quali ultimi dovrebbero essere proporzionali al pregiudizio e tali da farlo venir meno allorchè «quantitativamente» eliminato⁵⁰⁶;

L'amministrazione della società per azioni tra interesse sociale e interesse di gruppo, cit., p. 241); b) il momento (anche se eventuale) della c.d. uscita dal gruppo della società diretta e coordinata (anche se la soluzione è avvertita subito come problematica in quanto eccessivamente incerta nell'an); c) un altro momento ancora, con valutazione da compiersi al tempo dello svolgimento del giudizio instaurato con l'azione facultata dall'art. 2497 c.c. (questa la soluzione preferita dall'A. anche se pone dei problemi pratici in quanto la valutazione della mancanza del danno si estenderebbe fino al momento di esercizio dell'azione risarcitoria, la quale potrebbe anche essere inibita, secondo l'opinione di R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, cit., p. 671 ss. dal compimento di operazioni dirette ad eliminare integralmente il danno).

⁵⁰⁵ Secondo V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, cit., p. 1247 la formula andrebbe letta nel senso che «l'entità in compensazione» dovrebbe essere rappresentata da «situazioni apprezzabili con riferimento comunque alla società diretta e coordinata, nel senso che atto pregiudizievole e risultato complessivo dell'attività dovrebbero riguardare questa società». Di quest'ordine di idee è anche G. SCOGNAMIGLIO, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, in *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, a cura di G. Scognamiglio, Milano, 2003, p. 189 ss. secondo la quale esigenze di carattere sistematico, oltre che equitativo, consiglierebbero di riferire la valutazione circa il risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento alla società controllata e non al gruppo nel suo insieme. Peraltro si dà conto del fatto che l'intima – anche se non si comprende fino a che punto possa ritenersi esclusivamente personale – convinzione di F. GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, cit., p. 1033, componente della Commissione, sia nel senso di ritenere il risultato complessivo afferente alla realizzazione dell'interesse di gruppo cui mira la *holding*.

⁵⁰⁶ Condivide la nozione più rigorosa dei vantaggi compensativi R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, cit., p. 673 il quale valuta in modo positivo la scelta operata dall'art. 2497 c.c. al punto da attribuirgli una valenza sistematica anche al di fuori dei gruppi (dubbioso sul punto, L. ENRIQUES, *Gruppi di società e gruppi di interesse*, in AA. VV., *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, a cura di P. BENAZZO, S. PATRIARCA, G. PRESTI, Milano, 2003, p. 250).

- i vantaggi compensativi dovrebbero apprezzarsi *in concreto* e non con riferimento a *fondate previsioni*, valorizzando l'espresso riferimento all'*integrale eliminazione* del danno piuttosto che vaghe interpretazioni basate sul concetto di *risultato complessivo*⁵⁰⁷;
- il risultato complessivo deve essere accertato in termini quantitativi ed in relazione alla singola società sacrificata, e non invece comprendendo anche vantaggi qualitativamente positivi per il gruppo nel suo complesso;
- il momento in cui operare il giudizio sulla mancanza del danno ovvero sulla sua integrale eliminazione deve essere individuato con criterio di ragionevolezza, in un intervallo di tempo non troppo vicino (poichè pregiudicherebbe tutte le operazioni durevoli) né troppo lontano (poiché rischierebbe di vanificare gli indici oggettivi previsti dal legislatore)⁵⁰⁸.

Secondo parte della dottrina, molte delle problematiche appena menzionate potrebbero essere risolte attraverso una corretta valorizzazione, ad opera della giurisprudenza, del disposto di cui all'art 2497-bis co. 5 c.c. laddove impone agli amministratori di indicare nella relazione sulla gestione i rapporti intercorsi con chi esercita l'attività di direzione e coordinamento e con le altre società che vi sono soggette, nonché l'effetto che tale attività ha manifestato sull'esercizio dell'impresa sociale e sui suoi risultati⁵⁰⁹.

Le soluzioni prospettate sono condivise dalla dottrina maggioritaria.

Numerosi Autori, tuttavia, ritengono che le due formule derivino da una matrice comune, e considerano necessario uniformare i due criteri, con interpretazioni ora

⁵⁰⁷ La necessità di una compensazione in concreto ha portato alcuni autori a sostenere che l'art. 2497 c.c. non recepisce la teoria dei vantaggi compensativi ma si limitasse ad individuare i casi in cui la responsabilità nei confronti dei soci di minoranza e dei creditori sociali dovesse venir meno. In questi termini A. D'AVIRRO, *L'infedeltà patrimoniale. Art 2634 c.c.*, cit., p.137.

⁵⁰⁸ Sul punto, in attesa che si formi un orientamento giurisprudenziale o intervenga nuovamente il legislatore, poco altro si può aggiungere dato che la scelta di una delle molteplici interpretazioni (tutte astrattamente percorribili) dipende, in fin dei conti, dalla concezione più o meno rigida della teoria dei vantaggi compensativi cui si aderisce o dal rapporto che si assume intercorrere tra questa disciplina e quella penalistica.

⁵⁰⁹ Secondo R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, cit., p. 673 si potrebbe nella pratica eliminare *in limine* lo stesso problema di determinare la nozione di vantaggio compensativo. Infatti, prosegue l'A. come intuito da Vincenzo Di Cataldo, «l'opinione che intende in modo ampio ed elastico i vantaggi compensativi nasce per rispondere all'esigenza, seria ed importante, di far fronte alla difficoltà di provare l'entità dei vantaggi compensativi e, quindi, il loro effetto di eliminazione del pregiudizio prodotto dalla singola operazione intragruppo. Basti pensare alla difficoltà di quantificare i vantaggi, in termini di risparmio di oneri finanziari, derivanti da un servizio di tesoreria accentrato. La difficoltà ora menzionata viene *bypassata* ove questa norma venga intesa dalla giurisprudenza in modo rigoroso (...) o meglio, viene spostata sugli amministratori in sede di redazione della relazione sulla gestione».

estensive (della norma civilistica) ora restrittive (della norma penalistica) per riportarli ad unità⁵¹⁰.

Altra dottrina, invece, rileva come non vi sia «nulla di strano nel fatto che in tema di vantaggi compensativi la soglia di legalità in sede civile sia più alta che in sede penalistica»⁵¹¹.

3.3. La formulazione penalistica.

L'accoglimento legislativo in campo penale della teoria dei vantaggi compensativi è esplicitato dall'inserimento di una apposita clausola all'interno della fattispecie delittuosa dell'infedeltà patrimoniale.

L'influenza esercitata dal fenomeno dei raggruppamenti sulle modalità di gestione dell'impresa e sui comportamenti dei soggetti che alla gestione stessa sono preposti non può, infatti, essere ignorata nel momento in cui si giudichino eventuali responsabilità: viene così esplicitamente rotto il pregiudizio che vuole i gruppi come esclusivo fattore di frode, riconoscendone anche la (bivalente) funzione di giustificazione⁵¹².

L'indubbio carattere innovativo della disposizione è tuttavia inficiato da molteplici improprietà lessicali, a loro volta causa di altrettante difficoltà interpretative, e da incongruenze derivanti dalla peculiare (ed impropria) funzione di "battistrada" svolta dalla normativa penale in materia⁵¹³.

⁵¹⁰ Per un approfondimento sul tentativo di «pareggiare lo scalino» intrapreso da diversi autori si veda V. NAPOLEONI, *Geometrie parallele e bagliori corruschi del diritto penale dei gruppi (banca rotta intragruppo, infedeltà patrimoniale e «vantaggi compensativi»*, cit., p. 3802.

⁵¹¹ R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, cit., p. 633. Sul punto ci si soffermerà diffusamente *infra* cap. III, par. 4 allorché si tratterà del rapporto che intercorre tra le due formulazioni.

⁵¹² In questi termini già da tempo si era espresso G. M. FLICK, *Gruppi e monopolio, nelle nuove prospettive del diritto penale*, in *Riv. soc.*, 1988, p. 479. Per un approfondimento sul punto si rinvia ad *infra* cap. II, par. 5.1.

⁵¹³ Ritene di doversi limitare «a denunciare l'evidente improprietà lessicale che connota la disposizione legislativa» N. ABRIANI, *Gruppi di società e criterio dei vantaggi compensativi nella riforma del diritto societario*, cit., p. 614; anche L. FOFFANI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 2525 denuncia forti perplessità sulla «formulazione tecnica della clausola sui gruppi di società». Riconosce che «il sovvertimento della *consecutio logica*» tra disciplina sanzionatoria e sostanziale genera «dissimmetrie contenutistiche e salti di prospettiva che rimettono all'interprete un compito di ricucitura del sistema tutt'altro che piano» V. NAPOLEONI, *Geometrie parallele e bagliori corruschi del diritto penale dei gruppi (banca rotta intragruppo, infedeltà patrimoniale e «vantaggi compensativi»*), cit., p. 3705. Non può sfuggire, infatti, come l'ancoraggio a termini quali «collegamento» e «gruppo» risulti vago ed improprio in assenza di un intervento adeguatore sul terreno della disciplina.

Si tratta di imprecisioni che rischiano di pregiudicare la portata innovativa dell'intera formulazione. Pertanto, risulta opportuno scomporla per mezzo di un procedimento ermeneutico di carattere strettamente letterale, così da evidenziarne la struttura.

Si manifestano due *requisiti*:

ottenimento di un profitto per una società collegata o del gruppo (solo eventuale);

conseguimento di vantaggi derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo (conseguiti o fondatamente prevedibili);

ed un *corollario*: rispettati i requisiti poc'anzi menzionati, il profitto non si qualifica come ingiusto.

I principali nodi problematici possono a questo punto focalizzarsi:

nello scarso rilievo semantico e sistematico delle nozioni impiegate per definire l'ambito di applicazione della fattispecie;

nella totale omissione dei soggetti cui riferire i vantaggi;

nell'equivoca chiave di valutazione cui rapportare la sussistenza della compensazione⁵¹⁴;

nell'utilizzazione di una «formula aperta» per definire i criteri compensativi.

3.3.1. La difficile individuazione dell'ambito di applicazione oggettivo e soggettivo.

Le imprecisioni lessicali poc'anzi menzionate non tardano a manifestarsi.

Per individuare l'area di incidenza dei vantaggi compensativi l'interprete deve confrontarsi con le alternative nozioni di «collegamento» e di «gruppo». La prima, tecnicamente imprecisa, è fonte di un indiscriminato allargamento del campo applicativo della fattispecie⁵¹⁵, mentre la seconda va incontro ad un vero e proprio «vuoto definitorio»⁵¹⁶.

⁵¹⁴ La valutazione è di L. FOFFANI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 2525.

⁵¹⁵ Puntualmente L. FOFFANI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 2525 sottolinea come la nozione di «collegamento» definita ad opera dell'art. 2359 co. 3 (rimasto invariato, *in parte qua*, anche dopo la riforma realizzata dal D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6) «non segnala null'altro che la presenza di un'*influenza notevole* di una società nei confronti dell'altra; senza che debba da ciò necessariamente inferirsi l'esistenza di legami di gruppo in senso proprio» essendo il fenomeno meglio descritto dai concetti di «controllo» (di cui ai primi commi dello stesso art. 2359 c.c.) o di «direzione unitaria».

⁵¹⁶ V. NAPOLEONI, *Geometrie parallele e bagliori corruschi del diritto penale dei gruppi (bancarotta intragruppo, infedeltà patrimoniale e «vantaggi compensativi»)*, cit., p. 3705 evidenzia come il legislatore penale non abbia esitato ad avvalersi del termine «gruppo» non soltanto nell'ambito dell'art. 2634 co. 3 c.c. (ma anche negli artt. 2621 e 2622 c.c. in tema di false comunicazioni sociali) probabilmente ritenendo che, pur in assenza di alcuna definizione di ordine generale al momento del suo intervento, la «lacuna»

Quanto ai soggetti, le difficoltà, identificata la provenienza dei vantaggi, si concentrano sull'individuazione dei destinatari dei vantaggi stessi in relazione ai quali nessuna precisazione vien fatta dal legislatore.

La soluzione per cui debba essere la società controllata, danneggiata dall'esecuzione di un'operazione rispondente alla politica unitaria del gruppo, a fruire dei vantaggi compensativi può essere argomentata non solo per mezzo di una interpretazione logico-letterale della clausola ma anche ricorrendo al progetto Pagliaro il quale sanciva – a chiare lettere – che «le conseguenze di tale beneficio dovranno individuarsi solo in capo alla società nel cui interesse l'atto è stato compiuto»⁵¹⁷.

3.3.2. L'equivoca chiave di valutazione cui rapportare la sussistenza della compensazione.

Il legislatore penale ha ancorato la sussistenza della compensazione all'accertamento del conseguimento di un profitto non ingiusto da parte della società collegata o del gruppo. L'utilizzo di siffatta chiave di valutazione per verificare la sussistenza di vantaggi compensativi ha suscitato le maggiori problematiche a causa di divergenti – e spesso addirittura contrapposte – opinioni dottrinali.

A tal riguardo Foffani ha rilevato come sia proprio questo uno degli aspetti più spinosi della clausola in esame: si tratterebbe, infatti, di

«una chiave di valutazione equivoca, in quanto la compensazione della società svantaggiata e un corretto riequilibrio dei rapporti infragruppo deve necessariamente passare per la

sarebbe stata di lì a poco colmata dall'intervento del legislatore civile. Aspettativa che è stata totalmente disattesa: il legislatore civile non si è impegnato in una definizione del gruppo e «pudicamente» evita di menzionarlo.

⁵¹⁷ Si esprime in questi termini G. BERSANI, *Operazioni intragruppo e vantaggi compensativi nel diritto penale societario e fallimentare*, in *Il Fisco*, 2004, p. 6629. Si ricorda, infatti, che il Progetto Pagliaro all'art. 112 n. 2 specificava non essere «ingiusto il profitto dell'impresa collegata, ove questo sia compensato dai riflessi favorevoli per l'impresa per il cui conto l'atto è compiuto». In senso analogo si esprime A. D'AVIRRO, *L'infedeltà patrimoniale. Art 2634 c.c.*, cit., p. 126 ove afferma che l'omissione «non desta particolari perplessità» in quanto «la norma, facendo riferimento ai vantaggi derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo si richiama implicitamente all'impresa che ha posto in essere l'atto di disposizione da cui può derivarle, proprio per l'appartenenza al gruppo e in maniera anche indiretta o mediata, un vantaggio compensativo. D'altra parte anche se la norma non ne fa un espresso richiamo, non si vede a chi debba essere riferito il vantaggio compensativo se non all'amministratore dell'impresa che ha posto in essere l'atto di disposizione dei beni sociali».

considerazione dell'elemento del danno (della singola società sacrificata), e non già del profitto (della società collegata o del gruppo) perseguito dal soggetto agente»⁵¹⁸.

Altra parte della dottrina si mostra di avviso diametralmente opposto argomentando che il riferimento ad un mero calcolo costi/benefici (ovvero rapportare il pregiudizio subito dalla società per l'atto di disposizione impostole con i vantaggi derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo) avrebbe l'effetto di garantire maggiore certezza per l'amministratore sui margini di liceità della propria condotta, ma comporterebbe un prezzo eccessivo. Infatti, delimitare la tipicità della condotta sul piano oggettivo comporta che la valutazione di liceità debba operarsi sul semplice raffronto tra la verifica – o meno – di un danno in un determinato momento per la singola società; considerato che il *danno*, o comunque il *pregiudizio*, è sempre in agguato nel rischio di impresa, si giungerebbe a «trasformare ogni operazione rischiosa in un tentativo di amministrazione abusiva»⁵¹⁹.

Entrambe le tesi mirano a specificare i termini di valutazione dei vantaggi compensativi. La prima si pone in una prospettiva oggettiva, o meglio tenta di oggettivizzare il procedimento valutativo al fine di circoscrivere l'elemento materiale del reato. La difficoltà consiste nel fatto che non può mai trattarsi di una vera e propria compensazione in senso tecnico-giuridico, poichè il procedimento tende a “pareggiare” entità non perfettamente omogenee né immediatamente raffrontabili: un elemento certo (pregiudizio subito dalla singola società) con altro incerto (vantaggio fondatamente prevedibile derivante dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo).

La teoria in esame mostra i suoi benefici effetti in relazione ai vantaggi «conseguiti», qualora il giudizio compensativo abbia esito positivo: l'amministratore può fondare la

⁵¹⁸ L. FOFFANI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 2525 ritiene che «sulla base della peculiare formula adottata, paradossalmente, quello che meno rischierebbe sotto il profilo penale sarebbe il gruppo programmaticamente inefficiente, ossia quello che, pur penalizzando l'interesse sociale particolare di taluna sua componente, non riveli lo scopo di perseguire – ne si riveli capace di produrre – alcun profitto. Dello stesso avviso N. ABRIANI, *Gruppi di società e criterio dei vantaggi compensativi nella riforma del diritto societario*, cit., p. 619 propone una rilettura della norma in questi termini «non si considera ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo qualora il danno patito a seguito di tale operazione da altra società del gruppo sia compensato da vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo».

⁵¹⁹ V. MILITELLO, *L'infedeltà patrimoniale. Art. 2634 c.c.*, in AA. VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A. GIARDA, S. SEMINARA, Padova 2002, p. 490 sostiene che «a far preferire il riferimento all'ingiustizia del profitto è tuttavia il dato che per questa via si segnala subito all'interprete la necessità di non considerare in modo atomistico la società interessata, ma di collocarla nella più ampia dimensione del gruppo. Riferirsi invece all'oggettiva considerazione costi-benefici, ancorchè solo ragionevolmente attesi, potrebbe indurre a sottovalutare i benefici derivanti dall'appartenenza al gruppo, almeno finchè non vi sia alcun riconoscimento generale del gruppo e della sua legittimità di principio».

sua innocenza su un dato oggettivo consistente nella *sopravvenuta* mancanza del danno o, più precisamente, l'integrale eliminazione dello stesso.

La seconda tesi, strettamente legata al dato letterale, valorizza l'elemento psicologico permettendo una valutazione più libera ed elastica. Ritiene soddisfatta la clausola non se il pregiudizio venga compensato, ma quando lo stesso non costituisca il prezzo del conseguimento di un vantaggio ingiusto, essendo l'operazione finalizzata al perseguimento di un vantaggio non solo per il gruppo ma (pur se solo fondatamente prevedibile) anche per la società amministrata. La legittimità della gestione viene valutata con parametri più elastici, alieni da altrimenti innumerevoli difficoltà probatorie, e valorizzando i vantaggi derivanti dall'appartenenza al gruppo.

3.3.3. L'utilizzazione di una «formula aperta» per definire i criteri compensativi.

Prima di affrontare il tema della corretta individuazione dei criteri di valutazione dei vantaggi compensativi, occorre accennare perché, in dottrina, sovente si parli di «formula aperta»⁵²⁰. La motivazione sta nel fatto che il pregiudizio subito dalla società deve essere compensato, secondo la lettera della norma, da non meglio identificati “*vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo*”.

Il legislatore non si preoccupa di fornire alcuna precisazione. Pertanto, in assenza di riferimenti specifici, sembra sostenibile che il vantaggio possa avere natura patrimoniale o anche di altro genere.

Se da un lato la valutazione circa la natura dei vantaggi compensativi, in assenza di un consolidato orientamento giurisprudenziale, costituisce l'*humus* per astratte congetture dottrinali, dall'altro ragionamenti più concreti debbono svolgersi in relazione all'ammontare e alla concretezza che i vantaggi stessi devono assumere.

⁵²⁰ Si esprime in questi termini G. BERSANI, *Operazioni intragruppo e vantaggi compensativi nel diritto penale societario e fallimentare*, cit., p. 6629; in particolare F. MUCCIARELLI, *Il ruolo dei «vantaggi compensativi» nell'economia del delitto di infedeltà patrimoniale degli amministratori*, in *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 635 la definisce una «formula eccessivamente flessibile, in qualche misura esangue e non facilmente compatibile con le esigenze di tassatività proprie di una norma penale (...)».

La formula in esame non sembra lasciare equivoci sulla necessaria sussistenza di un danno. Tale presupposto – pacifico in dottrina⁵²¹ – si fonda sulla stessa struttura della fattispecie delittuosa. Perché possa essere mossa un'accusa di infedeltà patrimoniale, infatti, la stessa norma base richiede il verificarsi di un danno, la cui inesistenza determinerebbe a sua volta l'insussistenza di un rimprovero a questo titolo poiché non sarebbe integrata proprio la materialità del fatto tipico. Quindi, non occorre scomodare la clausola di cui si discorre per cercare un «fattore di giustificazione».

La situazione si rovescia in presenza di un danno. In questo caso occorre valutare se la condotta – dannosa e meritevole di sanzione qualora posta in essere in seno ad una società «monade» – possa assumere una diversa connotazione laddove inserita in un'ottica «molecolare».

Al riguardo, la dottrina⁵²² rileva come particolari indicazioni possano essere tratte dall'uso del termine *compensato*: la locuzione richiama l'interprete sul fatto che il vantaggio (conseguito o fondatamente atteso), dal quale deriva la non ingiustizia del profitto, dovrà essere in ogni caso «non manifestamente irrisorio», e quindi tale da rientrare nel concetto di «serio ristoro»⁵²³.

Si evince come il danno debba essere *pareggiato* (anche non in senso strettamente aritmetico), qui assumendo rilievo anche i vantaggi derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo. Proprio la derivazione del vantaggio dalla mera appartenenza o dal collegamento al gruppo permette di concludere che il vantaggio (non ingiusto) non necessariamente deve conseguire ad una singola operazione (o ad una pluralità di singole e determinate operazioni) di segno contrario rispetto all'atto (dannoso) di disposizione dei beni sociali della società chiamata al sacrificio.

La struttura della norma, in definitiva, contiene argomenti inequivoci circa la riferibilità del vantaggio ad un evento tutt'altro che specifico, ossia l'appartenenza o il collegamento al gruppo. Ciò sin d'ora autorizza ad escludere che la compensazione

⁵²¹ Cfr. F. MUCCIARELLI, *Il ruolo dei «vantaggi compensativi» nell'economia del delitto di infedeltà patrimoniale degli amministratori*, cit., p. 635 ss; G. BERSANI, *Operazioni intragrupo e vantaggi compensativi nel diritto penale societario e fallimentare*, cit., p. 6629.

⁵²² F. MUCCIARELLI, *Il ruolo dei «vantaggi compensativi» nell'economia del delitto di infedeltà patrimoniale degli amministratori*, cit., p. 633 ove afferma che «il termine *compensato* rimanda alla nozione di *compensazione*, il cui valore semantico potrebbe far pensare ad una valutazione aritmetica del vantaggio che fronteggia il danno patito: così ragionando si finirebbe però con il negare la logica stessa del gruppo e si ridurrebbe la funzione della clausola ad una specie di causa di non punibilità collegata al risarcimento del danno».

⁵²³ *Ibidem.*, p. 633.

debba consistere in una serie di atti determinati di segno contrario tali da determinare un conguaglio aritmetico a consuntivo.

Ulteriori e rilevanti indicazioni sui termini della compensazione derivano da due ulteriori requisiti, ai quali sembra attribuita una funzione selettiva da riferimenti di carattere sostanzialmente temporale. L'impiego del verbo *conseguiti* al participio passato – a detta di parte della dottrina⁵²⁴ – rimanderebbe a tutte le possibili utilità che la società “sacrificata” abbia ottenuto in ragione dell'appartenenza o del collegamento al gruppo: soddisfatto il vincolo di derivazione, ogni utilità, anche non patrimoniale, ben potrebbe rientrare nella formula legislativa, integrando la fattispecie⁵²⁵. Come è facile intuire, la lettura (seppur fondata sulla struttura della norma) rischia di comportare uno smisurato allargamento del campo di rilevanza della clausola ricomprendendo vantaggi praticamente di qualsiasi tipo.

Ricorrendo alla formula «vantaggi *fondatamente prevedibili*» il legislatore mostra l'intenzione di considerare anche vantaggi collocati nel futuro, e ciò ha fornito spunto per sostenere la sua adesione alla nozione *elastica* della teoria.

Le possibili considerazioni si rivolgono in direzioni necessariamente diverse.

Da un lato, viene fortificata la convinzione sull'irrilevanza di un'aritmetica corrispondenza fra vantaggio e sacrificio, che richiederebbe verifiche praticamente impossibili per le inevitabili imprecisioni conseguenti al raffronto di valori attuali e concreti con altri futuri e «virtuali» (soprattutto se legati tra loro e/o a determinate operazioni)⁵²⁶.

D'altro lato, poiché la sussistenza dei vantaggi futuri consiste in una valutazione prognostica, vi è il rischio di un'ulteriore dilatazione dell'ambito applicativo della

⁵²⁴ Il riferimento è a F. MUCCIARELLI, *Il ruolo dei «vantaggi compensativi» nell'economia del delitto di infedeltà patrimoniale degli amministratori*, cit., p. 633.

⁵²⁵ *Ibidem*, pp. 633-634 sottolinea come il termine *conseguiti* «può in prima battuta far pensare a una caratterizzazione esattamente quantitativa tra sacrificio e vantaggio» ma in realtà «l'impiego del participio passato rimanda a tutte le possibili utilità che la società sacrificata abbia (già) conseguito in ragione dell'appartenenza o del collegamento al gruppo: soddisfatto che sia questo vincolo di derivazione, ogni vantaggio che abbia una siffatta provenienza ben potrà rientrare nella formula legislativa integrando questo tratto della fattispecie. Nessun dubbio allora che – soltanto per esemplificare – nel novero delle utilità conseguite dovranno essere iscritte quelle derivanti dall'usufruire dei vantaggi della tesoreria unica (alla quale fanno capo i rapporti con le banche), della centralizzazione degli acquisti di beni e servizi, dalla centralizzazione di servizi comuni a tutte le entità del gruppo (...)».

⁵²⁶ *Ibidem*, p. 634 conclude formulando le seguenti considerazioni: «a ben vedere infatti il contenuto previsionale di un vantaggio collocato nel futuro preclude l'esattezza del calcolo in termini di esatto corrispettivo e vanifica la possibilità di una qualunque connessione specifica del vantaggio stesso a operazioni determinate di segno contrario».

fattispecie. In quest'ottica, l'avverbio *fondatamente* si dimostra un'aggiunta dal rilevante valore semantico: un chiaro segnale per l'interprete dell'intenzione del legislatore di oggettivizzare la prognosi, circoscrivendo la rilevanza (solo) a quei vantaggi che, già nel momento deliberativo dell'operazione pregiudizievole, risultano razionalmente ipotizzabili «secondo canoni predittivi riconducibili a regole (aziendali, economiche, finanziarie)»⁵²⁷ e con esclusione delle mere aspettative⁵²⁸.

Solo attraverso questo percorso possono apprezzarsi vantaggi futuri – in sé difficilmente determinabili – evitando il rischio di trasformare la clausola in una rigida e pigra formuletta (negando rilevanza a qualsiasi vantaggio futuro), o, all'opposto, in un inaccettabile espediente capace di favorire manovre a dir poco spregiudicate⁵²⁹.

A ben vedere si tratta di un delicato equilibrio la cui riuscita dipende, in larga misura, dalle future applicazioni della giurisprudenza, chiamata a compiere un giudizio tutt'altro che agevole⁵³⁰.

⁵²⁷ *Ibidem*, p. 634 rileva come «l'avverbio *fondatamente* apposto al termine *prevedibili* imprime infine all'estremo di fattispecie ora in discorso una connotazione ulteriore: non sarà cioè sufficiente una mera prevedibilità del vantaggio, dovendo invece e ulteriormente quel vantaggio sperato risultare razionalmente ipotizzabile secondo canoni predittivi riconducibili a regole (aziendali, economiche, finanziarie) applicabili nel contesto».

⁵²⁸ Argomentazioni in questo senso si ricavano anche dalla comparazione della novella con i precedenti progetti di riforma: si passa dai «vantaggi anche soltanto ragionevolmente prevedibili» (Progetto Pagliaro) ai «vantaggi conseguiti o fondatamente attesi» (Progetto Mirone) per giungere con la novella del 2001 a quelli «fondatamente prevedibili». Per un approfondimento circa la portata delle diverse formulazioni si veda *supra* cap. I, par. 13 e cap. II, par. 5.3 nota 288.

⁵²⁹ F. MUCCIARELLI, *Il ruolo dei «vantaggi compensativi» nell'economia del delitto di infedeltà patrimoniale degli amministratori*, cit., p. 634. Per ciò che attiene la giurisprudenza un rischio del primo tipo si può scorgere nella sentenza della Suprema Corte (Cass. pen., Sez. V, 7 ottobre 2003, n. 38110, in *Giur. comm.*, 2001, p. 599) ove, dopo aver giustamente ritenuto l'irrilevanza di una «mera aspettativa» perché venga configurata la clausola, afferma che debba trattarsi di una «previsione di sostanziale certezza».

⁵³⁰ La prevedibilità del vantaggio, dovendo essere fatta *ex ante* sulla base delle nozioni disponibili al momento della deliberazione (pregiudizievole), richiederà necessariamente lunghe e costose consulenze tecniche d'ufficio che permettano al giudice di disporre degli elementi per eseguire un corretto giudizio di bilanciamento tra «gli effetti negativi delle limitazioni esterne all'autonomia gestionale delle singole società del gruppo con i vantaggi che ad esse derivano dalla loro partecipazione al gruppo» i quali risultano di difficile quantificazione da valutare «non solo in termini di immagine e delle conseguenti facilitazioni di accesso al credito di cui possono godere nel mercato, ma più concretamente, in termini di utilizzazioni di servizi di comune interesse, di economie di scala, di sfruttamento gratuito o a condizioni di favore di *know-how*, introduzione nel mercato, professionalità avanzate in possesso delle altre società del gruppo, eccetera: è normale, infatti, che nelle aggregazioni di gruppo le attività e pressioni di interesse generale, quali, ad esempio, l'attività di studio e pianificazione, le ricerche tecnologiche, il *marketing*, la pubblicità, le relazioni esterne, che comportano spesso notevoli costi, non agevolmente sostenibili dalle singole imprese, vengono accentrate presso la controllante, ovvero siano svolte da determinate società del gruppo, alle quali si affidano, non di rado, in via esclusiva, le relative attribuzioni. Non è detto, dunque, che la contropartita sia (comodamente) monetizzabile, né che debba intercorrere un rapporto di diretta corrispettività fra sacrificio e compensazione» così G. COCCO, *I confini tra condotte lecite, bancarotta*

3.4. Sulla natura della clausola dei c.d. vantaggi compensativi: scriminante, esclusione della tipicità del fatto o limite esegetico.

Anche l'inquadramento dogmatico della clausola enunciata dal co. 3 dell'art. 2634 c.c. è stato teatro di conflitti interpretativi.

Ci si è chiesti se, in presenza di un vantaggio compensativo per la controllata a fronte di un danno derivato dalle direttive della *holding*, si dovesse configurare:

una scriminante;

una causa di esclusione della punibilità;

un limite intrinseco della fattispecie tale da escludere il dolo specifico;

un limite esegetico.

Anche in questo caso, occorre dar conto dei diversi orientamenti poiché la soluzione influisce sull'ambito di applicazione della clausola e sull'interpretazione della corrispondente disposizione civilistica.

Parte della dottrina ravvisa nella clausola «le stigmate della scriminante»⁵³¹ poiché volta ad escludere l'ingiustizia del profitto che possieda le caratteristiche descritte dalla disposizione stessa. A sostegno della tesi si adduce un bilanciamento di interessi operato dal legislatore che vedrebbe prevalere, rispetto alle esigenze di tutela della singola unità, il buon funzionamento del complesso: per tale ragione non sarebbe *contra jus* il profitto – di qualunque tipo si tratti – purchè trovi forme di compensazione, anche futuribili e non proporzionate.

A corollario si sostiene che i vantaggi compensativi precluderebbero il sorgere dell'antigiuridicità del fatto tipico, rendendo pienamente lecita la lesione del bene giuridico patrimonio, così come descritto nel co. 1.

Pertanto, in nome del principio di unità dell'ordinamento giuridico, si potrebbe dedurre la valenza universale della clausola, che facultizzerebbe il fatto in qualsiasi settore dell'ordinamento rendendo inapplicabile qualsiasi sanzione (civile ed amministrativa compresa). Infine, qualificare la clausola come causa di giustificazione, comporterebbe

fraudolenta e bancarotta semplice nelle relazioni economiche all'interno dei gruppi di società, in Riv. trim. dir. pen. ec., 2003, p. 1039.

⁵³¹ F. MUCCIARELLI, *Il ruolo dei «vantaggi compensativi» nell'economia del delitto di infedeltà patrimoniale degli amministratori*, cit., p. 631.

riconoscerne la valenza di principio generale per cui idoneo a scriminare ogni reato commesso in vista del perseguimento di un interesse di gruppo⁵³².

Altri Autori – anche se a mero titolo di ipotesi – hanno ravvisato nel disposto normativo una specifica scelta basata su ragioni di politica-criminale, fondata sull’opportunità di impedire la reazione punitiva anche a fronte di un fatto tipico, antigiuridico e colpevole. In quest’ottica il co. 3 potrebbe essere configurato come una causa di esclusione della punibilità, od una causa personale di non punibilità⁵³³, o, ancora, una causa sopravvenuta di non punibilità⁵³⁴.

⁵³² Confutano siffatta impostazione E. GIOVANARDI, *Sull'impossibilità di estendere i «vantaggi compensativi» ai reati fallimentari*, nota a Cass. pen., Sez V, 5 giugno 2003, n. 36629, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1359 ss. e C. BENUSSI, *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale nei gruppi di società: limite scriminante o «esegetico»?*, in AA. VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. DOLCINI – C. E. PALIERO, Milano, 2006, p. 2204 ss. i quali rilevano che «manca la norma che dovrebbe prevedere espressamente il fatto di reato come contenuto di un dovere o di una facoltà di realizzarlo: la riforma civilistica, infatti, ha riconosciuto l'esistenza – e la rilevanza – nell'ordinamento italiano di un *interesse generale dell'intero gruppo societario* al quale devono ispirarsi sia gli amministratori della capogruppo sia quelli delle società controllate» all'art. 10 lett. a) della legge delega viene sancita la necessità di un temperamento di interessi senza individuare alcun tipo di gerarchia tra gli stessi. Pertanto l'interesse del gruppo non può sovrapporsi a quello delle singole società, prevalendo su di esse. Inoltre, anche a voler ritenere preminente la tutela dell' «attività di direzione e coordinamento» rispetto agli interessi facenti capo alle singole controllate risulterebbe comunque impossibile qualificare come «*causa di giustificazione del fatto*» la disposizione contenuta nel co. 3 dell'art. 2634 c.c. poiché – oltre a non essere riferita all'intero fatto bensì esclusivamente ad uno degli elementi costitutivi dello stesso – difetterebbe di un requisito essenziale ossia dell'efficacia *universale*. Per poter essere considerata tale, il fatto penalmente rilevante commesso in sua presenza dovrebbe considerarsi «*lecito in qualsiasi settore dell'ordinamento, e quindi non potrà essere assoggettato a nessun tipo di sanzione (penale, civile, amministrativa, ecc.)*» secondo quanto sostenuto da G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 149. In conclusione: assodato che l'esistenza di una scriminante rende il fatto commesso «*lecito dappertutto*», la previsione di un autonomo criterio civilistico – strutturato su requisiti più stringenti – rappresenterebbe un ostacolo insormontabile alla qualificazione come scriminante della clausola dei vantaggi compensativi disciplinata dall'art. 2634, co. 3, c.c. Ragionando diversamente il criterio civilistico sarebbe del tutto superfluo. Si esprime in termini analoghi anche G. BERSANI, *Operazioni intragruppo e vantaggi compensativi nel diritto penale societario e fallimentare*, cit., p. 6629.

⁵³³ E. GIOVANARDI, *Sull'impossibilità di estendere i «vantaggi compensativi» ai reati fallimentari*, cit., p. 1359 ss. ipotizza di poter configurare, sulla falsariga dell'art. 649 c.p., una causa di non punibilità «in una visione olistica dei rapporti fra società, si potrebbe operare un raffronto tra la tutela dell'interesse giuridico iscritto alla «famiglia» (ed i rapporti familiari, alla stregua dei quali non è punito un figlio per il furto ai danni del padre) e la tutela dell'interesse superiore del gruppo, trascendente quello delle singole società isolatamente considerate: a fronte di una condotta infedele, perpetrata ai danni di una società «sorella», l'ordinamento reputa non meritevole di pena l'amministratore che abbia avuto di mira un superiore interesse di gruppo». L'assenza di una risposta sanzionatoria potrebbe spiegarsi alla stregua di *interessi esterni alla meritevolezza della pena*.

⁵³⁴ L'A. – citata alla nota precedente – ipotizza, quale plausibile alternativa, la qualificazione del co. 3 come causa sopravvenuta di non punibilità. L'assunto si basa sulla constatazione che l'intera riforma del diritto penale societario è caratterizzata da una spiccata predilezione per una tutela sostanziale dei beni giuridici protetti. Numerose sono, infatti, le disposizioni normative che prevedono specifici meccanismi di estinzione del reato in seguito alla reintegrazione dell'offesa o al risarcimento del danno da parte degli amministratori (artt. 2627, 2628, 2629, 2633 c.c.). Tali esenzioni sono state ascritte, sulla scorta di autorevole dottrina (G. Marinucci-E. Dolcini), alla categoria delle «cause sopravvenute di non punibilità», ossia situazioni in grado di eliminare le conseguenze dannose del fatto compiuto determinando il venir

Altra dottrina⁵³⁵ – minoritaria – configura la clausola come «limite esegetico» dell’offesa al bene tutelato dalla norma incriminatrice.

Già nei primi anni ’80 Cesare Pedrazzi, durante un convegno dedicato al tema dei gruppi di società, aveva rilevato – con riferimento alla figura criminosa dell’appropriazione indebita – che «l’esistenza di un rapporto di controllo, di un legame di gruppo, può funzionare, prima ancora che si ponga un problema di “giustificazione”, come limite interno della fattispecie»⁵³⁶.

La stessa considerazione – secondo la dottrina in esame – potrebbe svolgersi anche in relazione al caso *de quo* sulla base di un espresso riferimento normativo.

Avvalendosi di una consolidata interpretazione dottrinale, si rammenta potersi parlare di limite esegetico «quando la stessa norma incriminatrice appone un limite alla struttura del fatto che può incarnare l’offesa al bene»⁵³⁷: ossia un elemento, inserito nella stessa fattispecie, che serve per definire (o ridefinire in presenza di circostanze ulteriori e diverse) il fatto tipico.

Finchè il fatto rientra nel limite non vi sarebbe lesione del bene. Al contrario del limite scriminante, che è espressione di una norma diversa da quella incriminatrice il limite esegetico sarebbe, pertanto, un limite interno alla norma sia in senso sostanziale che in ragione della sua collocazione.

meno della pretesa punitiva. Tuttavia – nonostante un tale procedimento argomentativo venga svolto da molti in relazione alle soglie quantitative previste nelle fattispecie di false comunicazioni sociali – la stessa A. ritiene poco plausibile addurre tali argomentazioni a sostegno dell’ipotesi che la clausola sui vantaggi compensativi si limiti ad escludere la punibilità. Le ragioni di tali perplessità sono da individuare da un lato nel dato letterale il quale sul punto sembrerebbe incontrovertibile nel senso della irriducibilità dell’esclusione della punibilità alla realizzazione del vantaggio, al contrario degli articoli summenzionati; dall’altro nella definizione stessa di vantaggio compensativo che difficilmente si presta a meccanismi prettamente aritmetici in base ai quali poter compiutamente quantificare l’ammontare della reintegrazione.

⁵³⁵ Si tratta di C. BENUSSI, *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale nei gruppi di società: limite scriminante o «esegetico»?», cit., p. 2207 ss; ID, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., p. 238.*

⁵³⁶ La tesi è sviluppata in C. PEDRAZZI, *Gruppo di imprese e responsabilità penale*, in AA.VV., *Disciplina giuridica del gruppo di imprese*, Atti del Convegno di studi svoltosi a Bellagio nei giorni 19-20 giugno 1982, Milano, 1982, p. 157 ss. Nel saggio l’A. evidenzia come l’operazione posta in essere dagli amministratori della controllata deve essere valutata alla luce della realtà di gruppo e dei vantaggi che alla stessa possono derivare dall’appartenenza al gruppo; di conseguenza «il sacrificio affrontato dalla controllata nell’interesse della controllante (...) va bilanciato con gli eventuali benefici che direttamente o indirettamente rifluiscono sulla controllata. Fino a quando il bilancio è positivo, fino a quando il sacrificio della controllata risulta adeguatamente compensato, viene meno la “materia prima” dell’appropriazione indebita; l’operazione resta nell’ambito delle legittime, ancorchè opinabili, decisioni gestionali, senza bisogno di ricorrere alla causa di giustificazione».

⁵³⁷ F. BRICOLA, *Limite esegetico, elementi normativi e il dolo nel delitto di pubblicazioni e spettacoli osceni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p. 753 ss; P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Padova, 1972, p. 46 ss.

Ancora, il limite scriminante sarebbe frutto di considerazioni e di interessi estranei all'interesse tutelato, mentre il limite esegetico, interno all'interesse garantito, concorre positivamente o negativamente a delineare la stessa offesa.

Sussisterebbero, proseguendo nel ragionamento della dottrina citata, tutti i connotati del limite esegetico: un elemento *intrinseco* alla norma incriminatrice, collocato nella stessa disposizione, in sé incompatibile con un dato della fattispecie, al quale si attribuisce la funzione di vero e proprio limite di rilevanza dell'offesa contenuta nel fatto⁵³⁸.

La dottrina maggioritaria ritiene che la formula inerisca la struttura stessa del reato – a differenza di coloro che la inquadrano come scriminante e in senso analogo a chi ritiene trattarsi di un limite interno alla figura criminosa – in quanto finalizzata, in presenza di un vantaggio compensativo, a far venir meno un requisito essenziale della fattispecie: il dolo specifico⁵³⁹.

Il delitto di infedeltà patrimoniale (all'interno del quale è inserita la clausola) richiede, per la realizzazione del fatto tipico, che l'agente sia animato dalla volontà di perseguire un profitto ingiusto. Nel co. 3 il legislatore ha inserito l'ulteriore elemento secondo il quale la presenza di un vantaggio (conseguito o fondatamente prevedibile) vale a neutralizzare l'ingiustizia del profitto.

In altre parole, la consapevolezza di un legame di gruppo entro cui si compensano le attività e le passività ascritte alle singole controllate sarebbe elemento idoneo ad

⁵³⁸ Concludendo sull'argomento C. BENUSSI, *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale nei gruppi di società: limite scriminante o «esegetico»?*, cit., p. 2207 sostiene che il fatto dovrebbe essere considerato unitariamente e, quindi, tenendo conto anche del limite di cui al co. 3 dell'art. 2634 c.c. con la conseguenza che «se rientra nei limiti dei «vantaggi compensativi» non realizza l'offesa dell'interesse penalmente protetto (il patrimonio della società controllata), proprio per l'intrinseca incompatibilità tra due elementi, entrambi essenziali, della fattispecie criminosa: l'elemento descritto al co. 1 (l'ingiustizia del profitto) e l'ulteriore elemento previsto al co. 3, che completa la fattispecie (il conseguimento di vantaggi compensativi e la prognosi favorevole di conseguirli in un futuro)».

⁵³⁹ La tesi è esposta – seppur con formulazioni differenti – da diversi Autori: E. AMATI, *Art. 2634 c.c.*, in *I reati societari*, a cura di A. ROSSI, Torino, 2005, p. 427 la qualifica come «causa di esclusione del dolo specifico e, quindi, quale limite negativo della tipicità»; P. ALDROVANDI, *Art. 2634 c.c.*, in *I nuovi reati societari (Commentario al decreto legislativo 11 aprile 2002, n. 61)* a cura di A. LANZI-A. CADOPPI, Padova, 2007, p. 200 sostiene che «tale situazione elide un elemento costitutivo della fattispecie, e cioè il dolo specifico». Condividono siffatta impostazione anche R. ACQUAROLI, *Alcune osservazioni sul reato di infedeltà patrimoniale alla luce del nuovo diritto societario*, in AA.VV., *La riforma dei reati societari*, a cura di C. PIERGALLINI, Atti del seminario, Macerata 21 marzo 2003, Milano, 2004, p. 194; A. CRISTIANI, *Art. 2634 c.c.*, Torino, 2003, p. 176; A. D'AVIRRO, *L'infedeltà patrimoniale. Art. 2634 c.c.*, cit., pp. 129 e 130; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., p. 218; A. L. MACCARI, *I nuovi illeciti penali e amministrativi*, a cura di F. GIUNTA, Torino, 2002, p. 165; E. MEZZETTI, *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 234; V. MILITELLO, *L'infedeltà patrimoniale*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A. GIARDA, S. SEMINARA, Padova, 2002, p. 490.

escludere il dolo specifico di profitto, elemento costitutivo della fattispecie senza il quale il reato non risulta integrato⁵⁴⁰.

Anche questo inquadramento dogmatico comporterebbe, come conseguenza immediata, l'esclusione di una responsabilità risarcitoria extrapenale quando non sia integrata la materialità del fatto tipico. A differenza di quanto avviene se la si consideri una scriminante, potrebbero residuare responsabilità di natura civile laddove connesse ad un fatto materialmente diverso: l'esercizio scorretto dell'attività di direzione e coordinamento di cui all'art. 2497 c.c.

Nonostante si tratti della soluzione maggiormente condivisibile, tanto per la sua aderenza al dettato letterale quanto per le conseguenze di ordine sistematico, anche siffatta impostazione non è stata esente da critiche⁵⁴¹.

Si è obiettato, infatti, che il collegamento dell'esenzione al venir meno dell'ingiustizia del profitto (*sub specie* di esclusione del dolo specifico) manterrebbe gli amministratori in una costante incertezza sulla liceità della propria condotta, poiché non disporrebbero degli elementi necessari per valutare a priori il profitto derivante dalla singola operazione all'intero gruppo⁵⁴².

⁵⁴⁰ Secondo T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2002, p. 99 la funzione del dolo specifico è quella di fondare una tutela autonoma del patrimonio sociale ed il suo venir meno – come avviene nel caso in esame qualora sussistano i requisiti di cui al co. 3 – determina la penale irrilevanza del fatto. E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., p. 223 sostiene che «in tutte le ipotesi in cui il danno patrimoniale sopportato dalla singola società può apparire funzionale al raggiungimento di obiettivi nel complesso vantaggiosi per il gruppo viene a cadere *ex lege* il requisito dell'ingiustizia del profitto, non potendosi cioè connotare come extrasociale la finalità in concreto perseguita dagli amministratori e, dunque, come infedele il loro comportamento».

⁵⁴¹ Cfr., C. BENUSI, *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale nei gruppi di società: limite scriminante o «esegetico»?», cit., p. 2206 secondo il quale «la lettera della legge non deve trarre in inganno. È vero che il co. 1 dell'art. 2634 c.c. delinea un reato a dolo specifico, relegando fuori dai confini del fatto il verificarsi o meno dell'«ingiusto profitto o altro vantaggio» che l'agente deve perseguire. La lettera del co. 3 relativo all'infedeltà nei gruppi mostra, invece, che il profitto deve verificarsi e ne va accertata l'ingiustizia. Anzi, sancendo che «non è ingiusto il profitto» della società collegata o del gruppo se altra società del gruppo, che ha patito il danno, ha tratto vantaggi («vantaggi conseguiti») o poteva trarne («vantaggi fondatamente prevedibili»), il legislatore ha dunque delineato una figura di reato a dolo intenzionale caratterizzato, come in altre ipotesi, dall'effettivo verificarsi dell'elemento oggetto dell'intenzione». Critica sul punto anche E. VENAFRO, *Commento all'art. 2634*, in *Leg. Pen.*, 2003, p. 517 per la quale la clausola compensativa «non pone un limite esegetico del dolo specifico ma ridefinisce il confine di rilevanza di queste ipotesi quando si verificano all'interno di un gruppo di società».*

⁵⁴² L. FOFFANI, *Art. 2634 c.c.*, cit., pp. 361 e 362 rileva che per tale via – nel contesto dei gruppi – l'esenzione in questione sarebbe connessa ad «una valutazione per la quale questi (l'amministratore) non dispone di adeguati strumenti cognitivi, trasformando l'arma della pena in una sorta di “spada di Damocle” destinata a cadere quando meno se l'aspetti sul capo di un amministratore identificato come capro espiatorio di una squilibrata politica di gruppo». L'opinione dell'A. deriva probabilmente dalla scarsa propensione, ritenendo il dolo specifico un «inutile doppione» del presupposto di conflitto di

Ancora, si è rilevato che «la previsione di cui al co. 3 dell'art. 2634 c.c. dice all'interprete qualcosa di più e di parzialmente diverso», e perciò sarebbe un errore limitare gli effetti dell'esclusione al solo piano soggettivo⁵⁴³.

4. Rapporti tra le due discipline.

L'analisi fin qui condotta permette di (ri)affrontare la tematica – per vero più volte accennata – dei rapporti intercorrenti tra la disposizione penalistica e quella civilistica dei vantaggi compensativi.

Si tenterà quindi di sviluppare il discorso incentrando l'attenzione esclusivamente sull'aspetto comparatistico, rinviando a quanto già si è affermato per eventuali argomentazioni a sostegno della tesi proposta⁵⁴⁴.

Esclusa la tesi della dottrina minoritaria⁵⁴⁵, a detta della quale nessun problema di coordinamento sussisterebbe tra le due discipline per l'impossibilità di individuare nella disposizione civilistica ogni riferimento alla teoria dei vantaggi compensativi, la *summa divisio* ruota attorno a due opinioni contrapposte.

Alcuni ritengono si possa trattare di parametri differenti previsti dal legislatore in rapporto di progressione⁵⁴⁶; altri, invece, valorizzando la comune matrice di

interessi, a collegare l'esenzione della responsabilità ad valutazione di carattere soggettivo, prediligendo un indice di tipo oggettivo quale ad esempio la sussistenza di un congruo rapporto costi benefici.

⁵⁴³ La critica è di F. MUCCIARELLI, *Il ruolo dei «vantaggi compensativi» nell'economia del delitto di infedeltà patrimoniale degli amministratori*, cit., p. 631 al quale ribatte A. D'AVIRRO, *L'infedeltà patrimoniale. Art 2634 c.c.*, cit., p. 129 sostenendo che «appare difficile spostare dal piano soggettivo al piano oggettivo la formula dell'ingiusto profitto. Non si può separare il co. 3 dell'art. 2634 c.c. che introduce la clausola di esenzione, dal contesto normativo dell'infedeltà patrimoniale cui direttamente la clausola si riferisce, sostenendo che «dice all'interprete qualche cosa di più e di parzialmente diverso». Un ragionamento differente – argomenta l'A. – determinerebbe uno sfasamento tra ipotesi base dell'infedeltà patrimoniale e clausola di esenzione: il profitto ingiusto verrebbe collocato come elemento finalistico del dolo nel primo caso e scriminante nel secondo.

⁵⁴⁴ Circa i rapporti intercorrenti tra le due fattispecie che positivizzano la teoria dei vantaggi compensativi in ambito penale e civile si veda *infra* cap. 1 par. 12 e 13; cap. 2, par. 5.3. Per quanto riguarda la disamina nonché la valutazione della portata dei criteri compensativi contenuti nelle diverse disposizioni si veda in relazione alla clausola civilistica di cui all'art. 2497 c.c. *infra* cap. 3, par. 3.1; mentre per ciò che attiene alla formulazione penalistica contenuta nel co. 3 dell'art. 2634 c.c. *infra* cap. 3, par. 3.2.

⁵⁴⁵ Secondo l'opinione di A. D'AVIRRO, *L'infedeltà patrimoniale. Art 2634 c.c.*, cit., p. 136 «la norma (art. 2497 c.c.) non fa alcun riferimento ad eventuali vantaggi compensativi che possano legittimare la scorretta gestione societaria da parte degli amministratori della controllante (...) quindi sembrerebbe non sussistere nel caso di specie il rischio di sfasature o fratture tra disciplina civile e quella penale, perché nessun richiamo al vantaggio compensativo è dato ricavare dall'art. 2497 c.c.».

⁵⁴⁶ Appartengono a tale filone C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., p. 79 il quale individua «un'armoniosa composizione» dove la norma civilistica troverebbe applicazione per fatti irrilevanti sotto il profilo penalistico; I. FAVA, *I gruppi di società e la responsabilità da direzione unitaria*, in *Le Società*, 2003, p. 1201; V. NAPOLEONI, *Prospettive di riforma in tema di tutela penale del*

provenienza delle disposizioni, ritengono se ne possa dare una lettura che appiani le divergenze e propongono ora una lettura restrittiva della fattispecie penalistica, ora un'altra estensiva di quella civilistica⁵⁴⁷.

Nonostante la prima tesi raccolga i consensi della dottrina maggioritaria, si tenterà comunque di dar menzione anche delle difformi soluzioni interpretative sostenute da altri Autori.

La clausola, così come disciplinata dall'art. 2497 co. 1 c.c., richiede requisiti più stringenti rispetto alla corrispondente disposizione penalistica di cui al co. 3 dell'art. 2634 c.c. Infatti, a norma della prima il danno deve risultare *mancante o integralmente eliminato* anche a seguito di operazioni a ciò dirette, ed è necessario, quale *risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento*, un totale appianamento delle perdite subite in esecuzione delle disposizioni della *holding*, o, più in generale, deliberate nel perseguimento dell'interesse di gruppo⁵⁴⁸.

La reazione penalistica, invece ed in ossequio al principio dell'*extrema ratio*, scatterebbe esclusivamente nei casi più gravi, ovvero quando già all'assunzione della

patrimonio sociale contro gli abusi dell'organo gestorio, in *Le Società*, 2000, II, p. 3811, R. RODORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, cit., p. 543; R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, cit., 674 afferma «non trovo nulla di strano nel fatto che in tema di vantaggi compensativi la soglia di legalità in sede civilistica sia più alta che in sede penalistica, dato il carattere di rimedio estremo proprio della repressione penale». Aderisce al rilievo V. MONTALENTI, *Gruppi e conflitto di interessi nella legge delega per la riforma del diritto societario*, cit., p. 242 nonostante in precedenza avesse sostenuto «si tratta di paradigmi non coincidenti, che mi era parso dovessero essere tra loro armonizzati, estendendo la regola penalistica, più lata, anche alla corrispondente disciplina civilistica».

⁵⁴⁷ In questo senso, M. BELLI, *Bancarotta fraudolenta ed operazioni intragruppo: prime riflessioni alla luce dei d. lg. n. 61 del 2002 e n. 6 del 2003*, in *La riforma dei reati societari*, a cura di C. PIERGALLINI, Milano, 2004, p. 206; F. GALGANO, *Diritto commerciale. Le società. Contratto di società, società di persone, società per azioni, altre società di capitali, società cooperative*, Bologna, 1982, p. 253; G. SBISÀ, *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, cit., p. 604.

⁵⁴⁸ È proprio il richiamo al *risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento* il «grimaldello» utilizzato da alcuni autori per smussare il carattere «ragionieristico» della clausola introducendo criteri più elastici. Si sostiene che, per mezzo di tale formula, il legislatore abbia voluto parametrare la sussistenza dei vantaggi compensativi ad un criterio di valutazione mobile che tenesse conto di indici non esclusivamente quantitativi. Inoltre, l'assenza di un termine temporale preciso cui raffrontare il risultato complessivo, induce gli interpreti a fissarlo in tempi non troppo vicini rispetto all'operazione pregiudizievole per permettere alle politiche di gruppo di sviluppare i risultati positivi cui le operazioni erano finalizzate. Ne consegue che più si sposta in avanti il termine e maggiori sono le difficoltà connesse ad un calcolo strettamente aritmetico: l'introduzione di un termine lontano nel tempo finisce inevitabilmente per portare la valutazione su elementi di carattere aleatorio ottenendo così quell'avvicinamento al parametro di valutazione penalistico cui si mirava.

delibera pregiudizievole il danno cagionato alla società non possa ritenersi compensabile neppure da vantaggi anche soltanto *fondatamente prevedibili*⁵⁴⁹.

La soluzione sarebbe desumibile anche dalla diversa prospettiva di intervento nei due settori.

La disposizione penalistica, infatti, è ancorata ad indici meramente soggettivi (solo *stemperati* dall'avverbio *fondatamente*) che difficilmente si prestano ad una valutazione di carattere quantitativo. Trattandosi di valutazioni prognostiche – anche se fondate sulle migliori tecniche economico-aziendali – il rischio del verificarsi di accadimenti imprevedibili è connaturato all'esercizio dell'attività di impresa: la clausola, appositamente strutturata su parametri elastici, è quindi destinata ad operare anche in assenza di una compensazione proporzionale, purchè l'agente abbia operato una corretta prognosi di fondatezza.

La norma civilistica, al contrario, adotta un approccio di stampo oggettivo, ancorato esclusivamente ai risultati del processo decisionale. Pur ammettendo che la valutazione del danno non debba esaurirsi nella mera somma algebrica tra diminuzione patrimoniale del soggetto leso e beneficio compensativo, il legislatore richiede che la valutazione del danno sia effettuata alla stregua dell'insieme dei rapporti intrattenuti da ciascuna società con l'insieme delle società di gruppo: pertanto, la responsabilità civile dovrebbe escludersi solo nell'ipotesi – utilizzando una terminologia economica – di «gioco a somma positiva o zero»⁵⁵⁰.

Concludendo: la disciplina civilistica richiede una compensazione effettiva ed oggettivamente riscontrabile al momento dell'accertamento del danno; l'ambito di

⁵⁴⁹ Fornendo una interpretazione rigorosa basata sull'avverbio *fondatamente* l'opposto filone dottrinale, supportato da un consolidato orientamento della Suprema Corte (Cass. pen., Sez. V, 23 giugno 2003, n. 38110, in *Giur. comm.*, p. 599 ss. la quale sostiene che – con tale disposizione – il legislatore abbia voluto richiedere che la verifica di «concreti vantaggi compensativi» e il giudizio di fondata prevedibilità debba essere basato «su elementi sicuri, pressochè certi e non meramente aleatori o costituenti una semplice aspettativa» il che significa che dovrebbe trattarsi di una «previsione di sostanziale certezza»). Con l'intento di ricondurre la previsione normativa di cui al co. 3 dell'art. 2634 c.c. ad indici concreti, certi e sicuri e di restringere il campo di applicazione della disposizione in questione avvicinando il parametro a indici quantitativo-proporzionali. In questi termini A. L. MACCARI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 165 si spinge a ritenere insufficiente anche la «probabilità» del vantaggio futuro, esigendo la «quasi certezza»; considerazioni analoghe si ritrovano anche in S. ROSSI, *Relazione introduttiva*, cit., p. 615. In senso diametralmente opposto si esprime M. MASUCCI, *Vantaggi del gruppo e dell'impresa collegata nel governo penale degli abusi di gestione*, in *Riv. Trim. dir. Pen. ec.*, 2004, p. 910 a detta del quale «non sembra necessario che i vantaggi attesi siano certi (...)»; R. ACQUAROLI, *Alcune osservazioni sul reato di infedeltà patrimoniale alla luce del nuovo diritto societario*, cit., p. 193.

⁵⁵⁰ Si esprime in questi termini I. FAVA, *I gruppi di società e la responsabilità da direzione unitaria*, cit., p. 1201.

applicazione dell'illecito civile, pertanto, comprende tutti quei casi nei quali il pregiudizio arrecato da una singola operazione ad una componente del gruppo non è concretamente e integralmente ripianato dai risultati della politica unitaria.

La disciplina penalistica, invece, sembra destinata ad intervenire esclusivamente nei casi di maggiore gravità: la condotta lesiva risulta penalmente irrilevante non solo quando il danno sia aritmeticamente compensato da altrettanti vantaggi, ma anche quando gli stessi non siano stati raggiunti, seppur potessero considerarsi fondatamente prevedibili al tempo della condotta⁵⁵¹.

5. Sulla ripartizione dell'onere probatorio.

La dottrina (maggioritaria) ha proposto la teoria dei vantaggi compensativi, poi accolta dal legislatore, come soluzione ai problemi cruciali in materia di gruppi.

La bontà delle soluzioni adottate dovrà subire il vaglio della pratica per verificare se l'impianto astratto – che si prefigge un equilibrato contemperamento tra esigenze di libertà e di tutela – riesca a raggiungere l'obiettivo anche in concreto.

Non si può nascondere che le più accese critiche⁵⁵² sono state mosse proprio su questo terreno: innumerevoli difficoltà di ordine probatorio, peraltro riconosciute anche dai maggiori sostenitori della teoria⁵⁵³, impedirebbero – si dice – una corretta applicazione con l'inevitabile conseguenza di non riuscire a sfruttare i vantaggi che il tipo organizzativo consente e, allo stesso tempo, di non tutelare in modo adeguato i c.d. soggetti deboli.

Prima di entrare nel merito della valutazione occorre individuare la disciplina e le regole sull'onere probatorio vigenti in materia: in mancanza di indicazioni esplicite da parte

⁵⁵¹ Secondo C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., p. 79 «la responsabilità civile trova applicazione quando il fatto è ancora penalmente irrilevante mentre la responsabilità penale – in perfetta sintonia con la natura di *extrema ratio* che deve avere la risposta penale – si manifesta quando il vantaggio compensativo non è neppure fondatamente prevedibile»; I. FAVA, *I gruppi di società e la responsabilità da direzione unitaria*, cit., p. 1201; V. NAPOLEONI, *Prospettive di riforma in tema di tutela penale del patrimonio sociale contro gli abusi dell'organo gestorio*, cit., p. 3811.

⁵⁵² L. ENRIQUES, *Gruppi piramidali, operazioni intragruppo e tutela degli azionisti esterni: appunti per un'analisi economica*, cit., p. 724 ss; F. DENOZZA, *Rules vs Standard nella disciplina dei gruppi: l'inefficienza delle compensazioni «virtuali»*, cit., p. 327 ss.

⁵⁵³ R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, cit., p. 661; ID, *Sui gruppi nel progetto Mirone*, in *Giur. Comm.*, 2000, I, p. 361 ss; P. MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, cit., p. 710; G. CIAMPOLI, *I «vantaggi compensativi» nei gruppi di società*, cit., p. 176; I. FAVA, *I gruppi di società e la responsabilità da direzione unitaria*, cit., p. 254.

del legislatore, infatti, si dovrà necessariamente ricorrere alle regole di diritto comune. Data la non perfetta coincidenza nei due settori dell'ordinamento, sarà necessario operare le dovute specificazioni.

Il primo nodo consiste proprio nell'individuare le modalità secondo cui deve essere ripartito l'onere probatorio in tema di vantaggi compensativi. In sostanza occorre stabilire se:

- a) spetti a chi lamenta (a qualsiasi titolo: pretese risarcitorie, denunce ai sensi dell'art. 2409 c.c., impugnazioni di atti societari, querele, contestazione di illeciti penali) il carattere patologico di un'operazione infragruppo dimostrare che il pregiudizio, scaturito dall'operazione, non sia stato compensato (sulla base dei criteri richiesti dalle due discipline a seconda del rimprovero mosso) da vantaggi per la società pregiudicata;
- b) spetti a chi difende la legittimità dell'operazione infragruppo provare l'intervento di una compensazione (rigidamente quantitativa o, nel resistere ad un'accusa di natura penale, almeno fondatamente prevedibile) dello specifico effetto pregiudizievole in vantaggi derivanti dalla complessiva operatività del gruppo ovvero dal collegamento o dall'appartenenza allo stesso⁵⁵⁴.

Prima della riforma, l'atteggiamento giurisprudenziale in tema di vantaggi derivanti dall'appartenenza al gruppo non è sempre stato conforme.

Alcune corti di merito hanno ritenuto che «l'onere della dimostrazione analitica di questi vantaggi, immanenti per loro natura alla strategia aziendale adottata» non deve gravare sui resistenti – nel caso di specie gli amministratori della controllata che avevano dato attuazione alla strategia globale predisposta dalla *holding* –, bensì sul reclamante – socio di minoranza della controllata – che deve provare «la convenienza (priva di consistenti rischi, e abbastanza evidente da far imputare a servilismo la diversa condotta degli amministratori) di una diversa scelta»⁵⁵⁵.

Ancora, è stato sostenuto che spetti all'attore l'onere di dimostrare l'inesistenza di vantaggi compensativi in quanto l'appartenenza ad un gruppo societario renderebbe di per sé «plausibile» la sussistenza degli stessi⁵⁵⁶.

⁵⁵⁴ Individua, in questi termini, le due possibili opzioni R. SACCHI, *Conclusioni*, in *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 670.

⁵⁵⁵ App. Milano, 11 luglio 1991, cit., p. 1664 ss.

⁵⁵⁶ App. Milano, 5 febbraio 1994, cit., p. 1062 ss.

La Corte di Cassazione, chiamata a pronunciarsi sullo stesso caso, ha deciso in maniera diametralmente opposta, evidenziando come sia onere dell'amministratore dimostrare l'«esistenza di una realtà di gruppo alla luce della quale quell'atto è destinato ad assumere una coloritura diversa e quel pregiudizio a stemperarsi»⁵⁵⁷.

L'onere della prova potrebbe essere così ripartito: chi agisce dovrà fornire la prova di una gestione, da parte dell'amministratore, contraria all'interesse sociale e, al contempo, lesiva del patrimonio della società controllata; l'amministratore che ha deliberato l'operazione (ritenuta pregiudizievole), invece, sarà gravato dell'onere di dimostrare «gli ipotizzati benefici indiretti, connessi al vantaggio complessivo del gruppo, e la loro idoneità a compensare efficacemente gli effetti immediatamente negativi dell'operazione compiuta»⁵⁵⁸.

In assenza di una disciplina specifica parte della dottrina ha cercato lumi nella natura della responsabilità: dall'individuazione di questa si sostiene possano trarsi le necessarie conseguenze circa la disciplina di riferimento.

Qualora il rapporto abbia natura contrattuale⁵⁵⁹, l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento sarebbe non soltanto legittimo ma costituirebbe addirittura un «potere-dovere» di impartire istruzioni, per gli amministratori della *holding*, e di adempiervi, per quelli della controllata (previa valutazione dell'assenza di aperto conflitto con gli interessi della società cui sono preposti): l'inadempimento o lo scorretto esercizio di detta attività sarebbe fonte di responsabilità contrattuale soggetta, pertanto, ai principi di prova sanciti dagli artt. 1218 c.c. ss.⁵⁶⁰

⁵⁵⁷ Cass. civ., Sez. I, 24 agosto 2004, n. 16707, cit., p. 164.

⁵⁵⁸ *Ibidem*, p. 164.

⁵⁵⁹ La tesi è sostenuta fra gli altri da A. GAMBINO, *Responsabilità amministrativa nei gruppi societari*, cit., p. 848.

⁵⁶⁰ In questa prospettiva è stato detto (P. MARCHETTI, *Sul controllo e sui poteri della controllante*, in AA.VV., *I gruppi di società*, Atti del Convegno internazionale di studi, Venezia, 16-17-18 novembre 1995, Milano, 1996, vol. II, p. 1557) che «se la prova del *quantum* del danno spetterà all'attore, la prova della riferibilità della responsabilità, in coerenza con la tesi dell'effetto facoltizzante la direzione unitaria insita nel controllo, sarà rappresentata dalla mera sussistenza del rapporto di controllo, senza necessità di dover dar prova (tranne, probabilmente, che nel caso di controllo contrattuale derivante da fatti concludenti) dell'effettiva esplicazione della direzione unitaria. Spetterà alla controllante l'onere di dar prova della non effettività della direzione unitaria». Per tale via si è giunti ad ipotizzare una responsabilità da omesso esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, con onere per la controllante di dimostrare che la disfunzione nella gestione della controllata si sarebbe verificata pure se la direzione e il coordinamento fossero stati svolti correttamente. In particolare lo stesso A. afferma essere «difficile negare che anche in caso di rinuncia all'attivazione della direzione unitaria sussiste un dovere di vigilare sulla permanenza delle condizioni che ebbero a giustificare tale scelta. L'autonomia delle imprese del gruppo non esclude dunque affatto responsabilità di chi tale autonomia potrebbe limitare, influenzare,

Se, invece, si aderisse alla tesi per cui dall'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento non discende alcun vincolo di carattere obbligatorio, l'abusivo esercizio della stessa costituirebbe una violazione di natura extracontrattuale. Ne conseguirebbe l'applicazione della disciplina di cui all'art. 2043 c.c. a norma del quale chi vuol far valere tale responsabilità deve dimostrare l'esistenza dell'illecito, e quindi l'influenza della controllante nella gestione della controllata ed il rapporto di causalità tra la condotta ed i danni lamentati.

Altra parte della dottrina⁵⁶¹, infine, ha sostenuto che si potrebbe pervenire alle medesime conclusioni, applicando i principi generali in materia di prova, pur a prescindere dalla qualificazione – contrattuale o extracontrattuale – della responsabilità di cui all'art. 2497 c.c.

Gli amministratori della controllata, in ossequio al generale vincolo di diligenza cui devono conformare l'esercizio della loro attività gestionale, sarebbero tenuti a monitorare attentamente le relazioni infragruppo, consci dei rischi di depauperamento patrimoniale di cui spesso sono vittime le controllate e, per tale ragione, sarebbero i soggetti più adatti – anche per il criterio di vicinanza della prova⁵⁶² – a fornire dimostrazione dell'esistenza di eventuali vantaggi compensativi che giustifichino l'attuazione delle politiche di gruppo, delle quali ultime è ben difficile ritenerli inconsapevoli.

sinanco (in larga misura) sopprimere ove dall'autonomia derivi danno alla capogruppo od alla stessa società controllata».

⁵⁶¹ In questo senso I. FAVA, *I gruppi di società e la responsabilità da direzione unitaria*, cit., p. 1202 evidenzia che, per quanto riguarda l'onere della prova, «le regole operative potrebbero risultare pressoché identiche». Se si sostenesse la tesi della responsabilità contrattuale, «la presenza di clausole generali di correttezza e diligenza quali parametri per accertare l'eventuale inadempimento dell'obbligazione pone il (preteso) creditore in una posizione sostanziale non dissimile da quella di chi agisce a titolo di illecito, come sempre accade nel caso di violazioni aventi ad oggetto non già un risultato da conseguire, bensì una condotta, nelle quali, come noto, la *diligenza* svolge il duplice ruolo di determinazione della prestazione dovuta e di criterio di responsabilità».

⁵⁶² Sul «criterio di vicinanza» della prova si veda, fra le altre, Cass. 23 maggio 2001, n. 7027, in *Foro it.*, 2001, I, p. 2504, nella quale si afferma che «l'onere della prova di un fatto va posto a carico della parte cui esso si riferisce: onde l'inadempimento – che nasce, e si consuma, per così dire, nella sfera d'azione del debitore – non deve essere provato dal creditore (...)». A conclusioni analoghe giunge anche la giurisprudenza nordamericana sancendo la regola dell'*intrinsic fairness test*, che introduce una sorta di inversione dell'onere della prova: spetterebbe alla controllante – anche se convenuta – l'onere di dimostrare la *fairness* del proprio operato per il sol fatto di essere *on the both sides of the transaction*. Per un'analisi più approfondita sul tema si rimanda a U. PATRON GRIFFI, «*Fiduciary duties*» e *gruppi di società*, cit., p. 902.

La dimostrazione dei vantaggi compensativi nell'ambito della fattispecie di infedeltà patrimoniale è necessaria per valutare la sussistenza o meno dell'elemento psicologico, ed i principi applicabili sono ugualmente quelli di diritto comune.

Trattandosi di elemento costitutivo della fattispecie dovrà essere dimostrato dalla pubblica accusa, seppure, naturalmente, sarà interesse dell'imputato fornire al riguardo prove di segno contrario per dimostrare la sua innocenza⁵⁶³.

La riforma del diritto societario, pur senza introdurre una disciplina *ad hoc*, ha previsto alcuni accorgimenti capaci di spiegare effetti considerevoli anche in relazione alla disciplina dell'onere probatorio dei «vantaggi compensativi»: si tratta degli artt. 2497-*bis* co. 5 e 2497-*ter* c.c.

La prima delle norme citate sancisce l'obbligo per gli amministratori delle controllate di “*indicare nella relazione sulla gestione i rapporti intercorsi*” con la capogruppo e con le altre società del gruppo, “*nonché l'effetto che tale attività ha avuto sull'esercizio dell'impresa sociale e sui suoi risultati*”.

Secondo parte della dottrina la disposizione «potrebbe sostanzialmente eliminare *in limine* lo stesso problema di determinare la nozione di vantaggio compensativo»⁵⁶⁴.

L'applicazione della disposizione, infatti, si caratterizza per rappresentare un momento di fondamentale importanza non soltanto per l'effettiva perimetrazione del gruppo, ma anche per la quantificazione e misurazione degli effetti che l'attività di direzione e coordinamento hanno svolto sull'attività imprenditoriale della società dominata.

La seconda disposizione precisa gli obblighi di cui all'art. 2391 c.c. affermando che nel contesto dei raggruppamenti societari si impone un'analitica motivazione di tutte quelle decisioni della società che sono “*influenzate*” dalla capogruppo.

Sul fronte civile potrebbe perciò affermarsi che la novella sia orientata nel senso di attribuire l'onere della prova agli amministratori in quanto sancisce pregnanti obblighi documentali e motivazionali stimolando, implicitamente, tali soggetti a monitorare

⁵⁶³ Alle stesse conclusioni si dovrebbe pervenire nel caso in cui la clausola venisse inquadrata come scriminante. Nel caso si tratti invece di causa di esclusione della punibilità incomberebbero sull'imputato maggiori oneri motivazionali in quanto dovrebbe allegarla definendone quantomeno i presupposti.

⁵⁶⁴ R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, cit., p. 674 sostiene che «se la giurisprudenza applicasse questa norma pretendendo che con la relazione sulla gestione siano descritti in modo analitico i rapporti intragruppo e siano indicati in precisi termini quantitativi l'effetto dell'attività di direzione e coordinamento sull'esercizio dell'impresa sociale e sui suoi risultati, allora l'onere di dimostrare l'entità e, a monte, l'esistenza dei vantaggi compensativi verrebbe a gravare sugli amministratori, anche in virtù del criterio di vicinanza dell'onere della prova».

accuratamente i rapporti infragruppo: allorchè si giunga al contendere, dovranno dimostrare la correttezza del loro operato⁵⁶⁵.

Sotto il profilo penalistico, pur non fornendo indicazioni circa la ripartizione dell'onere probatorio, le stesse disposizioni assumono comunque grande rilevanza poiché votate ad assumere e ricomprendere gli elementi fondanti il procedimento argomentativo tanto accusatorio quanto difensivo sull'esistenza dei vantaggi compensativi, o per lo meno sulle motivazioni che hanno indotto gli agenti a porre in essere la condotta delittuosa.

5.1 Alcune valutazioni sull'efficacia pratica della clausola.

Prima di concludere l'analisi sulla teoria (rectius: disciplina) dei vantaggi compensativi si vuole tentare di vagliare le possibili conseguenze delle soluzioni prospettate.

Come più volte evidenziato in precedenza, le maggiori difficoltà da affrontare per raggiungere quel difficile temperamento d'interessi facenti capo a distinti soggetti si riscontrano in sede giudiziale.

Infatti, come rilevato da parte della dottrina, la valutazione della liceità di un'operazione infragruppo dovrebbe conseguire ad una lunga e complessa indagine volta ad accertare la sussistenza di vantaggi idonei a compensare il pregiudizio secondo i criteri richiesti dalle rispettive discipline (art. 2497 co. 1 c.c. per la responsabilità civile; art. 2634 co. 3 c.c. per gli addebiti di natura penale).

Il compito risulta tanto più arduo quanto più ci si attenga a parametri di tipo strettamente quantitativo – come nel caso della disciplina civilistica – in quanto dovrebbero essere oggetto del giudizio compensativo non soltanto tutte le operazioni infragruppo (di qualunque tipo si tratti) intercorse in un determinato periodo ma anche tutti i vantaggi e pregiudizi immanenti al tipo organizzativo prescelto (pubblicità, capacità di ricorrere al credito, *know how* ecc.) con gli evidenti e conseguenti rischi di imprecisione.

⁵⁶⁵ Anche N. ABRIANI, *Gruppi di società e criterio dei vantaggi compensativi nella riforma del diritto societario*, cit., p. 620 rileva come dall'obbligo di motivazione delle «decisioni conseguenti ad una valutazione dell'interesse di gruppo deve discendere l'attribuzione dell'onere probatorio in punto di vantaggi compensativi agli amministratori della *holding* che hanno imposto una certa strategia di gruppo e a quelli della società controllata che vi hanno dato attuazione, ossia a quei soggetti che abbiano interesse a sostenere il carattere fisiologico dell'operazione intragruppo» e che «sono – o, almeno dovrebbero essere – nelle migliori condizioni per fornire la prova» dei vantaggi compensativi».

Notevoli difficoltà sussisterebbero, a dire il vero, anche qualora ci si dovesse limitare ad una valutazione economico-funzionale dell'operazione, come parrebbe richiedere la disciplina penalistica. In quest'ultimo caso il materiale a fondamento del giudizio sarebbe notevolmente ridotto ma non per ciò solo il procedimento probatorio sarebbe esente da difficoltà e imprecisioni⁵⁶⁶: la valutazione di fondata prevedibilità circa la sussistenza dei vantaggi compensativi, infatti, pur dovendo essere operata sulla base delle migliori tecniche aziendali, è costantemente preda delle incertezze che caratterizzano il mondo degli affari.

In conclusione: l'insieme dei fatti da provare per le parti e da valutare per il giudice è faticoso da gestire e impone costi amministrativi assai elevati.

Con questo non si vuole dare – a priori – un giudizio negativo ma semplicemente far luce su alcune conseguenze che potrebbero derivare dall'impostazione.

Si è sostenuto che se l'onere di dimostrare l'insussistenza gravasse sull'attore

«maggiori costi e più ardui oneri probatori costituirebbero altrettanti disincentivi, *ex ante*, a promuovere azioni a tutela dei soci esterni; renderebbero assai più frequenti i casi di *falsi negativi*, ossia ad abusi del controllo non sanzionati, vuoi perché nessuno li porta dinnanzi ad un giudice, vuoi perché questi non li riconosce come tali, a causa, in primo luogo, della difficoltà di verificare e valutare l'effettivo svolgimento dei fatti e, secondariamente, delle regole che distribuiscono l'onere della prova tra attore e convenuto. Con l'ulteriore, ovvia, conseguenza che, diminuendo il rischio per il controllante, di subire una condanna al risarcimento del danno cagionato alla società, le condotte opportunistiche risulterebbero *ex ante* più convenienti»⁵⁶⁷.

Conclusioni non dissimili, almeno sotto il profilo dell'efficacia, si porrebbero se – sulla base dei principi generali in materia di onere della prova – fosse il convenuto a dover dimostrare la liceità dell'operazione deliberata e la sussistenza di vantaggi compensativi in quanto

«ne discenderebbe comunque una elevata probabilità di giudizi errati. Per ciascuna delle operazioni sottoposte all'esame del giudice si correrebbe il rischio di valutare come dannosa un'operazione in realtà vantaggiosa o anche, più frequentemente, come non dannosa un'operazione in realtà pregiudizievole, oltre al rischio di quantificare erroneamente i benefici o i danni alla stessa correlati; cosicché sarebbe moltiplicata la

⁵⁶⁶ Riconosce tale aspetto L. ENRIQUES, *Gruppi piramidali, operazioni intragruppo e tutela degli azionisti esterni: appunti per un'analisi economica*, cit., p. 725 secondo il quale «si tratta di un criterio certamente più facilmente gestibile dal giudice, in quanto esso permette una maggiore selezione del materiale del processo: la singola operazione e la politica generale del gruppo diventerebbero i soli fatti da accertare e da giudicare alla luce del criterio della razionalità e della coerenza tra la prima e la seconda».

⁵⁶⁷ *Ibidem*, p. 726.

probabilità che il saldo finale sia assai distante dalla reale entità dei guadagni e delle perdite conseguenti alle operazioni stesse»⁵⁶⁸.

Se ne desume, pertanto, un duplice rischio: da un lato, la difficoltà di pervenire all'esito dell'azione di responsabilità *ex art. 2497 c.c.*; dall'altro, una forte riduzione della gamma dei comportamenti illeciti sanzionati dall'*art. 2634 c.c.* per l'ampia via di fuga riconosciuta dal *co. 3*, nonché per la procedibilità a querela.

Sul terreno penale, quindi, si riscontra un considerevole abbassamento del livello di repressione, e la subordinazione dell'intervento punitivo alla proposizione della querela rischia di vanificare l'operatività della norma medesima.

Sul terreno civilistico, invece, le difficoltà probatorie – rese ancor più gravi e pesanti (se possibile) dalla pervasiva e “naturale” disinformazione in cui versano i soggetti abilitati a promuovere l'azione di responsabilità – rischiano di pregiudicare anche il raggiungimento di un'effettiva tutela risarcitoria.

Allo stato, da un lato sembra debba essere valorizzato il dettato degli *artt. 2497-bis co. 5* e *2497-ter c.c.*, inteso sia come momento di acquisizione di elementi imprescindibili per un corretto giudizio, sia come strumento di conoscenza e presupposto di valutazione (per i soci di minoranza e i creditori sociali) sull'operato degli amministratori.

D'altro lato, sembra necessario non irrigidire il giudizio su posizioni formalistiche in relazione alla disposizione civilistica, tenendo conto della (pur modesta) apertura offerta dal legislatore con il riferimento al *risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento*.

In ogni caso, è sempre da auspicare si eviti l'indiscriminata applicazione della clausola penalistica, soppesando attentamente la prognosi di fondatezza effettuata dall'agente.

⁵⁶⁸ *Ibidem*, p. 726.

CAPITOLO IV

RAPPORTI CON ALTRE FIGURE DI REATO ED ESPORTABILITA' DELLA CLAUSOLA DEI VANTAGGI COMPENSATIVI AD ALTRE FATTISPECIE

SOMMARIO: 1. Rapporti con altri reati. – 2- Rapporti con il delitto di appropriazione indebita di cui all'art. 646 c.p. – 3. Rapporti con il delitto di corruzione tra privati di cui all'art. 2635 c.c. – 4. Il delitto di infedeltà patrimoniale e il fallimento della società. – 4.1. Rapporti dell'infedeltà patrimoniale con il reato di cui all'art. 223, comma 2, n. 1 l.f.. – 4.2 Rapporti con il delitto di bancarotta fraudolenta societaria per distrazione. – 4.3 Il caso A.C. Fiorentina. La posizione della giurisprudenza sui rapporti tra bancarotta fraudolenta societaria per distrazione e da infedeltà patrimoniale. – 5. Esportabilità della clausola ad altre fattispecie di reato.

1. Rapporti con altri reati.

Come già si è avuto modo di vedere, in assenza di una disciplina volta a tutelare il patrimonio sociale da concrete aggressioni da parte degli amministratori, la giurisprudenza ha fatto ampio ricorso ad altre figure di reato per fronteggiare e sopperire a tale lacuna normativa.

Anche a seguito dell'introduzione del delitto di infedeltà patrimoniale sono rimaste aree in cui la linea di demarcazione tra la nuova fattispecie delittuosa ed altre di “*diritto comune*” o contenute in leggi speciali è sottile ed incerta, con ovvie conseguenze sotto il profilo applicativo.

In altri casi, invece, le differenze sono più marcate e le diverse fattispecie di reato presentano più elementi specializzanti che si pongono in rapporto di specialità reciproca, non sussumibile nella disciplina di cui all'art. 15 c.p.⁵⁶⁹

2. Rapporti con il delitto di appropriazione indebita di cui all'art. 646 c.p.

La prolungata assenza nel panorama legislativo italiano di una norma in grado di reprimere in modo adeguato le condotte di *mala gestio* degli amministratori aveva determinato, come si è avuto modo di vedere in precedenza, quel fenomeno di supplenza ad opera del diritto penale giurisprudenziale, il quale mirava a colmare la

⁵⁶⁹ Cfr., G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, cit., p. 385.

lacuna mediante l'interpretazione estensiva di alcune fattispecie di diritto comune tra cui l'*appropriazione indebita*⁵⁷⁰.

Ed è proprio per questa ragione che, all'indomani dell'introduzione del delitto di infedeltà patrimoniale ad opera della riforma del 2002, le prime pronunce giurisprudenziali sulla nuova fattispecie incriminatrice sono state incentrate, perlopiù, sulla definizione dei rapporti con il delitto di appropriazione indebita, sia per individuarne i rispettivi ambiti applicativi che per valutare i profili di successione tra norme penali nel tempo.

L'entrata in vigore dell'infedeltà patrimoniale ha suscitato un grande interesse anche in dottrina.

In un primo momento, l'orientamento dottrinale prevalente riteneva che la novella legislativa avesse operato una *abolitio criminis* con riferimento alle ipotesi appropriative individuate in via suppletiva, data l'assenza di una norma volta a sanzionare le condotte infedeli degli amministratori⁵⁷¹.

Le conclusioni cui tale tesi conduceva furono avvertite sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza.

La prima osservò che, per tale via, si operava una "*implicita decriminalizzazione di ogni condotta appropriativa in ambito societario commessa mediante atti negoziali*"⁵⁷².

⁵⁷⁰ Cfr. *supra*, capitolo 1, par. 1 si esprime in questi termini C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., p. 341 ss. ricordando come «(...) prima della riforma del 2002, il vuoto di tutela che permaneva per svariate condotte di aggressione al patrimonio sociale aveva dato luogo a vere e proprie forme di supplenza giudiziaria che avevano finito per ricondurre sotto il combinato disposto degli artt. 646, comma 2, e 61 n. 11 c.p. ogni abuso perpetrato nell'ambito della gestione sociale; e ciò anche se la dottrina del tempo aveva segnalato i rischi di tale interpretazione estensiva, sottolineando come la "condotta infedele" non necessariamente si concretizzasse in atti appropriativi, potendo tradursi in qualsiasi atto di disposizione (mobiliare o immobiliare) compiuto in danno degli interessi patrimoniali altrui»; l'A. sottolinea che, per tramite della suddetta interpretazione giurisprudenziale, «(...) si finiva per far assumere al termine "appropriazione" anche il significato di "disporre arbitrariamente uti dominus del denaro o della cosa mobile altrui con qualsiasi forma"».

⁵⁷¹ Evidenzia il citato orientamento dottrinale P. DE ANGELIS, *Abuso di gestione e responsabilità penale degli amministratori*, cit., p. 42 il quale rileva che «(...) la nuova fattispecie di infedeltà patrimoniale aveva quindi (...) attribuito rilevanza penale alle sole appropriazioni caratterizzate dal nuovo elemento dell'infedeltà patrimoniale: il rapporto di specialità per specificazione e per aggiunta tra precedente e nuovo reato determinava pertanto l'abrogazione, ex art. 2 c.p., secondo comma, di tutte le precedenti ipotesi di reato, abrogate dalla nuova disposizione. (...) l'introduzione della fattispecie penale di infedeltà patrimoniale aveva sottratto "l'intera materia all'art. 646 c.p., mediante una vera e propria erosione della sfera applicativa del delitto di appropriazione indebita, relativamente alle condotte appropriative commesse dagli amministratori di società».

⁵⁷² Così P. CIPOLLA, *Brevi note in tema di rapporti tra appropriazione indebita e il nuovo reato di infedeltà patrimoniale societaria (art. 2634 c.c.)*, in *Cass. Pen.*, n. 2, 2005, p. 471.

La seconda⁵⁷³ si oppose a siffatta interpretazione dato lo svilimento della tutela apprestata mediante l'introduzione della nuova fattispecie, poiché dall'applicazione dell'art. 2 c.p. sarebbe conseguito non soltanto il proscioglimento per i fatti precedenti all'abrogazione ma anche la cessazione degli effetti penali delle condanne, inclusa l'esecuzione.

Tali problematiche di diritto transitorio condussero gran parte della dottrina⁵⁷⁴ e la pressoché unanime giurisprudenza a ravvisare tra le due norme un rapporto di "specialità" con la conseguente applicazione dell'art. 2, co. 4, laddove prevede, in luogo dell'abrogazione, l'applicazione della norma più favorevole per i fatti commessi antecedentemente all'introduzione della nuova fattispecie lasciando impregiudicata l'intangibilità delle decisioni in giudicato.

Il dibattito s'incentrò quindi sull'esatta individuazione della relazione di specialità tra le due norme.

Un primo orientamento individuava nella fattispecie dell'infedeltà patrimoniale la norma speciale rispetto all'appropriazione indebita di cui all'art. 646 c.p., stante la necessità, per l'integrazione, della commissione del reato da parte di un soggetto attivo

⁵⁷³ Cfr. Cass. Pen., sez. V, 23 giugno 2003, n. 38110 la quale statuisce che «(...) non può, certamente, affermarsi che sia intervenuta una depenalizzazione dei fatti appropriativi (coperti, peraltro, da giudicato) a seguito della nuova previsione di cui all'art. 2634 c. c., che al terzo comma qualifica come "non ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo, se compensato con vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo". L'articolo 2634 c. c. (infedeltà patrimoniale), regolamenta ora sia situazioni di conflitto di interessi (di cui all'abrogato 2631 c. c.) sia condotte non tipizzate di abuso di gestione. Quindi, l'introduzione della figura dell'infedeltà patrimoniale costituisce una norma speciale rispetto all'appropriazione indebita ordinaria di cui all'art. 646 c. p., che proprio per la sua natura generica è idonea a tutelare di per sé il patrimonio societario, dagli abusi degli amministratori (ed ora anche dei direttori generali e liquidatori). Infatti, le fattispecie sono completamente diverse: mentre prima la condotta presa in considerazione puniva in presenza di un interesse dell'amministratore in conflitto con quello della società la mancata astensione alle delibere relative, l'art. 2634 c. c., pur recuperando la preesistente situazione di conflittualità, colpisce ora il compimento di atti di disposizione patrimoniale. Anteriormente alla novella, la punibilità del delitto era legata alla sussistenza del mero conflitto di interessi, ora, ad esso deve aggiungersi il comportamento attivo costituito da atti di disposizione patrimoniale sui beni della società, ai quali deve altresì accompagnarsi, quale evento necessario, il danno agli stessi (nella vecchia disciplina esso costituiva un evento solo eventuale, al quale si accompagnava un aggravamento della pena). Trattasi, quindi, di norma che si caratterizza per la sua specialità e che contiene elementi qualificanti rispetto all'ordinaria appropriazione indebita di cui all'art. 646 c. p. »

⁵⁷⁴ Condividono tale orientamento P. ALDROVANDI, *rt. 2634 c.c.*, cit., p. 207; E. MEZZETTI, *Infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario*, cit., p. 230; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., p. 227; P. CIPOLLA, *Brevi note in tema di rapporti tra appropriazione indebita e il nuovo reato di infedeltà patrimoniale societaria (art. 2634 c.c.)*, cit., p. 469 secondo i quali l'introduzione della nuova fattispecie avrebbe determinato un'erosione dell'ambito applicativo dell'appropriazione indebita restituendo all'infedeltà patrimoniale parte delle condotte infedeli che, in assenza di una puntuale regolamentazione, erano state forzatamente sussunte da parte della giurisprudenza nella fattispecie di cui all'art. 646 c.p.

qualificato, di un conflitto d'interessi e di un particolare elemento psicologico, caratterizzato da dolo intenzionale di danno "in affiancamento" al dolo specifico che accomuna entrambe le fattispecie.

A tale impostazione consegue, in forza dell'art. 15 c.p., l'applicazione della sola fattispecie di cui all'art. 2634 c.c. la quale, in mancanza di statuizioni espresse sul punto, deroga alla fattispecie generale, da individuarsi nel reato di appropriazione indebita di cui all'art. 646 c.p.

Siffatte conclusioni, tuttavia, lasciavano insoddisfatta parte della dottrina, dalla quale era stato posto in evidenza come, per tale via, si pervenisse a soluzioni incoerenti sotto il profilo della politica criminale: in assenza di uno o più elementi specializzanti della fattispecie d'infedeltà patrimoniale, la medesima condotta avrebbe potuto integrare gli estremi del delitto di appropriazione indebita aggravata ai sensi dell'art. 61 n. 11 c.p., determinando il passaggio alla perseguibilità d'ufficio di condotte meno gravi di abuso, in luogo della perseguibilità a querela delle ipotesi più gravi sanzionate dall'infedeltà patrimoniale⁵⁷⁵.

Altri autori⁵⁷⁶, invece, respingendo gli orientamenti intesi ad interpretare estensivamente il concetto di appropriazione, hanno rilevato come le due fattispecie incriminatrici mantengano ambiti applicativi concettualmente autonomi e, in particolare, hanno proposto di ritenere penalmente irrilevanti le condotte di infedeltà patrimoniale prive di alcuni elementi costitutivi, sempre che, ovviamente, non residuino ipotesi di responsabilità in forza di reati di diritto comune⁵⁷⁷.

Anche la giurisprudenza ha dapprima⁵⁷⁸ ravvisato un rapporto di specialità unilaterale, individuando nell'art. 2634 c.c. gli elementi qualificanti, per affermare poi, in successive pronunce⁵⁷⁹, la specialità reciproca, con la conseguente applicazione, caso

⁵⁷⁵ In questi termini E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., p. 229

⁵⁷⁶ P. CIPOLLA, *Brevi note in tema di rapporti tra appropriazione indebita e il nuovo reato di infedeltà patrimoniale societaria (art. 2634 c.c.)*, cit., p. 267.

⁵⁷⁷ Cfr. Cass., Sez. II, 25 ottobre 2011, n. 4244 con la quale è stata esclusa la sussistenza del delitto di infedeltà patrimoniale ai sensi dell'art. 2634 c.c. in relazione alla condotta dell'amministratore (e socio) di una società che durante la fase di liquidazione della stessa si era appropriato di alcuni beni aziendali con conseguente danno dell'altro socio. La Corte ha ritenuto che non sussistesse un conflitto di interessi con la società bensì una situazione di conflitto tra i soci entrambi interessati alla liquidazione dei beni sociali sicchè la condotta sarebbe inquadrabile esclusivamente quale appropriazione indebita ai sensi dell'art. 646 c.p.

⁵⁷⁸ Cfr. Cass. pen., sez. V, 23 giugno 2003, n. 38110.

⁵⁷⁹ Cfr. Cass. pen., Sez. II, 6 maggio 2011, n. 20062 la quale ha statuito che «(...) come è noto, infatti, la giurisprudenza di questa Corte ha avuto modo di puntualizzare che le norme incriminatrici della infedeltà patrimoniale, di cui al richiamato art. 2634 cod. civ., e della appropriazione indebita di cui

per caso, dell'una o dell'altra fattispecie in base alla riconosciuta esistenza, nell'ipotesi concreta, di tutti gli elementi costitutivi (sul presupposto che entrambe le norme presentassero elementi comuni e peculiari, speciali e generali l'una rispetto all'altra e viceversa⁵⁸⁰).

Il raffronto fra le due fattispecie evidenzia pertanto differenze strutturali proprie di ciascuna figura di reato, tali da imporre all'interprete la ricerca di criteri discretivi atti a facilitare la sussunzione del caso concreto in una delle ipotesi.

L'elemento discrezionale è stato ravvisato da un più recente arresto giurisprudenziale nell'elemento del conflitto che permette di cogliere una sostanziale differenza tra le condotte materiali previste dalle due fattispecie e, in particolare tra atto dispositivo e atto appropriativo⁵⁸¹.

all'art. 646 cod. pen., sono fattispecie legate fra loro da un rapporto di specialità reciproca. La infedeltà patrimoniale, tipizza, infatti, la necessaria relazione tra un preesistente conflitto di interessi, con i caratteri della attualità e della obiettiva valutabilità, e le finalità di profitto o altro vantaggio dell'atto di disposizione, finalità che si qualificano in termini di ingiustizia per la proiezione soggettiva del preesistente conflitto. L'appropriazione indebita presenta, a sua volta, caratteri di specialità, per la natura del bene (denaro o cosa mobile), che solo ne può essere oggetto, e per l'irrilevanza del perseguimento di un semplice "vantaggio" in luogo del "profitto". L'ambito di interferenza tra le due fattispecie, si è anche sottolineato, è dato, dunque, dalla comunanza dell'elemento costitutivo della deminutio patrimonii e dell'ingiusto profitto, ma esse differiscono per l'assenza nella appropriazione indebita di un preesistente ed autonomo conflitto di interessi, che invece connota la infedeltà patrimoniale». In senso conforme Cass. pen. Sez. II, 26 ottobre 2005, n. 10175 «(...) tra il reato di infedeltà patrimoniale di cui all'art. 2634 c.c. e di appropriazione indebita ex art. 646 c.p., intercorre un rapporto di specialità reciproca, permanendo tuttora uno spazio di operatività per il secondo delitto. Se permane infatti un'area di interferenza tra le previsioni normative, richiedendo entrambe come elemento costitutivo la "deminutio patrimonii" della persona offesa e l'ingiusto profitto, l'appropriazione indebita attuata con l'interversione del possesso si qualifica non solo per la natura del bene che esclusivamente ne può essere l'oggetto e l'irrilevanza del perseguimento di un semplice «vantaggio» in luogo del «profitto», ma anche e soprattutto per l'assenza di un preesistente e autonomo conflitto di interessi quale presupposto necessario per individuare la deviazione dell'atto di disposizione dal suo fine «istituzionale» e ricondurre quindi la condotta nell'alveo del reato societario».

⁵⁸⁰ Condivide tale impostazione C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., p. 344 il quale ritiene che «(...) la soluzione interpretativa che esclude l'esistenza di un rapporto di specialità unilaterale fra le due norme pare senz'altro corretta. Infatti, pur permanendo un'area di interferenza fra le due previsioni normative – richiedendo entrambe come elemento costitutivo la deminutio patrimonii della persona offesa e l'ingiusto profitto -, l'infedeltà patrimoniale si caratterizza per la necessaria relazione esistente fra gli interessi in conflitto e le finalità sottese all'atto depauperatorio, relazione che, come sottolineato in una recente pronuncia dei giudici di legittimità "colorerebbe di ingiustizia il profitto o il vantaggio perseguiti piegando nei fini la funzione sociale". L'appropriazione indebita, invece, si qualifica "non solo per la natura del bene che esclusivamente ne può essere l'oggetto", ma anche "e soprattutto per l'assenza di un preesistente ed autonomo conflitto di interessi quale presupposto necessario per individuare la deviazione dell'atto di disposizione dal suo fine istituzionale e ricondurre quindi la condotta nell'alveo del reato societario».

⁵⁸¹ Cfr. Cass. pen. Sez. II, 3 giugno 2009, n. 26281 la quale dopo aver ribadito il rapporto di specialità reciproca sussistente tra le due norme «(...) mentre nel primo caso (art. 2634 c.c.) deve dirsi tipizzata la necessaria relazione tra un preesistente ed ancora attuale conflitto di interessi, obiettivamente valutabile, e le finalità di profitto o altro vantaggio dell'atto di disposizione - finalità che si qualificano in termini di ingiustizia per la proiezione soggettiva del preesistente conflitto - l'appropriazione indebita presenta

Il concetto di conflitto, infatti, è caratterizzato dalla coesistenza di *plurimi e contrapposti interessi e dall'abuso della posizione* da parte dell'agente; elementi tutti che, nell'ambito delle due fattispecie incriminatrici, si rapportano in modo differente:

«Nell'appropriazione, quindi, l'abuso di posizione non si correla ad un conflitto di interessi ma, semmai, ad un contrasto di interessi, di cui uno, quello della società, del tutto legittimo e tutelato; l'altro, quello dell'amministratore, privo di rilevanza giuridica, sprovvisto di tutela, meritevole, anzi di sanzione, considerato che si traduce, in sostanza, in una spoliazione *tout court* del patrimonio da tutelare.

Nell'infedeltà, invece, l'abuso di posizione riguarda due interessi, quello sociale e quello proprio (o di terzi), entrambi meritevoli di tutela e del pari rilevanti: ciò costituisce la base per una valutazione comparativa del modo col quale essi siano stati concretamente regolamentati, poiché la penale rilevanza riguarda la sola ipotesi in cui dal conflitto potenziale siano derivati danni alla società»⁵⁸².

Le soluzioni cui è pervenuta la giurisprudenza lasciano aperte alcune perplessità sollevate dalla dottrina, la quale ha espresso forti perplessità circa la capacità della fattispecie di infedeltà patrimoniale a fronteggiare e reprimere le condotte di *mala gestio* degli amministratori.

Per quanto attiene all'estensibilità della clausola dei vantaggi compensativi alla fattispecie di appropriazione indebita nei gruppi, risponde positivamente⁵⁸³ quella parte della dottrina che ravvisa nella stessa un "*limite esegetico*" della fattispecie.

caratteri di specialità per la natura del bene che ne può formare oggetto - solo denaro e cosa mobile - nonché per la irrilevanza del perseguimento di un semplice vantaggio anziché di un profitto. L'ambito comune delle fattispecie di reato in oggetto deve dirsi, pertanto, costituito dal fondamentale elemento della deminutio patrimonii e dell'ingiusto profitto, laddove il tratto differenziale necessariamente deve rinvenirsi nell'assenza nel reato di appropriazione indebita di un preesistente ed autonomo conflitto di interessi, in quanto connotante la infedeltà patrimoniale». La stessa pronuncia precisa come l'elemento del conflitto caratterizzi non solo la specialità della fattispecie rispetto all'appropriazione, ma si ponga anche quale criterio valutativo determinante e caratterizzante l'illecita l'operazione che, isolatamente considerata, non presenterebbe la connotazione di illegittimità: «(...) aggiungasi, altresì, da ultimo, che a differenza dell'art. 646 c.p., l'art. 2634 c.c. l'atto di disposizione è astrattamente legittimo, seppur in concreto dannoso per la società, raggiungendo un livello di vera e propria illiceità penale solo ove sul piano materiale risulti qualificato da un autonomo e preesistente conflitto di interessi»

⁵⁸²P. DE ANGELIS, *Abuso di gestione e responsabilità degli amministratori*, cit., p. 53.

⁵⁸³In questi senso C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., p. 347 il quale ritiene che «(...) in sintonia con le argomentazioni già svolte in tema di operatività della clausola dei vantaggi compensativi nell'ambito del delitto di bancarotta fraudolenta societaria, che tale clausola abbia una portata generale e, quindi, sia applicabile anche ad ogni ipotesi di appropriazione di beni sociali realizzata per finalità vantaggiose per il gruppo nel suo insieme, compresa la controllata chiamata ad accollarsi un sacrificio immediato. Una diversa interpretazione finirebbe per considerare "ingiusta", in assenza di un'analoga disposizione dell'art. 646 c.p., la condotta dell'amministratore versante in conflitto di interessi con la società da lui gestita che, ad es., con dolo eventuale, abbia prodotto un danno al patrimonio sociale compensato da tutta una serie di vantaggi poi effettivamente verificatisi. Parlare in questi casi di "appropriazione" non sembra corretto: oltre a mancare un'alterità tra il dominus ed il possessore del bene, difetta soprattutto l'offesa al bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice, ossia il danno patrimoniale».

3. Rapporti con il delitto corruzione tra privati di cui all'art. 2635 c.c.

La fattispecie prevista dall'art. 2635 c.c. ed introdotta con il D.Lgs. 61/2002, rubricata "infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità", è stata di recente oggetto di importanti modifiche sicuramente degne di nota e, per alcuni aspetti, senz'altro opportune ed apprezzabili.

Sebbene la riforma abbia, in parte, accolto alcune delle critiche mosse dalla dottrina all'indomani dell'introduzione della (ormai vecchia) infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità, non può certo dirsi che vi sia stato un definitivo superamento ai limiti di fondo, già ravvisati e denunciati rispetto alla disciplina previgente⁵⁸⁴ (anche nella prospettiva di un definitivo adeguamento alle indicazioni sovranazionali).

⁵⁸⁴ Come evidenziato da tutti i commentatori la nuova previsione incriminatrice rappresenta «il frutto di impegni sovranazionali» (così E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, CIT., p. 227) derivanti dall'Azione Comune 98/742/GAI sulla corruzione nel settore privato, adottata il 22 dicembre 1998 dal Consiglio dell'Unione europea, e dalla Convenzione penale sulla corruzione, approvata dal Consiglio d'Europa il 27 gennaio 1999. Pur se grandemente attesa in quanto prima espressione della volontà del legislatore italiano di reprimere il fenomeno corruttivo anche nel settore privato la norma fu fin dal principio destinataria di molteplici critiche rivolte innanzitutto alla denominazione adottata in quanto, secondo alcuni, «(...) poco idonea a sottolineare il profilo "corruttivo" del fatto» (così L. FOFFANI, *Commento all'art. 2635 c.c.*, in *Commentario breve alle Leggi penali complementari* a cura di F. PALAZZO – C. E. PALIERO, 2° ED., PADOVA, 2007, p. 2534) e da altri «ritenuta al contrario più conforme all'effettivo contenuto della fattispecie» (cfr. Relazione ministeriale al D.Lgs. n. 61/2002) critiche oggi risolte dalla L. 6 novembre 2012, n. 190 nel senso di un forte richiamo alla matrice ispiratrice della "corruzione".

Parimenti criticati furono l'inserimento, tra gli elementi costitutivi della nuova fattispecie incriminatrice, dell'evento di danno caratterizzato dall'aver determinato un "nocumento alla società" e la procedibilità del reato alla querela della persona offesa.

La fattispecie fu ritenuta non soltanto limitata nella sua concreta potenzialità applicativa ma anche in contrasto con gli impegni assunti in ambito sovranazionale al punto che A. GULLO, *Spunti critici in tema di infedeltà patrimoniale a seguito di dazione o promessa di utilità*, in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 2003, p. 446 ebbe ad affermare che «l'infedeltà a seguito di dazione o promessa si presenta in definitiva come norma assolutamente disnomica. Qui, a ben vedere, si è in presenza di un "tradimento" davvero eclatante, di un fenomeno di deviazione normativa ancora più estremo. Una norma introdotta col dichiarato obiettivo di dar vita ad una figura di corruzione nel settore privato, viene prima depurata delle sue ascendenze lessicali ed in seguito, come si è visto, modificata nel genoma, di modo da rinascere come anomala figura satellite dell'infedeltà-conflitto di interessi».

Si rileva altresì che, a seguito della prima introduzione dell'art. 2635 c.c., con la Decisione quadro 2003/568/GAI relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato, adottata il 22 luglio 2003 dal Consiglio dell'Unione europea (v. art. 2), e dalla Convenzione di Merida delle Nazioni Unite sulla corruzione del 31 ottobre 2003, in seguito ratificata dall'Italia con legge 3 agosto 2009, n. 116, fu richiesto ad ogni Stato membro l'adozione di misure legislative volte ad incriminare «fatto di promettere, offrire o concedere, direttamente o indirettamente, un indebito vantaggio ad ogni persona che diriga un'entità del settore privato o lavori per tale entità, a qualunque titolo, per sé o per un'altra persona, affinché, in violazione dei propri doveri, essa compia o si astenga dal compiere un atto», che la corrispondente condotta «di sollecitare od accettare, direttamente o indirettamente, un indebito vantaggio, per se o per un'altra persona, al fine di compiere o di astenersi dal compiere un atto in violazione dei propri doveri».

Anche in questo caso, però, l'Italia diede attuazione agli obblighi sovranazionali solo in parte in quanto, nell'art. 2635 c.c., permanevano limitazioni sotto diversi profili tra cui: i) l'individuazione dei soggetti

Da un certo punto di vista, anzi, la formulazione attuale della fattispecie presenta profili di ancor maggiore incertezza e labilità⁵⁸⁵.

In particolare l'art. 1, comma 76, della L. 6 novembre 2012, n. 190 oltre a modificarne la rubrica in "*corruzione tra privati*" ha apportato ulteriori cambiamenti sotto diversi profili. In particolare, è stata: **i)** introdotta una *clausola di sussidiarietà espressa*; **ii)** ampliata⁵⁸⁶ la cerchia dei *soggetti attivi del reato*; **iii)** parzialmente corretta la *descrizione della condotta tipica*, in precedenza basata sul compimento di atti od omissioni posti in essere dai soggetti attivi del reato «*in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio*» ed estesa anche all'ipotesi di violazione degli «*obblighi di fedeltà*»; **iv)** aggiunta la nozione di «*denaro*» quale oggetto della dazione o promessa nonchè specificato che le stesse rilevano se ricevute «*per sé*», che (questo è l'elemento di novità) «*per altri*»; **v)** aumentato il minimo edittale ad un anno di reclusione; **vi)** introdotta, al comma 2, una fattispecie meno grave nell'ipotesi di commissione del reato da parte di chi «*è sottoposto alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti*» attivi della fattispecie base; **vii)** introdotta la procedibilità d'ufficio nel caso in cui «*dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi*»; **viii)** per le fattispecie di "corruzione attiva", oggi fissate al comma 3 dell'art. 2635 c.c., è stata estesa la possibilità, in precedenza non prevista, di una responsabilità diretta dell'ente ex *D.Lgs. n. 231/2001*.

attivi della condotta; *ii*) il mancato riferimento alla possibilità che la "tangente" sia offerta a terzi o che il reato sia commesso indirettamente, tramite un intermediario; *iii*) la previsione del danno con conseguente proiezione della tutela dei soggetti (soci e creditori) interessati al patrimonio della società laddove la Convenzione mirava a tutelare i rapporti commerciali dalle distorsioni della libera concorrenza tra le imprese che per tramite di tali condotte possono realizzarsi. Tale ultima critica si può dire superata a seguito dell'inserimento ad opera della L. 6 novembre 2012, n. 190 del comma 5 all'art. 2635 che introduce la procedibilità d'ufficio se «(...) *dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nell'acquisizione di beni o servizi*».

⁵⁸⁵ Si esprime in questi termini A. MELCHIONDA; in *Giur. It.*, 2012, n. 12 il quale, a seguito di una puntuale analisi degli elementi innovativi della riforma, conclude rilevando che «(...) *nell'insieme sono, quindi, evidenti le molte "ombre" e le poche "luci" dell'odierna riforma. A modifiche utili ed opportune nell'economia di una maggior precisione della precedente formulazione dell'art. 2635 c.c. e dei connessi obblighi di adeguamento agli impegni sovranazionali, si affiancano innovazioni che appaiono solo foriere di una ampliata problematicità applicativa delle nuove fattispecie. Ma soprattutto, pur nella consapevolezza delle inevitabili "tensioni" che possono oggi vedere la legislazione nazionale incondizionatamente vincolata dalla normativa comunitaria, gli interventi ora approvati dal nostro Parlamento pongono la disciplina italiana ancora molto lontana dai quei modelli di incriminazione che gli organismi comunitari continuano ad indicare come necessari per una efficace repressione della "corruzione" anche nel settore privato*».

⁵⁸⁶ Salva l'esclusione dei *responsabili della revisione* operata già dall'art. 37, comma 36, del D.Lgs. 27 gennaio 2010, n. 39 e mantenuta dalla novella legislativa.

Le modifiche introdotte ad opera della novella legislativa rappresentano, così come per la genesi del reato di cui all'art. 2635 c.c., il frutto di pregressi obblighi sovranazionali di riforma sebbene, già prima di tale intervento, il Parlamento avesse delegato il Governo (art. 29 della L. 25 febbraio 2008, n. 34) a dare attuazione alla decisione quadro 2003/568/GAI prevedendo espressamente l'introduzione

«nel libro II, titolo VIII, capo II, del codice penale di una fattispecie criminosa la quale punisca con la reclusione da uno a cinque anni la condotta di chi, nell'ambito di attività professionali, intenzionalmente sollecita o riceve, per sé o per un terzo, direttamente o tramite un intermediario, un indebito vantaggio di qualsiasi natura, oppure accetta la promessa di tale vantaggio, nello svolgimento di funzioni direttive o lavorative non meramente esecutive per conto di una entità del settore privato, per compiere o omettere un atto, in violazione di un dovere, sempreché tale condotta comporti o possa comportare distorsioni di concorrenza riguardo all'acquisizione di beni o servizi commerciali». Con tale delega era stato altresì indicato di «prevedere la punibilità con la stessa pena anche di colui che, intenzionalmente, nell'ambito di attività professionali, direttamente o tramite intermediario, dà, offre o promette il vantaggio» e di introdurre tali fattispecie «fra i reati di cui alla sezione 111 del capo I del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, ... con la previsione di adeguate sanzioni pecuniarie e interdittive nei confronti delle entità nel cui interesse o vantaggio sia stato posto in essere il reato»⁵⁸⁷.

La fattispecie di corruzione tra privati è caratterizzata dalla descrizione del fatto tipico secondo una pluralità di elementi caratterizzati da un preciso ordine cronologico: i) dazione o promessa di denaro o altra utilità, per sé o per altri, dall'*extraneus* e ricevimento dell'utilità o accettazione della promessa dall'*intraneus*; ii) violazione degli obblighi inerenti all'ufficio o degli obblighi di fedeltà dell'*intraneus*; iii) causazione di un nocumento alla società⁵⁸⁸.

Prima della novella del 2002 l'individuazione della fattispecie di cui all'art. 2635 c.c., così come ipotizzata dal progetto Mirone (che descriveva la condotta tipica secondo lo schema dei reati di pericolo individuato nel "*pericolo di nocumento per la società*"), aveva consentito l'individuazione di un rapporto di *progressione criminosa* con il delitto di infedeltà patrimoniale: qualora il bene tutelato (patrimonio della società) fosse stato messo in pericolo si sarebbe applicato l'art. 2635 c.c., mentre avrebbe prevalso, in quanto più grave, la norma sull'infedeltà patrimoniale se si fosse verificato il danno.

⁵⁸⁷ D. PERRONE, *L'introduzione nell'ordinamento italiano della fattispecie di corruzione privata: in attesa dell'attuazione della L. 25 febbraio 2008, n. 34*, in *Cass. Pen*, 2009, p. 769 ss.

⁵⁸⁸ Il raffronto è limitato alla c.d. *corruzione passiva* disciplinata dal primo comma in quanto la c.d. *corruzione attiva* di cui al terzo comma è una fattispecie che non determina un danno per la società, se non nella misura in cui la stessa può essere chiamata a rispondere dell'illecito amministrativo dipendente da reato ai sensi del D.Lgs. 231/2001.

Tuttavia, la descrizione della fattispecie di cui all'art. 2635 c.c. secondo lo schema del reato di danno ha precluso la ricostruzione dei rapporti tra le due ipotesi in chiave di progressione criminosa acuendo le difficoltà di esatta identificazione e, conseguentemente, la portata applicativa delle diverse fattispecie da parte dell'interprete.

Il delitto di corruzione tra privati, pur condividendo numerosi aspetti con l'infedeltà patrimoniale di cui all'art. 2634 c.c., con il quale sussistono ambiti di parziale coincidenza, non si pone in un rapporto di genere a specie, e perciò non tutte le condotte contemplate da ciascuna possono essere sussunte nell'altra.

Le due disposizioni integrano fattispecie autonome inquadrabili

« (...) in una relazione di specialità bilaterale reciproca, dove l'art. 2635 c.c. è speciale per *aggiunta*, richiedendo fra l'*intraneus* ed il terzo l'*esistenza* di un *factum sceleris* che connota in maniera univoca la corruzione privata mentre l'art. 2634 c.c. è, a sua volta, speciale per *specificazione* in relazione alla condotta dell'*intraneus* e per *aggiunta* in considerazione del diverso e più intenso dolo richiesto (specifico ed intenzionale). Il disvalore della prima figura s'incentra segnatamente sull'incontro di volontà fra l'*intraneus* ed un *terzo*, relativo al compimento o all'omissione di un atto contrario ai doveri d'ufficio che il secondo "compra" dal primo; la seconda figura s'incentra, invece, sul "*previo conflitto di interessi*" e mira ad impedire che il soggetto apicale – che, nello svolgimento del suo ufficio, si trovi in una situazione di conflitto con la società da lui gestita – anteponga il suo interesse personale a quello sociale »⁵⁸⁹.

Altri Autori, pur ravvisando tra le due norme un rapporto di specialità reciproca, ritengono che si possa realizzare un concorso apparente di norme. Attribuendo carattere preminente al c.d. *pactum sceleris* richiesto dal delitto di corruzione tra privati, ritengono prevalente tale fattispecie che, conseguentemente, sarà l'unica a trovare applicazione in quanto il delitto di infedeltà patrimoniale presenta un maggior numero di elementi specializzanti⁵⁹⁰.

⁵⁸⁹ In questi senso C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., p. 354.

⁵⁹⁰ L. FOFFANI, *Commento all'art. 2635 c.c.*, cit, p. 2536. Con riferimento a tale soluzione sotto la vigenza della previgente disciplina in senso critico C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., p. 354 il quale sottolinea come « (...) tale soluzione comporta indubbiamente il rischio di un effetto paradossale: viene, infatti, punito con la sanzione prevista per l'art. 2635 c.c., e cioè con una pena minima minore, il compimento di un atto di disposizione di beni sociali che trovi la sua causa in un illecito mercimonio allorché sia stato assunto in conflitto di interessi per conseguire un vantaggio e per procurare intenzionalmente un danno alla società». A seguito dell'aumento, ad opera della L. 6 novembre 2012, n. 190, del minimo edittale ad un anno per il reato di corruzione tra privati la critica non ha più ragion d'essere in quanto, al contrario, è proprio tale ultima fattispecie a prevedere una sanzione più grave.

4. Il delitto di infedeltà patrimoniale e il fallimento della società.

Con riferimento alla disciplina fallimentare, la riforma introdotta dal D.Lgs. 11 aprile 2002, n. 61 ha riformulato le fattispecie di bancarotta fraudolenta societaria di cui all'art. 223, comma 2, n. 1 l.f. identificando la condotta tipica mediante espresso richiamo alla commissione di “*alcuno dei fatti previsti dagli articoli 2621, 2622, 2626, 2627, 2628, 2629, 2632 e 2634 c.c.*”.

Si è posto, sia in dottrina che in giurisprudenza, il problema dell'individuazione dell'ambito applicativo delle nuove fattispecie e, in particolare, della bancarotta fraudolenta societaria da infedeltà patrimoniale.

A tal proposito, fin dal principio si è posta la problematica circa i limiti del concetto di *disposizione* in quanto, precedentemente, gran parte delle relative condotte di atti sociali in conflitto di interessi -nell'ambito di società poi dichiarate fallite- veniva ricondotta alla “*distrazione*” o “*appropriazione*” con la conseguente applicazione della bancarotta fraudolenta societaria per distrazione di cui all'art. 223, comma 1, l.f.

Inoltre il richiamo al “*fatto*” di reato ha posto la problematica circa la portata dello stesso e in particolare circa la riferibilità o meno a tutti gli elementi costitutivi della fattispecie (oggettivi e soggettivi), con la conseguente mancata integrazione della nuova fattispecie in assenza di uno o più elementi.

L'eventualità di non poter configurare il reato di bancarotta fraudolenta societaria da infedeltà ha suscitato la domanda se la medesima condotta possa essere sanzionata come bancarotta fraudolenta societaria per distrazione.

Alla domanda può risponderci solo a seguito di attenta analisi circa i rapporti intercorrenti tra le due fattispecie.

Il riferimento all'art. 2634 c.c. nell'ambito della definizione del fatto tipico del nuovo reato societario pone altresì l'interrogativo circa l'estensibilità o meno della clausola dei vantaggi compensativi contenuta nel comma 3 del medesimo articolo anche in ambito fallimentare.

4.1 Rapporti dell'infedeltà patrimoniale con il reato di cui all'art. 223, comma 2, n. 1 l.f.

L'art. 4 D.Lgs. 11 aprile 2002, n. 61 ha introdotto il delitto di infedeltà patrimoniale tra i reati societari richiamati dall'art. 223, co. 2, n. 1 l.f. Pertanto, qualora la commissione del reato di cui all'art. 2634 c.c. abbia determinato o concorso a cagionare il dissesto della società, gli amministratori potranno essere puniti esclusivamente per il delitto di bancarotta fraudolenta societaria.

Detta circostanza determina la realizzazione di un autonomo titolo di reato⁵⁹¹, e non un concorso di reati o un'ipotesi aggravata⁵⁹² del delitto di infedeltà patrimoniale, in quanto la norma fallimentare nel definire la fattispecie penalmente sanzionata non si riferisce agli articoli di legge integrativi del precetto penale con il termine "reati" ma impiega espressamente il sostantivo "fatti". Ciò, come sostenuto da autorevole dottrina,

«sta ad indicare che le violazioni delle disposizioni penali societarie, richiamate nella norma fallimentare, devono essere considerate come fatti integranti il precetto di un'autonoma figura criminosa e non già come reati più gravemente sanzionati per la sopravvenienza della procedura concorsuale»⁵⁹³.

Peraltro, come sostiene l'A. appena citato, è connaturale alla natura del diritto fallimentare che, a seguito dell'intervento della sentenza dichiarativa di fallimento, i fatti ad essa anteriori siano suscettibili di assumere connotati e qualificazioni autonome e distinte.

Tuttavia, se da un lato è stata accolta con plauso la scelta di inserire il delitto di infedeltà patrimoniale fra quelli suscettibili di integrare la c.d. bancarotta impropria (in quanto

⁵⁹¹ Al riguardo, prima della riforma, dottrina e giurisprudenza prevalente la consideravano un titolo autonomo di reato. Cfr. G. CASAROLI, *sub art. 223 l.f.*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, diretto da A. MAFFEI ALBERTI, 3° ed., Padova, 1991, p. 701; U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, 4° ed., Milano, 1991, p. 402; C. PEDRAZZI, *Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte generale e reati fallimentari*, cit., p. 169 e in giurisprudenza Cass. Pen., Sez. I, 1 gennaio 2001, n. 4356.

⁵⁹² Altra dottrina propende per l'individuazione di una circostanza aggravante ritenendo che la sentenza dichiarativa di fallimento non concorra ad integrare la fattispecie delittuosa ma si limiti a determinare esclusivamente un inasprimento della pena A. MELCHIONDA, *Appunti sulla circostanza aggravante di cui all'art. 223 comma 2 l. fall.*, in *Giur. Comm.* 1981, , p. 160 e, in giurisprudenza, App. Milano, Sez. II, 10 febbraio 1992, De Luca, in *Riv. Trim. dir. Pen. econ.*, 1992, p. 1208).

⁵⁹³ C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., p. 306 il quale precisa «(...) nell'ipotesi di falso in bilancio seguito dal fallimento della società, non si considera il reato di false comunicazioni sociali per punirlo più gravemente, bensì il "fatto" della falsificazione. Ed ancora, nell'ipotesi di infedeltà patrimoniale seguita dal fallimento, è il "fatto" così come descritto nell'art. 2634 c.c. a venire in considerazione».

trattasi di una condotta atta a determinare un depauperamento del patrimonio sociale), dall'altro la dottrina si è divisa sull'entità e la portata del richiamo operato dalla L.F.

Alcuni autori, infatti, hanno ritenuto che il richiamo al “*fatto*” di reato non determini una perdita di identità dello stesso e, conseguentemente, per l'integrazione della fattispecie fallimentare si dovrà verificare a monte la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi del “*fatto*” di reato dalla stessa richiamato⁵⁹⁴ nonché, quale elemento ulteriore, il rapporto di quest'ultimo con il dissesto della società, che la condotta infedele deve aver “*cagionato o concorso a cagionare*”⁵⁹⁵.

Di contrario avviso altra parte della dottrina⁵⁹⁶ la quale ritiene che il richiamo al “*fatto*” operato dalla norma fallimentare debba essere interpretato come un mero rinvio al fatto umano nel suo aspetto storico e materiale e, quindi, riferito ai soli requisiti oggettivi ossia alla condotta, all'evento, al nesso di causalità, ai presupposti della condotta e all'oggetto materiale su cui la stessa deve ricadere, escludendo qualsiasi ulteriore estensione agli elementi che concorrono a integrare il reato in quanto, diversamente, il legislatore avrebbe dovuto riferirsi al “*reato*” e non, come avvenuto, al “*fatto*”.

⁵⁹⁴ In questo senso P. DE ANGELIS, *Abuso di gestione e responsabilità penale degli amministratori*, Milano, 2011, p. 79 il quale precisa che «(...) è opportuno notare, come sottile ma non irrilevante differenza terminologica, che il rimando non è al reato societario ma al fatto di reato societario, come recita testualmente la norma dell'art. 223, secondo comma, n. 1 l.fall., circostanza che determina che l'espressione “fatti previsti dagli artt.”, con il rinvio alle norme sui reati societari, contenuta nell'art. 223, secondo comma, n. 1 l. fall., vada riferita non alla mera condotta materiale considerata dalle norme in oggetto del rinvio, ma all'intera fattispecie incriminatrice». Dello stesso avviso C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., p. 313 il quale sostiene «(...) anche il delitto di infedeltà patrimoniale, allorchè entra nella tipologia della bancarotta fraudolenta per effetto del fallimento della società danneggiata dalla condotta infedele dei suoi amministratori, non perde la sua identità e, pertanto, quale elemento costitutivo della figura delittuosa descritta dalla norma penale fallimentare, dovrà essere integrato con tutti i requisiti essenziali sia oggettivi che psicologici, così come disegnati dalla relativa norma incriminatrice. Le condotte di infedeltà dovranno perciò essere caratterizzate sia dal dolo specifico (di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o altro vantaggio), sia dal dolo intenzionale (di cagionare alla società un danno patrimoniale). Inoltre, il dissesto della società dovrà essere stato causato dal compimento di un atto di disposizione di beni sociali da parte del soggetto che si trova in posizione apicale ed in conflitto di interessi con la società. È la stessa tecnica di formulazione della norma a confermare questa conclusione: l'espressione “fatti”, invero, non può che evocare la sussistenza del reato, come insieme di tutti gli elementi descritti dal legislatore nell'ambito di una singola norma incriminatrice, all'interno della quale rilevano anche le ricche forme di dolo richieste dalla legge». La stessa impostazione è accolta anche dalla giurisprudenza per la quale si può vedere Cass. Pen., Sez. V, 23 aprile 2003, n. 23236.

⁵⁹⁵ Cfr. Cass. pen., Sez. V, 7 aprile 2017, n. 17819 secondo la quale una condotta pacificamente sussumibile nel delitto di infedeltà patrimoniale non può essere ricondotta anche alla fattispecie di bancarotta fraudolenta impropria di cui all'art. 223, comma 2, n. 1 l.f. in mancanza della prova che la stessa abbia «*cagionato, o concorso a cagionare, il dissesto della società*» o che la stessa possa qualificarsi come ipotesi di bancarotta prefallimentare per distrazione a norma dell'art. 216, n. 1 in mancanza della prevedibilità dello stesso al momento dell'azione.

⁵⁹⁶ Di quest'orientamento sono, tra gli altri, G. SCHIAVANO, *La nuova bancarotta fraudolenta societaria*, in *Riv. Trim. dir. Pen. econ.*, 2003, p. 258 ss.

Le diverse impostazioni circa la portata, più o meno estensiva, del richiamo contenuto nella norma fallimentare al “*fatto*” di reato determinano significative differenze anche sull’estensibilità o meno della clausola dei vantaggi compensativi alla bancarotta per infedeltà patrimoniale allorquando il fallimento coinvolga un soggetto giuridico inserito all’interno di un gruppo societario.

Al riguardo, infatti, quella parte della dottrina secondo la quale il richiamo della norma fallimentare deve intendersi al “*fatto*” di reato nel suo complesso, comprensivo di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie (siano essi di carattere oggettivo o soggettivo), non fatica ad accettare l’inclusione, all’interno della fattispecie fallimentare, anche della clausola dei vantaggi compensativi.

In particolare si è sostenuto

«la problematica concernente l’estensione dell’ambito di operatività della clausola dei vantaggi compensativi appare più agevole: il riferimento non già al reato ma al “fatto – reato” di infedeltà patrimoniale impone, come si è già visto, di considerare il complesso di tutti gli elementi – oggettivi e soggettivi – rilevanti ai fini della ricorrenza del reato. Fra questi, v’è anche la regola dei vantaggi compensativi enunciata nell’art. 2634, comma 3, c.c. concorrendo questa a delineare la nuova fattispecie di infedeltà e di cui, pertanto, si dovrà tener necessariamente conto per la punibilità dell’agente. Con la conseguenza, quindi, che, in presenza di vantaggi compensativi, quell’atto distruttivo dannoso che ha causato il fallimento della società, non potrà dar vita al reato di bancarotta societaria fraudolenta *ex* art. 223, comma 2, l.f.; né l’agente potrà rispondere di altra forma di bancarotta se non ha posto in essere altra diversa condotta, penalmente rilevante per tale ultima norma »⁵⁹⁷.

Maggiormente problematico è, invece, il caso in cui non venga integrato il fatto di cui all’art. 2634 c.c. ma la bancarotta sia conseguenza di un atto di disposizione dannoso che ha determinato il dissesto della società, perfezionando così le fattispecie di cui all’art. 223, comma 2, n. 2 l.f. (bancarotta fraudolenta con dolo o per effetto di operazioni dolose) o all’art. 223, comma 1, l.f. (bancarotta per distrazione o dissipazione).

Al riguardo si rileva che la bancarotta fraudolenta per effetto di operazioni dolose è una fattispecie che è stata oggetto di forti critiche da parte della dottrina per la sua portata assai ampia, determinata da una formulazione generica ed indeterminata atta a ricomprendere non soltanto i “fatti” di reato di cui all’art. 223, comma 2, n. 1 l.f. «(...) *ma anche ogni altro reato e, soprattutto ogni possibile abuso sul patrimonio sociale,*

⁵⁹⁷ C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., p. 315.

anche se penalmente irrilevante, purchè, tuttavia, ricollegabile causalmente al dissesto»⁵⁹⁸.

Ne consegue che la norma di cui all'art. 223, comma 2, n. 2 l.f., per la sua più ampia portata, deve ritenersi generale rispetto a quella prevista dall'art. 223, comma 2, n. 1 l.f. che contiene una pluralità di elementi specializzanti rispetto alla prima; qualora non sussistano tutti gli estremi richiesti dall'art. 2634 c.c. per la configurazione del reato di bancarotta fraudolenta societaria, potrebbero residuare ipotesi marginali in cui le medesime condotte comunque assumerebbero rilievo penale come operazioni dolose integratrici del reato di cui all'art. 223, comma 2, n. 2 l.f.

Onde stabilire l'applicabilità della clausola dei vantaggi compensativi anche a tale ultima fattispecie deve rilevarsi che l'introduzione della stessa con la riforma penale societaria impone all'interprete una previa valutazione circa la volontà del legislatore di introdurre un criterio generale applicabile a prescindere dalla diversità degli interessi tutelati e, perciò, anche con riferimento ai reati fallimentari (dove l'interesse tutelato è la salvaguardia dei creditori sociali seppure originariamente posta a tutela della sola integrità del patrimonio sociale⁵⁹⁹).

A tale domanda la giurisprudenza ha dato risposta negativa⁶⁰⁰ mentre la dottrina propende per una soluzione positiva al fine di evitare un'interpretazione incoerente: le

⁵⁹⁸⁵⁹⁸ C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., p. 317 il quale ricorda la definizione elaborata al riguardo da P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955, p. 379 secondo debba essere ricompreso «(...) qualsiasi atto o complesso di atti, implicanti una disposizione patrimoniale, compiuti dalle persone preposte all'amministrazione della società, con abuso dei poteri o violazione dei doveri inerenti alla loro qualità, con l'intento di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, a danno della società o dei creditori, o anche con la sola intenzione di arrecare un danno alla società o ai creditori» con la conseguenza che, come evidenziato da C. PEDRAZZI, in C. PEDRAZZI – F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in *Commentario Scialoja-Branca – legge fallimentare* a cura di F. GALGANO – art. 216-217, Bologna - Roma, 1995, p. 326-7, «(...) solo l'ancoramento a una patologia di infedeltà può conservare all'incriminazione una plausibile ratio, un fondo di omogeneità con la bancarotta patrimoniale, evitando che il suo perimetro si dissolva nell'indeterminato.»

⁵⁹⁹ In senso contrario si veda Cass. Pen., Sez. V, 16 gennaio 2007, n. 6140 secondo cui la diversità di interessi tutelati (creditori sociali nel reato fallimentare e patrimonio sociale nell'infedeltà patrimoniale) e di soggetti passivi (rispettivamente creditori e società) determina l'inoperatività dei vantaggi compensativi in ambito fallimentare.

⁶⁰⁰ Evidenzia come «(...) è emerso, infatti, un significativo distacco tra le analisi dottrinarie e le valutazioni giurisprudenziali: più propense, le prime, a riconoscere alla norma incriminatrice un proprio autonomo spazio operativo, all'interno di un'area in precedenza occupata dall'appropriazione indebita e dalla bancarotta fraudolenta; molto meno disponibili, le seconde, ad erodere la sfera applicativa delle fattispecie tradizionalmente poste a presidio della tutela del patrimonio, societario o fallimentare» P. DE ANGELIS, *Abuso di gestione e responsabilità degli amministratori*, cit., p. 91. Per una pronuncia giurisprudenziale sul punto si veda Trib. Napoli, Sez. V, 8 aprile 2004, n. 3500, in *Guida al dir.*, 2005, n. 5, p. 63.

due fattispecie (art. 223, comma 2, n. 1 l.f. con riferimento all'art 2634 c.c. e art. 223, comma 2, n. 2 l.f.) sarebbero espressione della medesima *ratio* e volte a tutelare lo stesso bene giuridico, e sarebbe perciò irragionevole estendere l'applicabilità della clausola ad una fattispecie e non all'altra⁶⁰¹.

4.2 Rapporti con il delitto di bancarotta fraudolenta societaria per distrazione.

Il reato di bancarotta fraudolenta per distrazione è incentrato sul concetto, appunto, di “*distrazione*” la cui definizione e individuazione determina, di riflesso, i contorni della fattispecie.

Alcuni Autori⁶⁰² ritengono che la distrazione si abbia quando un bene esca dal patrimonio sociale in assenza di una contropartita economica adeguata, così determinandosi la sottrazione per i creditori.

Altri Autori⁶⁰³, invece, hanno interpretato il concetto di distrazione quale sviamento del bene dalla sua naturale destinazione da individuarsi, in sede fallimentare, nella garanzia di cui all'art. 2740 c.c. per la generalità dei creditori. Tale impostazione comporta che non possa ritenersi *distrattivo* qualsiasi atto che determini una fuoriuscita di beni dal patrimonio sociale con pagamento di adeguato corrispettivo o altro vantaggio di natura economica tale da costituire contropartita.

Anche in giurisprudenza la *distrazione* rilevante ai fini della consumazione del reato di cui all'art. 216, comma 1, l.f. richiamato dall'art. 223, comma 2, n. 2 l.f. è stata ravvisata in casi in cui all'uscita di un bene patrimoniale non ha fatto seguito la corresponsione di un corrispettivo o comunque un'adeguata contropartita di carattere economico⁶⁰⁴ o, nei casi in cui una contropartita vi fosse, l'esame si è incentrato sull'elemento psicologico dell'autore del reato e/o delle circostanze nell'ambito delle quali lo stesso è maturato.

⁶⁰¹ C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., p. 318.

⁶⁰² L. CONTI, *Diritto penale commerciale, I reati fallimentari*, vol II, *I reati fallimentari*, 2° ed., Torino, 1991 e P. NUVOLONE, *Il delitto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955, p. 210 ss. per il quale, tuttavia, è necessario che il comportamento distruttivo abbia determinato quantomeno un aggravamento dello stato di insolvenza.

⁶⁰³ C. PEDRAZZI, in C. PEDRAZZI – F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, cit, p. 56-7

⁶⁰⁴ Cfr. Cass. Pen., Sez. V, 8 novembre 2007, n. 7326 e Cass. Pen., Sez. V, 24 settembre 2003, n. 36629.

In particolare non si può non rilevare che le condotte di natura distrattiva, o comunque suscettibili di determinare una diminuzione della garanzia patrimoniale della società, assumono rilievo allorchè si versi in condizioni di dissesto o comunque tali da poter cagionare un pericolo concreto alle ragioni dei creditori.

Sulla base degli elementi sopra evidenziati sia la dottrina che la giurisprudenza hanno convenuto che tra le due fattispecie di reato non sussista un rapporto di specialità, e che perciò si possa configurare «(...) un'attività distrattiva che non integri l'infedeltà patrimoniale per conflitto di interessi e una condotta di infedeltà patrimoniale che non integri distrazione trattandosi di reati preordinati alla tutela di interessi diversi, l'uno (art. 216 l.f.) i creditori sociali, l'altro (art. 2634 c.c.) il patrimonio sociale» e che, pertanto, il reato di infedeltà patrimoniale può concorrere con il delitto di bancarotta di cui all'art. 223, comma 1, l.f.

Anche nella bancarotta fraudolenta societaria per distrazione, quando la società appartenga ad un gruppo, si pongono ulteriori problematiche circa la corretta delimitazione del concetto di *distrazione*, che può assumere connotati differenti.

Nella disciplina penalfallimentare occorre tenere presente che i gruppi di società sono soggetti ad un impiego, da parte del soggetto che esercita l'attività di direzione e coordinamento, fisiologico o, al contrario, patologico⁶⁰⁵.

Nel primo caso eventuali pregiudizi sopportati da una società appartenente al gruppo sono adeguatamente compensati da contropartite derivanti dall'appartenenza al gruppo, o comunque da effetti positivi.

Nel secondo, invece, si tratta di imprese che pur avendo una soggettività giuridica distinta sono, nella realtà dei fatti, asservite a chi esercita l'attività di direzione e coordinamento quale paravento per effettuare operazioni prive di ogni interesse per la singola società, e viceversa costituenti modalità per la distribuzione e l'allocatione del rischio di impresa (o dei costi) nella società che si intende sacrificare, con evidente pregiudizio per i creditori sociali.

⁶⁰⁵ Al riguardo come sottolineato da E. GIOVANARDI, *Sull'impossibilità di estendere i «vantaggi compensativi» ai reati fallimentari*, in *Cass. pen.*, 2003, 1, p.88 «(...) poiché la valutazione sui vantaggi compensativi richiede un giudizio sugli effetti economici complessivi di operazioni che, immediatamente, appaiono pregiudizievoli, assume rilievo decisivo il contesto economico ed imprenditoriale nel quale l'atto di disposizione si inserisce: il ritorno positivo per la società che ha realizzato l'atto pregiudizievole è strettamente legato all'esistenza di condizioni di fisiologico "benessere o almeno di probabile risanamento, delle società coinvolte"».

Ne consegue, come sostenuto da autorevole dottrina, che l'identificazione di una condotta quale distrattiva o meno non può prescindere dalla valutazione della situazione economico-patrimoniale sia del gruppo che della singola società sacrificata quale elemento discretivo tra lecito ed illecito⁶⁰⁶.

Al fine di verificare l'estensibilità o meno della clausola dei vantaggi compensativi alla fattispecie di cui all'art. 223, comma 1, l.f. e, in generale, al di fuori della sua attuale collocazione normativa, così da escludere l'integrazione di una condotta "distrattiva" allorché l'agente abbia tenuto la condotta nella convinzione, fondata su elementi reali e riscontrabili, che il pregiudizio richiesto alla società sarebbe stato adeguatamente compensato da vantaggi derivanti dall'appartenenza al gruppo tali da elidere il sacrificio sofferto.

Parte della dottrina ha dato risposta positiva a tale interrogativo, così attribuendo alla clausola dei vantaggi compensativi una portata generale tale da operare in qualsiasi ipotesi di appropriazione, a condizione che sia derivato un vantaggio per il gruppo che, a propria volta, abbia ristorato il pregiudizio sofferto in prima battuta dalla società sacrificata la quale, a seguito dell'intera operazione, abbia tratto anch'essa adeguato vantaggio⁶⁰⁷. Alcuni Autori hanno rilevato che lo stesso tenore letterale dell'art. 2634 c.c. dovrebbe far propendere per una soluzione affermativa in quanto la dicitura "in ogni caso", contenuta nell'*incipit* del terzo comma del medesimo articolo e riferita all'ingiustizia del profitto, costituirebbe un dato normativo tale da consentire l'estensione della portata della clausola in esame anche oltre il reato di infedeltà patrimoniale ove è stata disciplinata⁶⁰⁸.

La giurisprudenza, al contrario, si è espressa nel senso dell'impossibilità di estendere l'operatività della clausola in esame al di fuori del reato di infedeltà patrimoniale in quanto la tutela apprestata ai creditori sociali da parte del diritto fallimentare prescinde

⁶⁰⁶C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., p. 324-325 rileva che «(...) un ruolo importante nel superamento della liceità delle operazioni infragruppo e nell'attribuzione alle stesse dei connotati della distrazione è svolto dal c.d. "fine di gruppo", che deve animare il gruppo stesso e le società ad esso aggregate: è infatti la corretta gestione unitaria in vista di uno scopo comune a porre al di fuori della bancarotta societaria quelle condotte infragruppo astrattamente riconducibili alla distrazione ma che, in una visione d'insieme del gruppo, finiscono per divenire lecite quando fanno conseguire alla società sacrificata vantaggi economici idonei a neutralizzare gli effetti distrattivi dell'atto.»

⁶⁰⁷E. AMATI, *Infedeltà patrimoniale*, cit. p. 425; A. D'AVIRRO, *L'infedeltà patrimoniale. Art. 2634 c.c.*, cit. p. 145

⁶⁰⁸In questo senso si è espresso M. MASUCCI, *Vantaggi del gruppo e dell'impresa collegata nel governo penale degli abusi di gestione*, in *Riv. Trim. dir. Pen. econ.*, 2005, p. 914.

dai rapporti e dai giudizi comparativi di costi/benefici infragruppo ai quali gli interessi dei primi non possono mai essere subordinati⁶⁰⁹.

Parte della dottrina ha contestato tale impostazione in quanto, così ragionando, il reato fallimentare verrebbe integrato in presenza di un atto di disposizione di beni sociali, che abbia arrecato danno patrimoniale ad una società controllata provocandone il dissesto, anche nell'ipotesi in cui lo stesso risulti compensato da vantaggi conseguiti o fondatamente percepibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo. In questi casi, sostiene l'Autore, si potrebbe escludere la sussistenza del reato fallimentare già sulla base di una corretta interpretazione del concetto di *distrazione* o, al più tardi, escludere l'illiceità della condotta sotto il profilo della colpevolezza.

Utilizzando le parole dell'Autore:

«(...) se la riforma societaria – comprendendo che il vero nodo focale del problema dei gruppi è quello della “responsabilità” – ha pensato bene di rimuovere l'ostacolo rappresentato dall'autonomia patrimoniale delle singole società aggregate in gruppo, contemplando all'art. 2497 c.c. una diretta responsabilità della capogruppo per i danni provocati nell'esercizio della direzione unitaria e di coordinamento (ai soci ed) ai creditori sociali della propria controllata fallita, è del tutto conseguente che anche la clausola dei vantaggi compensativi di cui all'ultima parte del comma 1 dello stesso articolo – introdotta specularmente per paralizzare la responsabilità solidale della holding nei casi ivi contemplati – possa essere estesa all'ambito fallimentare quando non vi è stato abuso di etero direzione. E alle stesse conclusioni deve pervenirsi, sul versante penale, per la clausola di cui al comma 3 dell'art. 2634 c.c., al più tardi sul terreno della colpevolezza. L'aver agito, infatti, con l'intenzione di conseguire vantaggi futuri idonei a compensare il

⁶⁰⁹ Si veda di recente Cass. Pen., Sez. I, 26 ottobre 2012, n. 48327 la quale ha statuito che «*La diversità degli interessi tutelati dalla legge penale fallimentare e dalla nuova disciplina dei reati societari, introdotta dal D.Lgs. 11 aprile 2002, n. 61, impedisce che alla materia fallimentare possa applicarsi la norma prevista dall'art. 2634, comma 3, cod. civ. secondo cui 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 allo stesso gruppo societario. Per questo integra la distrazione rilevante, ex art. 216 e art. 223, comma 1, legge fallimentare bancarotta fraudolenta impropria la condotta di colui che trasferisca, senza alcuna contropartita economica, beni di una società in difficoltà economiche - di cui sia socio ed effettivo gestore ad altra del medesimo gruppo in analoghe difficoltà, considerato che, in tal caso, nessuna prognosi positiva è possibile e che, pur a seguito dell'introduzione nel vigente ordinamento dell'art. 2634, comma 3, cod. civ. la presenza di un gruppo societario non legittima per ciò solo qualsivoglia condotta di asservimento di una società all'interesse delle altre società del gruppo, dovendosi, per contro, ritenere che l'autonomia soggettiva e patrimoniale che contraddistingue ogni singola società imponga all'amministratore di perseguire prioritariamente l'interesse della specifica società cui sia preposto e, pertanto, di non sacrificarne l'interesse in nome di un diverso interesse, ancorché riconducibile a quello di chi sia collocato al vertice del gruppo, che non procurerebbe alcun effetto a favore dei terzi creditori dell'organismo impoverito.*». Per completezza si sottolinea come è stato rilevato da P. DE ANGELIS, *Abuso di gestione e responsabilità penali degli amministratori*, cit., p. 104 che la focalizzazione sul momento consumativo del reato impedirebbe e, quindi, giustificerebbe la rigida impostazione giurisprudenziale che ritiene estranei all'ambito fallimentare i vantaggi compensativi in quanto «*(...) la condotta distrattiva (o l'atto dispositivo) costituisce, nell'ottica penalfallimentare, il momento consumativo del reato, che quindi così si perfeziona, rendendo quindi irrilevanti le vicende successive, anche ove, da esse, derivino forme, dirette o indirette, di ricostruzione del patrimonio, secondo lo schema del vantaggio compensativo.*».

pregiudizio conseguente all'atto di disposizione "incriminato", non può che escludere la configurabilità del dolo di distrazione. (...) Ma già ancor prima, sul piano del fatto e della sua concreta attitudine lesiva, non si profila un'autentica condotta distrattiva, ossia la oggettiva destinazione del patrimonio ad una finalità diversa da quella che esso deve assumere nell'impresa»⁶¹⁰.

L'Autore citato, configurando la clausola dei vantaggi compensativi quale "limite esegetico" della fattispecie, ritiene plausibile l'estensione della stessa anche oltre i limiti di cui all'art. 2634 c.c., come avviene anche per le norme definitorie e per ogni altro limite esegetico all'offesa del bene tutelato dalla norma incriminatrice⁶¹¹.

Tale impostazione condurrebbe ad escludere la sussistenza del reato di bancarotta societaria per distrazione allorchè l'atto distrattivo che ha determinato o concorso a determinare il dissesto sia compensato da altri vantaggi derivanti dall'appartenenza al gruppo, conseguiti o fondatamente prevedibili.

Inoltre, quando la "controprestazione" non sia materialmente venuta in essere anche in conseguenza dell'intervenuto dissesto della società sacrificata residuerebbe, in capo alla controllante, una responsabilità ai sensi dell'art. 2497 c.c. per la lesione cagionata al patrimonio sociale della controllata qualora i beni di questa non fossero sufficienti a tutelare le ragioni dei creditori.

Più di recente anche la giurisprudenza si è espressa in senso favorevole all'estensione della clausola dei vantaggi compensativi alla bancarotta fraudolenta per distrazione

«(...) se da un lato deve escludersi che le condotte materiali descritte dall'art. 2634 c.c. e dall'art. 216, primo comma, n. 1, legge fallimentare, coincidano (...) non può non riconoscersi, sotto altro versante, che la previsione dell'art. 2634, comma 3, c.c. conferisce

⁶¹⁰ In questo senso C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., p. 330-331. Sul punto in senso sostanzialmente conforme si veda P. DE ANGELIS, *Abuso di gestione e responsabilità degli amministratori*, cit, p. 116 il quale commentando Cass. Pen., Sez. V, 17 dicembre 2008, n. 1137 afferma la necessità che la valutazione circa la sussistenza del vantaggio compensativo sia effettuata *ex ante* e, pertanto, non abbia ad oggetto il mero risultato consuntivo dell'operazione ma si ponga «idealmente al momento in cui l'operazione fu compiuta, per verificare quali fossero le prospettive pronosticabili al momento del suo compimento e, di conseguenza, se l'operazione fosse ragionevolmente destinata ad impoverire la società ovvero, in chiave di vantaggio compensativo, ad essere, quantomeno, economicamente non svantaggiosa» anche se, così ragionando, come rileva l'A. più che applicabilità della clausola dei vantaggi compensativi si deve rilevare l'assenza di una vera e propria condotta distrattiva «se (...) l'effettività della distrazione può essere esclusa dalla individuazione di uno specifico vantaggio per la società che abbia compiuto l'atto di disposizione, ciò significa solo che quell'atto non era una distrazione perché, se lo fosse stata, nessuna compensazione con successivi vantaggi si sarebbe potuta realizzare».

⁶¹¹ In senso contrario Cass. Pen., Sez. V, 17 dicembre 2008, n. 1137 statuisce che un'operazione si può configurare come non ingiusta con riferimento al patrimonio sociale in conseguenza di un ritorno compensativo derivante dall'appartenenza al gruppo ma cionondimeno permanga il carattere di ingiustizia con riferimento alla posizione dei creditori sociali i quali non devono soffrire rischi di diminuzione della propria garanzia patrimoniale.

valenza normativa a principi già desumibili dal sistema, in punto di necessaria considerazione della reale offensività della condotta tanto gravemente sanzionata dalle norme fallimentari. Ne segue la necessità di inserire (come è stato rilevato dalla dottrina) il rapporto di gruppo «nella lista delle circostanze da ponderare in sede di verifica della sussistenza della condotta tipica di distrazione, non potendo, in materia, l'analisi giuridica andare comunque distinta dall'analisi economica» della vicenda. Tuttavia proprio il fatto che siffatta analisi ha lo scopo di verificare l'offensività in concreto della condotta rende evidente che non è sufficiente, al fine di escludere la riconducibilità di un'operazione di diminuzione patrimoniale senza apparente corrispettivo ai fatti di distrazione o dissipazione incriminabili, la mera ipotesi di sussistenza di vantaggi compensativi, ma occorre che gli ipotizzati benefici indiretti della fallita risultassero non solo effettivamente connessi ad un vantaggio complessivo del gruppo ma altresì idonei a compensare efficacemente gli effetti immediatamente negativi dell'operazione compiuta: in guisa tale da non renderla capace di incidere (perlomeno nella ragionevole previsione dell'agente) sulle ragioni dei creditori della società»⁶¹².

⁶¹² In questo senso Cass. Pen., Sez. V, 7 novembre 2006, n. 36764, in *Riv. it. Dir. e proc. pen.*, 2007, p. 424 con nota di C. BENUSSI il quale rappresenta come la presente pronuncia si ponga in rapporto di sostanziale continuità con altro precedente arresto giurisprudenziale – Cass. Pen., Sez. V, 18 marzo 2005, n. 10688 – che affrontando il tema della riforma del diritto societario ha determinato un radicale superamento delle statuizioni consolidate in epoca antecedente alla riforma del diritto societario operate dal D.Lgs. 6/2003, precisando che «(...) è stato dettato un complesso di norme (art. 2497 – 2497 sexies c.c.), dedicate alla «Direzione e coordinamento di società» che, pur non offrendo una nozione di gruppo, ritenuta inadeguata rispetto all'incessante evoluzione della realtà sociale, economica e giuridica (vedi relazione al decreto), tuttavia ne regolamenta «partendo dal fatto obiettivo dell'esercizio di attività di direzione e coordinamento di una o più società da parte di un diverso soggetto» l'attività, con il limite «costituito dal rispetto dei valori essenziali del bene partecipazione sociale», bene che la legge individua nella partecipazione all'esercizio in comune di un'attività economica al fine di dividerne gli utili. Perciò, il momento caratterizzante diviene quello di direzione e coordinamento da parte di una società controllante sulla controllata, inteso come centro autonomo di imputazione, quale sviluppo di un unico disegno imprenditoriale. La riforma ha attribuito specifico rilievo alla «attività di direzione e coordinamento di società», considerandola, in specie, come possibile fonte di responsabilità civile, con ulteriore esplicito riferimento «ma in termini differenziati rispetto alla norma penale» alla teoria dei vantaggi compensativi, prevedendo che «non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento». Invero, la possibilità di riconoscere l'esistenza di un'unica impresa di gruppo e, quindi, di un interesse di gruppo, sovraordinato a quello delle singole società che lo compongono, non comporta automaticamente la piena liceità della direzione unitaria dell'emanazione di direttive di gruppo, con conseguente venir meno dell'autonomia delle singole controllate. Il decreto ha chiaramente evidenziato come l'attività di direzione e coordinamento spetti a società o enti, come sussista sempre la responsabilità del controllante nei confronti dei soci e dei creditori sociali della controllata. Perciò, punto centrale di tale attività diventa la responsabilità (art. 2497 c.c.), per cui le società e gli enti coordinatori, dato che agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio ed altrui, in caso di violazione dei principi di corretta gestione societaria, assumono la diretta responsabilità nei confronti dei soci per il pregiudizio arrecato e nei confronti dei creditori sociali per la eventuale lesione del patrimonio sociale della controllata (...)» la quale, come sostenuto dall'A. «(...) sembra lasciare aperta una strada al riconoscimento dell'estensione della clausola dei vantaggi compensativi sia al reato di bancarotta fraudolenta per infedeltà patrimoniale che a quello di bancarotta fraudolenta per distrazione». Una lettura differente della sentenza appena citata è data da P. DE ANGELIS, *Abuso di gestione e responsabilità penale degli amministratori*, cit. p. 98-99, che invece rileva come la violazione dei principi di autonomia patrimoniale delle singole società il cui interesse deve essere perseguito in via primaria dagli amministratori non possa essere superato dalla sussistenza di un convergente e confliggente interesse di gruppo: «(...) sintomatica di questo atteggiamento è l'opinione, espressa in varie decisioni, che, da un lato, riconosce i riflessi di profonda innovazione sul sistema (e sui precedenti orientamenti) insiti nella riforma, e, dall'altro, riafferma i principi di autonomia delle singole società e l'illiceità di operazioni, anche se infragruppo, di impoverimento di una a vantaggio dell'altra», e prosegue evidenziando come in sostanza la pronuncia si

In altre parole il reato di bancarotta societaria per distrazione dovrebbe ritenersi escluso in tutte le situazioni in cui le condotte infragruppo, seppure a prima vista dannose per la società “*sacrificata*”, siano comunque compensate da contropartite atte a sterilizzare il sacrificio imposto e, conseguentemente, a neutralizzare gli effetti distrattivi dell’atto.

4.3 Il caso A.C. Fiorentina. La posizione della giurisprudenza sui rapporti tra bancarotta fraudolenta societaria per distrazione e da infedeltà patrimoniale.

La sentenza in esame⁶¹³ affronta, con articolata motivazione, le problematiche relative ai rapporti tra infedeltà patrimoniale e appropriazione indebita nonchè, a seguito della dichiarazione di fallimento della società nell’ambito della quale sono state perpetrate le condotte incriminate, i rapporti tra bancarotta fraudolenta societaria per infedeltà patrimoniale (art. 223, comma 2, n. 1 l.f. con riferimento all’art. 2634 c.c.) e bancarotta fraudolenta societaria per distrazione (art. 223, comma 1, l.f.)

Nel caso specifico la Corte di Cassazione è stata chiamata a giudicare in merito alla decisione della Corte d’Appello la quale aveva riqualificato i fatti in bancarotta fraudolenta impropria ai sensi della l.f., art. 223, comma 1 laddove il giudice di prime cure aveva ritenuto la sussistenza del reato di bancarotta fraudolenta impropria da reato societario l.f., ex art. 223, comma 2, n. 1, in riferimento all’art. 2634 c.c. (introdotto dal D.Lgs. n. 61 del 2002).

Le condotte, relative a finanziamenti effettuati dalla A.C. Fiorentina in favore di altre società del gruppo, erano state contestate, unitamente ad altri reati, inizialmente, a titolo di appropriazione indebita, non essendo intervenuto il fallimento della società. In seguito, dichiarato il fallimento ed intervenuta anche la modifica del diritto penale societario, era stato aperto un nuovo procedimento penale nel quale i fatti in questione apparivano contestati a titolo di bancarotta fraudolenta patrimoniale impropria, ai sensi della l.f., art. 223, comma 1, e a titolo di bancarotta da reato societario ai sensi della l.f., art. 223, comma 2, n. 1, in relazione all’art. 2634 c.c. (reato di infedeltà patrimoniale

ponga in rapporto di sostanziale continuità con i precedenti in materia nonostante “*l’ampia premessa di apertura al nuovo sistema*”. In senso conforme anche V. NAPOLEONI, *Geometrie parallele e bagliori corruschi del diritto penale dei gruppi (bancarotta infragruppo, infedeltà patrimoniale e «vantaggi compensativi»*, cit, p. 3795 il quale ravvisa nella “chiusura” finale, dopo le ampie aperture sulle novità introdotte dalla riforma, un tipico caso di *in cauda venenum*.

⁶¹³ Cass. pen., sez. V, 9 maggio 2012, n. 29036.

introdotto con D.Lgs. n. 61 del 2002, entrato in vigore il 17 aprile 2002). Il Giudice di prime cure aveva ritenuto la sussistenza del reato di bancarotta fraudolenta societaria da infedeltà patrimoniale poiché non si era «in presenza di attività distrattive, ma dispositive in quanto regolarmente contabilizzate» e, conseguentemente, fosse da «escludere la configurabilità della ipotesi generale di bancarotta impropria di cui alla l.f., art. 223, comma 1».

Anche con riferimento alla problematica circa l'estensibilità della clausola dei vantaggi compensativi il Tribunale, premettendo che nel caso di specie potesse riconoscersi la qualità di "gruppo" (ex. art. 2359 c.c., e D.L. n. 270 del 1999, art. 8) alle tre società interessate e unificate sotto il profilo partecipativo dalla persona dell'azionista di maggioranza o unico,

«(...) riteneva che non ricorresse l'ipotesi del vantaggio compensativo per la Fiorentina calcio poiché il profitto che si profilava era tutto ed esclusivamente nell'interesse delle beneficiarie dei finanziamenti che erano in situazione di precarie condizioni finanziarie e di impellente necessità di procurarsi liquidità. La società Fiorentina calcio, dal canto suo, essendo parimenti in situazione di crisi finanziaria, non avrebbe avuto un vantaggio né immediato né prevedibile dalla operazione in questione, ma solo un evidente e preveduto danno legato al prosciugamento di liquidità, dovendosi anche tenere conto che nel suo oggetto sociale non era prevista l'attività di finanziamento a terzi».

Nel caso di specie, peraltro, non soltanto non era stata fornita la prova circa la prevedibilità di vantaggi concreti e fondatamente prevedibili dall'appartenenza al gruppo ma, al contrario, ricorreva addirittura la prova positiva che le operazioni di finanziamento erano state poste in essere non nella previsione di vantaggi compensativi ma solo ed esclusivamente per coprire rilevanti ed impellenti necessità finanziarie di altre società del gruppo.

La Corte d'Appello, condivisa la sussistenza di un gruppo societario, perveniva a soluzioni analoghe con riferimento al tema dei "vantaggi compensativi" e, di conseguenza,

«ha escluso che ricorresse tale fattispecie posto che il trasferimento di risorse ad una società del gruppo, specie se in difficoltà finanziarie, non può di per sé costituire attività di utile gestione per la società depauperata e quindi è da ritenere, come ha fatto la giurisprudenza, tale da integrare la ipotesi di bancarotta per distrazione anche prima ed a prescindere dalla verifica della sussistenza della nuova fattispecie dell'art. 2634 c.c. Infatti, il finanziamento ad altra società del gruppo non è compensabile da altri vantaggi, per il creditore della prima, il quale, in caso di fallimento, non può rivalersi dei suoi crediti, inseguendo i beni ceduti ad altra società, dotata di autonoma personalità giuridica. (...) la valutazione della utilità della operazione per la società depauperata è da effettuarsi con prognosi postuma (ex

ante), resta il fatto che tale prognosi deve comunque essere effettuata e in termini di concreta positività».

Sempre con riferimento ai vantaggi compensativi la Corte ha rilevato la totale mancanza «di un piano industriale nel quale le operazioni di cui alla imputazione potessero iscriversi e che tornasse a vantaggio della concedente» e, a seguito dell'analisi delle singole operazioni ha rilevato che non soltanto non si potesse accogliere la prospettazione difensiva secondo cui le stesse fossero destinate a produrre vantaggi che si sarebbero riflessi anche sulla società apparentemente sacrificata ma che fosse stata raggiunta «la prova positiva che le operazioni c.d. di finanziamento in favore di Fin Ma Vi, come dell'altra società del gruppo, mai avrebbero potuto avere un ritorno vantaggioso per la Fiorentina Calcio dal momento che erano preordinate esclusivamente a risolvere esigenze finanziarie impellenti delle beneficiarie. (...) agì in conflitto di interessi in relazione a tutte le tre operazioni descritte nelle imputazioni».

La Corte d'Appello riteneva integrato anche l'elemento soggettivo del reato essendo superflua «(...) l'indagine sul dolo intenzionale dal momento che la fattispecie giuridica applicata era quella della l.f., art. 223, comma 1, norma che in base alla consolidata giurisprudenza di legittimità prevede la responsabilità per l'attività distrattiva in base al successivo evento della dichiarazione di fallimento e quindi a prescindere dalla prevedibilità che la distrazione stessa possa causare una situazione di dissesto».

Avverso la sentenza della Corte d'Appello hanno proposto ricorso gli imputati e la parte civile con numerosi ed articolati motivi la cui esposizione, in questa sede, verrà limitata agli aspetti di rilievo sulle problematiche oggetto di analisi, e in particolare: **i)** al rapporto tra i reati di bancarotta fraudolenta societaria per distrazione di cui gli artt. 216, 223, comma 1 l.f. e di bancarotta fraudolenta societaria da infedeltà patrimoniale di cui all'art. 223, comma 2, n. 2 l.f con riferimento all'art. 2634 c.c.; **ii)** all'operatività o meno della clausola dei vantaggi compensativi nell'ambito dei reati di bancarotta.

Per quanto qui di rilievo, è stata contestata la erronea ricostruzione delle fattispecie con riferimento agli artt. 223, commi 1 e 2 l.f.

Infatti, la Corte d'Appello avrebbe impiegato quale criterio discrezionale per l'individuazione dell'una o dell'altra ipotesi di cui all'art. 223 l.f. la riferibilità o meno dell'atto di gestione all'oggetto sociale della società amministrata con la conseguenza, come affermato dalla difesa degli imputati, che verrebbe di fatto abrogata la nuova

figura di bancarotta da reato societario di cui al comma 2, n. 1, l.f. in quanto «ogni operazione infedele è necessariamente estranea all'oggetto sociale perchè contraria agli interessi economici della società gestita». Ne consegue, nella prospettazione difensiva⁶¹⁴, che il criterio formale (del rientrare o meno, cioè, l'operazione nell'oggetto sociale) non può essere ritenuto idoneo a qualificare una operazione ai sensi della l.f., art. 223, comma 1 in quanto, così operando, ne deriverebbe un'evidente e ingiustificata disparità di trattamento rispetto a quelle altre operazioni che -pur rispettando il criterio formale- si trovino in oggettivo e concreto contrasto con gli interessi patrimoniali dei soci. Si dovrebbe quindi optare per una valutazione di carattere sostanziale volta ad accertare se la condotta determini o meno una autentica sottrazione di beni, perchè in tale ipotesi l'atto non potrebbe avere alcun senso "gestionale". Sarebbe, pertanto, corretta l'interpretazione del giudice di prime cure il quale aveva ritenuto l'atto non spoliativo o distrattivo ma semplicemente dispositivo del patrimonio sociale⁶¹⁵ e, conseguentemente, sussumibile nella fattispecie di cui all'art. 223, comma 2, l.f.⁶¹⁶

⁶¹⁴Secondo la ricostruzione difensiva, infatti, «(...) l'innovazione normativa dovuta alla introduzione del vigente testo dell'art. 2634 c.c., è servita a distinguere dai detti atti predatori - rimasti colpiti dalla L. Fall., art. 223, comma 1 - i diversi atti che invece sono di gestione del patrimonio sociale e che hanno un senso economico per l'impresa. Per questi ultimi il legislatore del 2002 ha inteso prevedere il rilievo penale (...) solo quando siano dannosi per la società, siano in rapporto causale col dissesto e siano stati concepiti e voluti in tale ottica dall'amministratore. Anche la giurisprudenza della Cassazione ha espresso principi conformi a tale impostazione poichè ha escluso che fosse configurabile un'attività distrattiva quando l'atto di gestione appariva proiettato ad un esito favorevole e profittevole, e ciò anche se poi si fosse risolto in un danno». Sempre nella ricostruzione difensiva si rileva come il criterio della "estraneità delle operazioni contestate all'oggetto sociale" sarebbe in contrasto anche con gli insegnamenti della Corte di cassazione formati, già prima della riforma del diritto societario, con riferimento al delitto di appropriazione indebita di cui all'art. 646 c.p.c. il relazione al quale la giurisprudenza aveva escluso la configurabilità di attività distrattiva ed appropriativa in senso stretto tutte le volte in cui una erogazione di danaro, pur compiuta in violazione delle norme organizzative della società, tuttavia rispondeva ad un interesse riconducibile anche indirettamente all'oggetto sociale (Cass. pen., sez V, 31 gennaio 1998, n. 1245).

⁶¹⁵ Sul punto, come rilevato dalla difesa, vi è un contrasto interno alla giurisprudenza di legittimità in quanto un primo orientamento sostiene che fra le due fattispecie fin qui considerate debba ravvisarsi il *concorso formale* (cfr. Cass. pen., Sez. V, 5 marzo 2008, n. 13110 e Cass. pen., Sez. V, 16 gennaio 2007, n. 6140); e un secondo che le due fattispecie si porrebbero in un rapporto di *concorso apparente*, facendo peraltro affluire comunque all'area della bancarotta di cui al comma 1 l'operazione che dia luogo ad un disegno imprenditoriale solo fittizio (Cass. pen., sez. V, 15 febbraio 2008, n. 7326); e infine, un terzo indirizzo che pone come spartiacque il criterio della riferibilità - o meno - dell'atto infedele all'oggetto sociale, ma inteso questo in senso sostanziale (Cass. Pen., sez. V, 22 febbraio 2007, Pollice).

⁶¹⁶ Sostanzialmente conforme il ricorso del coimputato il quale eccepisce che «(...) la Corte avrebbe omissso di individuare correttamente i caratteri salienti che distinguono l'atto "distrattivo" che caratterizza la bancarotta fraudolenta per distrazione di cui all'art. 223, comma 1 l.f., dall'atto "dispositivo" che invece connota il comportamento ex art. 2634 c.c., a sua volta richiamato dall'art. 223, comma 2, l.f.". Infatti, ripercorrendo il dibattito dottrinale e giurisprudenziale inerente il rapporto tra reato societario ex art. 2634 c.c. e appropriazione indebita ex art. 646 c.p., la difesa sottolinea come il primo sia nato per coprire aree di aggressione al patrimonio sociale non adeguatamente tutelate dall'art. 646 c.p., mentre l'ambito di applicabilità della appropriazione indebita è rimasto quello dell'acquisizione del bene

E' stata altresì contestata l'erronea interpretazione dell'art. 223 l.f., e art. 2634 c.c., con riferimento alle operazioni infragruppo e alla nozione di vantaggi compensativi in quanto la condotta di "distrazione" ai fini del reato di bancarotta non può prescindere dalla analisi economica del comportamento in esame, finalizzato a verificare la offensività dello stesso e quindi il rapporto di gruppo, in base all'art. 2634 c.c., comma 3, deve trovare uno spazio nella disamina della condotta⁶¹⁷.

La sentenza in commento affronta preliminarmente le tematiche:

«(...) come si debba risolvere il rapporto fra il reato di bancarotta per distrazione e quello di bancarotta da reato societario, se cioè come concorso apparente o come concorso effettivo tra le due norme».

«(...) se il criterio della riferibilità dell'atto infedele all'oggetto sociale in senso sostanziale sia quello valido per individuare l'ambito dell'attività di gestione in conflitto di interesse di cui all'art. 223, comma 2, l.f.».

Prima di prendere posizione sull'inquadramento della fattispecie nel reato di cui all'art. 223, comma 2, n. 1 l.f. (soluzione adottata dal giudice di prime cure) ovvero nel reato di cui all'art. 216, 223, comma 1, l.f. (come statuito dalla Corte d'Appello) la Corte di Cassazione ha ritenuto doveroso precisare gli estremi del fatto tipico, individuandolo in «storni di capitale in favore di altre società appartenenti ad un medesimo gruppo, quando sia la società concedente che le beneficiarie versino in gravissime difficoltà economiche e finanziarie, con ulteriore impoverimento della prima, la quale, in seguito, fallisca».

Al riguardo la Corte pur riconoscendo che, nell'ambito dei gruppi di società, il criterio della "conformità" dell'atto dispositivo all'interesse della società che ne rimane

da parte dell'amministratore "come se fosse proprio". In altre parole: «(...)con il nuovo reato ex art. 2634 c.c., si sarebbe enucleato e punito il comportamento che non si estrinseca in una appropriazione definitiva e irreversibile ma consiste nell'uso arbitrario del bene per fini diversi da quelli ai quali era destinato, ossia in un eccesso di potere per sviamento». Il depauperamento del patrimonio dell'ente (elemento comune alle due fattispecie) si caratterizzerebbe nell'infedeltà patrimoniale per la presenza di elementi ulteriori che porrebbero tale fattispecie in rapporto di specialità nei confronti dell'appropriazione indebita in quanto nel primo «(...) l'amministratore si avvale di schemi negoziali tipici della gestione di impresa mentre tale attività negoziale non compare nell'arricchimento personale che caratterizza l'atto appropriativo tout court». Sebbene in passato il concetto di distrazione sia stato ricondotto tanto all'estromissione del bene dal patrimonio senza contropartita quanto alla destinazione del bene ad un fine diverso da quello voluto dal legislatore ed estraneo alla impresa, a seguito della riforma tale interpretazione sarebbe preclusa in quanto essendo stata introdotta una figura di bancarotta societaria diversa da quella del comma 1 occorre dare il dovuto risalto alla differenza tra condotta appropriativa in senso lato e condotta rilevante come bancarotta, ma consistita in atti di abuso di gestione, pur nel comune alveo della nozione di "distrazione".

⁶¹⁷ Cass. pen., sez. V, 24 maggio 2006, n. 36764.

depauperata possa trovare un correttivo in quanto «(...) *mutando le condizioni di esercizio della impresa sociale non può non mutare il parametro di verifica delle convenienza delle singole decisioni*⁶¹⁸» ribadisce come per tale via non si possa mettere in discussione

«il principio della necessaria tutela spettante ai creditori della singola società del gruppo, dichiarata fallita, tutela che non può in alcun modo essere limitata o reinterpretata alla luce dell'interesse del gruppo o di uno dei soggetti del gruppo diverso dalla fallita: e ciò, per l'evidente ragione che i creditori sociali sono terzi rispetto alla singola società e sono portatori dell'interesse all'integrità del patrimonio sociale su cui vantano le proprie pretese (...)».

Così impostata la problematica si risolve in una mera operazione matematica nell'ambito della quale la legittimità dell'operazione temporaneamente svantaggiosa per la società sacrificata è condizionata alla verifica della sussistenza di un “*saldo finale positivo delle operazioni compiute nella logica e nell'interesse del gruppo*” e, poichè «*la prova degli ipotizzati benefici indiretti, connessi al vantaggio complessivo del gruppo, e la loro idoneità a compensare efficacemente gli effetti immediatamente negativi dell'operazione compiuta non può restare nel limbo delle presunzioni connesse alla esistenza del gruppo*», il relativo onere⁶¹⁹ incombe sul soggetto che ha interesse all'applicazione della clausola.

Con riferimento alla problematica circa l'idoneità o meno di un criterio formale quale la conformità all'oggetto sociale a fungere da elemento discretivo tra le due fattispecie di bancarotta la Corte di cassazione, pur dimostrando la propria propensione per una

⁶¹⁸La Corte sottolinea come tale indirizzo interpretativo si sia già da tempo formato in seno alla giurisprudenza civile della Corte di Cassazione la quale affrontando la tematica dei vantaggi compensativi aveva rilevato che la stessa «*definendo in negativo uno degli elementi costitutivi dell'illecito, concorre comunque a tracciare i confini del fatto tipico* (Cfr. Cass. civ., sez. I, 24 agosto 2004, n. 16707) ». e come anche la giurisprudenza di legittimità in sede penale, all'esito del riconoscimento giuridico dei gruppi anche in sede civile ad opera della riforma del 2003, ha riconosciuto il principio secondo cui: «*in tema di bancarotta fraudolenta per distrazione, nel valutare come distrattiva un'operazione di diminuzione patrimoniale senza apparente corrispettivo per una delle società collegate, occorre tenere conto del rapporto di gruppo. Infatti, in tale ottica e salvo il rispetto di tutti i parametri del caso, potrebbe anche ipotizzarsi la esclusione del reato se l'operazione fosse apparsa incapace di incidere sulle ragioni dei creditori della società concedente*» (v. tra le altre Cass. pen., sez. V, 15 febbraio 2008, n. 7326).

⁶¹⁹ Cfr. Cass. pen., Sez. V, 17 dicembre 2008, n. 1137. Al riguardo la stessa Corte sottolinea come tale principio si fosse enucleato anche precedentemente alla riforma la quale aveva apprezzato l'elemento mediante l'esclusione del criterio dell'offensività alla condotta distrattiva infragruppo alla quale faceva da contraltare una seria contropartita (Cfr. Cass. pen., sez. V, 1° luglio 2002, n. 29896 o, ancora, Cass. pen., sez. V, 6 ottobre 1999, n. 12897 nella quale si affermò, sempre in tema di bancarotta fraudolenta, che costituiscono fenomeni di dissipazione o distrazione del patrimonio societario i finanziamenti a società collegate, se non avvengono in cambio di adeguata contropartita o se non sono assistiti da valide garanzie).

valutazione di carattere sostanziale, rigetta il ricorso rilevando come la Corte d'Appello, pur aderendo alla tesi della estraneità delle operazioni all'oggetto sociale, ha sviluppato in sede motiva una serie di precisazioni dalle quali si evince come il giudizio «(...) *abbia avuto come presupposto certamente una nozione di conformità delle operazioni all'oggetto sociale in senso sostanziale e non solo formale, e cioè come complesso programma imprenditoriale rispetto al quale non avrebbero potuto ritenersi estranee operazioni finanziarie volte a promuovere, in tutte le forme possibili, la attività calcistica e la sua diffusione anche sui media*».

La Corte, infine, prende posizione sul rapporto che intercorre tra la bancarotta fraudolenta societaria per infedeltà patrimoniale (art. 223, comma 2, n. 1 l.f. con riferimento all'art. 2634 c.c.) e la bancarotta fraudolenta societaria per distrazione (art. 216, 223, comma 1, l.f.) manifestando la propria adesione all'orientamento secondo il quale non possa venire meno *«la seconda e generale fattispecie quando, per la impossibilità di configurare un interesse imprenditoriale o finanziario della fallita alla operazione che l'aveva depauperata, la operazione possa e debba essere considerata "distrazione"»*, e rilevando come, nel caso di specie, l'assoluta estraneità degli atti dispositivi/distrattivi all'interesse della società, pur valutato in un'ottica di gruppo, non possa che portare ad inquadrare gli stessi nell'ambito della bancarotta fraudolenta societaria per distrazione.

La giurisprudenza ha ravvisato un rapporto di specialità reciproca⁶²⁰ anche se parte della dottrina si è espressa in tema di *"interferenza"* con la conseguenza che non sarebbe configurabile il concorso apparente.

Tale soluzione, a giudizio della Corte, sarebbe dirimente nei casi, come quello in esame, in cui gli atti distrattivi/dispositivi si contraddistinguerebbero quali *“operazioni di trasferimento di ricchezza dal carattere marcatamente patologico per la gravità delle condizioni finanziarie di tutte le società coinvolte”* e, quindi, connotato da *"fraudolenza"* verso i creditori sociali.

La Corte rileva come sia proprio la fraudolenza ad

⁶²⁰ In quanto *«(...) è possibile un'attività distrattiva che non integri l'infedeltà patrimoniale per mancanza di conflitto di interessi e una condotta di infedeltà patrimoniale che non integri distrazione trattandosi di reati preordinati alla tutela di interessi diversi, l'uno (art. 216 l.f.) i creditori sociali, l'altro (art. 2634 c.c.) il patrimonio sociale »*.

«assumere carattere di specificazione della prima norma rispetto alla seconda e non, in sé, l'atto dispositivo (quale elemento di presunta specificazione della seconda) posto che la condotta "dispositiva" che integra l'art. 2634 c.c., salvo casi particolari, partecipa della natura "distrattiva" di quella che integra la figura ex art. 223, comma 1, l.f.: in questa infatti, la distrazione non è altro che disposizione deviante dai fini previsti, in alternativa alle figure dell'occultamento, della dissimulazione, dissipazione o distruzione che pure appaiono nello stesso precetto».

In conclusione nella sentenza in esame si esclude che gli atti *distrattivi* atti ad integrare la fattispecie di cui all'art. 223, comma 1, l.f. siano esclusivamente quelli che determinano una irreversibile fuoriuscita del bene dal patrimonio della società poi fallita; mentre si debba ritenersi integrato il reato di bancarotta fraudolenta societaria di cui all'art. 223, comma 2, l.f. nel caso di atti *dispositivi* e devianti rispetto di fini economici e di programma della società che abbiano un carattere depauperatorio⁶²¹.

5. Esportabilità della clausola ad altre fattispecie di reato.

E' dibattuta l'esportabilità o meno della clausola dei vantaggi compensativi ad altre fattispecie incriminatici.

La collocazione sistematica della clausola di esenzione all'interno della disciplina del delitto di infedeltà patrimoniale è indice della volontà del legislatore di riferirla esclusivamente al delitto in questione.

La contraria ipotesi, si sostiene, avrebbe reso necessario formulare una clausola *ad hoc* tale da determinare – con valenza generale – le conseguenze penali derivanti dell'appartenenza di una società ad una comunità allargata⁶²². Tale assunto, isolatamente considerato, non può ritenersi decisivo.

Infatti, il fondamento della clausola è stato ricollegato al riconoscimento espresso delle aggregazioni societarie quale fenomeno caratterizzato dalla compresenza di diverse

⁶²¹ La Corte rileva come una diversa interpretazione si esporrebbe a critiche di legittimità costituzionale alla stregua del parametro di cui all'art. 3 Cost. in quanto l'introduzione della nuova fattispecie di bancarotta societaria operata dalla riforma del 2002 con l'intento di implementare la tutela delle ragioni dei creditori della società fallita finirebbe per portare ad escludere la sussistenza del reato (per la assenza degli ulteriori requisiti normativi, quali la speciale forma di dolo o il nesso eziologico con il dissesto) in casi in cui «la condotta non solo sarebbe compatibile con lo schema della bancarotta fraudolenta societaria per distrazione ma addirittura presenta connotati di maggior disvalore per il fatto che prefigura comportamenti che costituiscono ab origine dei reati societari, come nel caso in cui siano compiuti in conflitto di interessi».

⁶²² V. NAPOLEONI, *Geometrie parallele e bagliori corruschi del diritto penale dei gruppi (bancarotta intragruppo, infedeltà patrimoniale e «vantaggi compensativi»)*, cit., p. 3795 rileva come la «clausola di riconoscimento (della teoria dei vantaggi compensativi) non è strutturata, per vero, in termini di ampia comprensività. Essa alberga, di contro, all'interno di una specifica cornice sanzionatoria (...)».

entità giuridiche coordinate, in vista del perseguimento di un interesse comune, dalla direzione operata da una società *holding* (artt. 2497-2497-*septies* c.c.)⁶²³.

Argomentazioni di carattere storico, secondo altra parte della dottrina, fornirebbero all'interprete indicazioni di segno contrario. La fattispecie di infedeltà patrimoniale è stata pensata (prima) e disciplina (oggi) forme di malversazione di beni sociali in sostituzione di obsolete figure criminose – quali l'appropriazione indebita o il conflitto di interessi – perché l'antecedente assetto penal-societario era caratterizzato da scarsa capacità repressiva in relazione a condotte commesse nell'ambito dei gruppi⁶²⁴.

Il problema dell'estensibilità – quantomeno per via interpretativa – della clausola dei vantaggi compensativi è – come già accennato in precedenza – inscindibilmente connesso all'inquadramento giuridico attribuito alla clausola stessa.

Definita come una mera causa di esclusione della punibilità, la si dovrebbe ritenere circoscritta alla figura di infedeltà patrimoniale (nel seno alla quale il legislatore l'ha prevista) poiché, come norma di carattere eccezionale, è soggetta a regime di stretta interpretazione secondo il disposto dell'art. 14 delle preleggi.

Differenti conclusioni si imporrebbero qualora fosse qualificata come una scriminante. In tale ottica, infatti, il profitto conseguito dall'autore non sarebbe qualificabile come ingiusto (ossia «*non contra jus*»), e perciò, laddove diverse fattispecie incriminatrici richiedano quale elemento costitutivo l'ingiustizia del profitto, se ne dovrebbe escludere la sussistenza allorchè esistano i requisiti disciplinati dalla clausola in esame.

Analogo discorso potrebbe svolgersi qualora la clausola venga configurata come causa di esclusione del dolo specifico⁶²⁵.

⁶²³ Al riguardo E. AMATI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 427 sostiene che «alla luce del combinato disposto delle norme penalistiche e di quelle civilistiche dettate in ordine ai conflitti intragruppo parrebbe legittimo concludere per la valenza generale della causa di esclusione del dolo specifico in esame. Se così non fosse, infatti, si verificherebbe una situazione paradossale: determinati comportamenti (in astratto riconducibili a fattispecie criminose) posti in essere in pregiudizio di una società appartenente al gruppo potrebbero non essere suscettibili di alcuna censura in sede civile (allorchè rientranti nella logica dei vantaggi compensativi di cui all'art. 2497 c.c.) ma essere sanzionati in sede penale. È evidente come una soluzione di questo tipo appaia assolutamente irragionevole in quanto sovvertirebbe completamente il carattere di *extrema ratio* del diritto penale. In altre parole, il medesimo fatto sarebbe irrilevante per il diritto civile ma assumerebbe rilevanza per il diritto penale». Propone una chiave di lettura analoga, anche se in termini esclusivamente ipotetici, L. FOFANI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 2525.

⁶²⁴ Solo sulla scorta di queste considerazioni E. GIOVANARDI, *Sull'impossibilità di estendere i «vantaggi compensativi» ai reati fallimentari*, cit., p. 1359 ss. ritiene che «la peculiarità della clausola dei vantaggi compensativi si possa comprendere appieno, unicamente in relazione al reato che ne è il presupposto e al quale, di conseguenza, è inscindibilmente connessa».

⁶²⁵ Al riguardo E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., pp. 225 e 226 ritiene che «la formula normativa (...) inerisce alla struttura stessa del reato, determinando l'esclusione del dolo specifico» e prosegue

Quanto affermato ha indotto parte della dottrina ad attribuire valenza generale alla clausola di esonero e a trarne rilevanti implicazioni circa la responsabilità degli amministratori in tema di false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622 c.c.), di appropriazione indebita (art. 646 c.p.)⁶²⁶, di bancarotta fraudolenta per distrazione (art. 223 co. 1 l.f.) e di bancarotta societaria (art. 223 co. 2 l.f.)⁶²⁷.

Tuttavia, alle numerose voci favorevoli all'estensione della clausola ad altre fattispecie criminose, fanno da contraltare gli altrettanto numerosi dissensi tanto dottrinali quanto, e forse più, giurisprudenziali.

Le opposizioni più vivaci si sono registrate sul terreno penal-fallimentare allorchè la Suprema Corte ha statuito che

«il vantaggio compensativo che esclude l'ingiustizia del profitto non opera oltre la sfera dell'infedeltà patrimoniale, per la quale è previsto. La bancarotta fraudolenta prescinde dalla considerazione degli interessi del gruppo societario, unitariamente apprezzato: una volta intervenuto il fallimento, viene in evidenza la tutela dei creditori, poiché il fenomeno del collegamento societario non vulnera il principio dell'autonomia soggettiva di ciascuna società facente parte del gruppo. Solo ai fini del reato societario di cui all'art. 2634 c.c. il legislatore impone la valutazione degli interessi antagonisti delle società del gruppo per escludere l'ingiustizia del profitto dell'agente ove il danno della società sacrificata sia compensato da vantaggi conseguiti o fondatamente previsti a vantaggio del gruppo stesso»⁶²⁸.

sostenendo che «l'adesione a tale indirizzo interpretativo dovrebbe pertanto condurre al riconoscimento di una valenza generale della clausola, con conseguente sua possibile estensione ad altre fattispecie penali».

⁶²⁶ In senso affermativo E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., p. 225; E. AMATI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 427; sul fronte giurisprudenziale uno spiraglio in tale direzione sembra potersi rinvenire, anche se all'interno di un'osservazione incidentale, Cass. pen., Sez. V, 24 giugno 2004, n. 30546, in *Foro it.*, 2006, II, p. 56.

⁶²⁷ Così E. AMATI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 427; L. FOFFANI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 2525; N. MAZZACUVA, *Il falso in bilancio*, Padova, 2004, p. 88; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., p. 225.

⁶²⁸ Cfr., Cass. pen., Sez. V, 24 aprile 2003, Tavecchia, in *Riv. pen.*, 2003, p. 992; ad analoga conclusione giunge anche Cass. pen., Sez. V, 5 giugno 2003, n. 36629, cit., p. 1359 ss. secondo la quale «la diversità degli interessi tutelati dalla legge penale fallimentare e dalla nuova disciplina dei reati societari (...) impedisce che alla materia fallimentare possa applicarsi la norma prevista dall'art. 2634 co. 3 c.c.

Analoghe argomentazioni si ritrovano in dottrina. E. GIOVANARDI, *Sull'impossibilità di estendere i «vantaggi compensativi» ai reati fallimentari*, cit., p. 1359 ss. sostiene l'impossibilità di estendere la portata del co. 3 dell'art. 2634 c.c. ai reati di bancarotta sulla base di tre argomentazioni: a) divergenza dell'interesse tutelato dalla norma incriminatrice. Per la sussistenza del reato di bancarotta fraudolenta gli interessi del gruppo societario unitariamente considerato sarebbero irrilevanti: nel momento in cui interviene il fallimento gli unici interessi da tutelare sarebbero quelli dei creditori e, pertanto, qualsiasi operazione pregiudizievole integrerebbe la fattispecie a nulla rilevando eventuali rapporti compensativi; b) differente momento consumativo. Nella bancarotta fraudolenta per distrazione coincide con il compimento dei singoli atti dispositivi: eventuali e successive reintegrazioni del patrimonio – quali sono appunto i vantaggi compensativi derivanti dall'appartenenza al gruppo – interverrebbero quando il reato sarebbe già da considerarsi perfetto; c) ontologica difformità fra le due incriminazioni sotto il profilo dell'evento di danno: si tratterebbe di un elemento superfluo per la configurazione della bancarotta fraudolenta pacificamente ritenuta un reato di pericolo. La delimitazione del danno tramite la

Sulla scorta della decisione poc'anzi citata – sintomatica di un orientamento giurisprudenziale consolidato – si deve escludere l'applicabilità dell'esimente di cui al co. 3 dell'art. 2634 c.c. a fattispecie diverse da quella per cui è stata specificamente prevista.

La soluzione è stata oggetto di forti critiche in dottrina poichè foriera di palesi disparità di trattamento per situazioni analoghe sotto il profilo oggettivo, con particolare riferimento alla bancarotta societaria derivante da una condotta di infedeltà⁶²⁹.

La stessa condotta di infedeltà – penalmente irrilevante a norma della clausola di cui al co. 3 – per il solo intervento della dichiarazione di fallimento esigerebbe una (nuova) risposta sanzionatoria⁶³⁰.

All'assunto della Suprema Corte («il vantaggio che esclude l'ingiustizia del profitto non opera oltre la sfera dell'infedeltà patrimoniale, per il quale è previsto») si ribatte sostenendo che siffatte conclusioni sono in aperto contrasto con la tipologia della bancarotta fraudolenta societaria.

Il reato societario, entrando nell'orbita della bancarotta impropria, manterrebbe la sua autonomia e identità sia sul versante oggettivo che su quello soggettivo⁶³¹: il richiamo ai «fatti» contenuto nell'art. 223 co. 2 l.f. dovrebbe essere inteso nell'accezione di fatto di reato piuttosto che come fatto storico e, pertanto, porterebbe con se tutte le sue caratteristiche.

Tra queste – limitando l'indagine alla tematica di cui si discorre – dovrebbe essere ricompreso anche «il vantaggio compensativo di gruppo che escludendo l'ingiustizia del profitto, richiesta a livello di dolo specifico, attiene all'elemento soggettivo del reato di infedeltà patrimoniale»⁶³².

(ri)definizione del profitto ingiusto non potrebbe in alcun modo rilevare ai fini del reato di bancarotta fraudolenta il quale non lo richiede come elemento costitutivo».

⁶²⁹ Sostiene tale posizione E. AMATI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 427.

⁶³⁰ Con la conseguenza rilevata da G. BERSANI, *Operazioni intragruppo e vantaggi compensativi nel diritto penale societario e fallimentare*, cit., p. 6626 ss. che, «paradossalmente, proprio quando gli interessi dei soci e dei creditori sono stati ormai irrimediabilmente pregiudicati, gli stessi tornano ad essere nuovamente tutelati, seppure in modo parziale e indiretto, con la previsione della sanzione prevista dalla legge fallimentare» e auspica, sul punto, un intervento legislativo.

⁶³¹ F. MUCCIARELLI, *Aggiotaggio*, in *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, p. 444.

⁶³² In questi termini A. D'AVIRRO, *L'infedeltà patrimoniale. Art. 2634 c.c.*, cit., p. 146 precisa: «è chiaro che il riferimento dell'art. 223 II c. n. 1 l. fall. ai «fatti» previsti dai reati societari sta a significare fatto tipico nel suo profilo oggettivo e soggettivo. Il vantaggio compensativo tra gruppi, afferendo al dolo specifico in quanto esclude l'ingiusto profitto, può essere legittimamente invocato al fine di escludere la responsabilità per bancarotta fraudolenta impropria, perché fa venir meno, per difetto dell'elemento

Come puntualmente ricordato da alcuni, e pur non dovendosi escludere in radice l'operatività della clausola in esame anche in relazione ai reati fallimentari, le possibilità pratiche di siffatta estensione sono fortemente ridimensionate dal recente intervento del legislatore, adoperatosi per eliminare alcune incongruenze in materia.

Tra le modifiche è di indubbia rilevanza la previsione espressa, quale indispensabile requisito di raccordo tra reato societario e disposizione fallimentare, di un nesso eziologico tra il fatto di reato (nella specie, il reato societario di infedeltà patrimoniale) ed il dissesto cui consegue la dichiarazione di fallimento e l'intervento repressivo⁶³³.

In realtà è stato rilevato⁶³⁴ come il dissesto, quale evento del reato, deve necessariamente essere preveduto e voluto come conseguenza del fatto di cui all'art. 2634 c.c. e, pertanto, pensare che possa sussistere una fondata prevedibilità di vantaggi compensativi *«appare ipotesi più teorica che reale a fronte di una concreta prospettiva di dissesto come diretta conseguenza del medesimo atto»*.

Nella propria giurisprudenza più recente la Corte di Cassazione ha manifestato una maggiore apertura circa la possibilità di estendere l'operatività della clausola anche con riferimento ai reati fallimentari⁶³⁵.

Al riguardo, però, l'esigenza di tutela dei creditori sociali della società fallita impone l'adozione di criteri particolarmente rigorosi nella valutazione circa la reale esistenza e significatività dei vantaggi compensativi a tal punto che, in sede applicativa, l'operatività della clausola e, conseguentemente, l'esclusione della responsabilità penale non viene di fatto (quasi) mai riconosciuta⁶³⁶.

soggettivo, il reato di infedeltà patrimoniale, che mantiene intatta la sua fisionomia anche a seguito delle operazioni di innesto all'interno dell'art. 223 co. 2 l. fall».

⁶³³ La lacuna veniva da tempo denunciata da C. PEDRAZZI, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, 1988, p. 166 il quale oltre a rilevare la «cernita capricciosa» del legislatore in relazione ai reati inseriti all'interno della fattispecie di bancarotta impropria muove severe critiche all'assenza non solo di un nesso eziologico tra i reati societari e il dissesto ma addirittura di una qualsivoglia nesso cronologico fra il reato societario ed il fallimento.

⁶³⁴ L'espressione è di C. PEDRAZZI, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, cit., p. 166 il quale rileva che «più si approssima la situazione di decozione meno potrà essere ritenuto fondato l'affidamento circa il vantaggio compensativo» in quanto «la ragionevolezza dell'atto di disposizione andrà valutata con estremo rigore, rappresentando un'operazione che potenzialmente (e poi concretamente) pregiudica in modo significativo gli interessi della massa dei creditori, dovrà cioè essere un'aspettativa (di vantaggi compensativi) così fondata da portare sostanzialmente ad escludere che l'evento di dissesto pur preveduto sia stato anche voluto».

⁶³⁵ Riconosce l'operatività della clausola dei vantaggi compensativi, espressamente prevista per il reato di infedeltà patrimoniale di cui all'art. 2634 c.c., anche con riferimento ai reati di bancarotta Cass. pen., Sez. V, 5 giugno 2013, n. 49787.

⁶³⁶ Cfr. Cass. pen., Sez. V, 2 novembre 2017, n. 50080 secondo cui l'applicabilità della clausola dei vantaggi compensativi ai reati fallimentari presuppone non solo «(...) l'esistenza di un vantaggio

Allo stesso l'onere di allegazione richiesto dalla giurisprudenza in merito ai vantaggi compensativi conseguiti dalla società danneggiata dall'atto dispositivo pregiudizievole che grava sul soggetto che di tale clausola intende avvalersi ne determina la pressoché totale inapplicabilità della stessa⁶³⁷.

In conclusione, quindi, la teoria dei vantaggi compensativi difficilmente potrà spiegare una reale e concreta efficacia in relazione a reati diversi dall'infedeltà patrimoniale e tantomeno potrà essere esportata in territorio penal-fallimentare⁶³⁸.

Volendo trarre alcune (seppur sommarie) conclusioni, potrebbero delinearsi i seguenti punti:

- il dibattito dottrinale è caratterizzato dalla presenza di voci non solo differenti ma spesso in aperto contrasto;
- la giurisprudenza, in principio monolitica e saldamente consolidata nel circoscrivere l'ambito di applicazione della clausola al solo reato di infedeltà patrimoniale in quanto *sedes materiae* elettiva, ha di recente aperto all'ipotesi contraria salvo richiedere un accertamento sul piano concreto tanto incisivo da frustare di fatto l'apertura manifestata;

complessivamente ricevuto dal gruppo a seguito delle operazioni, ma anche l'idoneità dello stesso a compensare efficacemente gli effetti immediatamente negativi cagionati alla società fallita dalle operazioni, in modo che le stesse risultino non incidenti sulle ragioni dei creditori». Sempre con riferimento alla necessità della sussistenza in concreto dei vantaggi compensativi cfr. Cass. pen., Sez. V, 30 giugno 2016, n. 46689 la quale ha statuito che la mera allegazione di un vantaggio compensativo non sia sufficiente ad escludere la natura distrattiva dell'operazione; essendo altresì necessaria «la dimostrazione non solo del compimento dell'operazione in una logica di gruppo, ma anche dell'esistenza di un saldo finale positivo che renda l'operazione stessa soltanto temporaneamente svantaggiosa, e quindi in conclusione non depauperativa, per la società controllata». In senso conforme v. Cass. pen. Sez. V, 20 ottobre 2017, n. 48354 e Cass. pen., Sez. V, 12 gennaio 2016, n. 30333.

⁶³⁷Cfr. Cass. pen. Sez. V, 31 marzo 2017, n. 16206 fattispecie in cui la Corte ha ritenuto adeguatamente allegata la sussistenza di indici dai quali ritenere che la condotta consistente nella prestazione di garanzie nei confronti di istituti bancari mediante reciproche *fideiussioni omnibus* e la realizzazione di una "massa unica" dei patrimoni costituenti la garanzia esterna delle società consorelle fosse idonea a determinare, anche per la società apparentemente sacrificata, beneficio nonché nell'interesse dei creditori in quanto il fallimento di una società avrebbe determinato il tracollo di tutto il gruppo stante la posizione di condebitore solidale della capogruppo e, conseguentemente, ha annullato la sentenza della Corte d'Appello rinviando per un nuovo esame in quanto avrebbe «(...) ignorato la prospettazione di un evidente vantaggio compensativo anche per i creditori di (omissis) dal trasferimento di risorse infra-gruppo, specificamente dedotto dall'imputato e contraddittoriamente riconosciuto dalla stessa decisione».

⁶³⁸ Per alcuni, ulteriori, rilievi critici sul punto S. BONFATTI, *Le "esenzioni" dalla revocatoria. Le operazioni strumentali all'accesso alle procedure concorsuali minori o alla esecuzione delle stesse*, AA.VV., *La riforma della legge fallimentare*, a cura di S. BONFATTI e G. FALCONE, in *Quad. Giur. comm.*, 2005, p. 87 ss; A. D'AVIRRO, *L'infedeltà patrimoniale. Art 2634 c.c.*, cit., 146; E. SCARONIA, *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo di imprese*, Milano, 2006, p. 74; nonché *infra* cap. 2, par. 5.3, p. 35 ss.

- le disposizioni legislative – per vero anche piuttosto recenti – sono spesso costellate da imprecisioni e incongruenze sistematiche tali da non permettere all'interprete una lettura sufficientemente sicura⁶³⁹.

⁶³⁹ Il rilievo è mosso da V. NAPOLEONI, *Prospettive di riforma in tema di tutela penale del patrimonio sociale contro gli abusi dell'organo gestorio*, cit., p. 3814: «molti – troppi – dunque, i tasselli sconnessi dello scacchiere» e individua quale necessaria soluzione, in «attesa di un inevitabile intervento normativo riparatorio», la via dell'interpretazione «correttiva».

CONCLUSIONI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'emersione di nuove esigenze di tutela: la trasparenza e la correttezza dell'informazione come beni da tutelare in via anticipata. – 3. Il delitto di infedeltà patrimoniale e la clausola dei vantaggi compensativi: una tutela «privata» del patrimonio sociale. – 4. Un'indagine pratica: il lungo e difficoltoso *iter* processuale necessario per ottenere un intervento repressivo di natura penale o un risarcimento civile. – 5. Alcune proposte per una tutela più incisiva dei soci di minoranza e dei creditori sociali. – 6. La clausola di vantaggi compensativi: alcuni suggerimenti dall'«estero». – 7. Un giudizio sull'applicazione pratica del reato di infedeltà patrimoniale nel panorama economico italiano.

1. Premessa.

L'analisi del delitto di infedeltà patrimoniale di cui all'art. 2634 c.c. introdotto dal D. Lgs. 11 aprile 2002, n. 61 nonché sull'emersione, sia in ambito penale che in ambito civile, del concetto di “*gruppo di società*” ha permesso, anche grazie al ricorso dei numerosi contributi dottrinari in materia, di far emergere le problematiche di maggiore rilievo con riferimento ai fenomeni di *mala gestio* societaria.

Con l'inserimento di figure criminose atte a contrastare le condotte infedeli degli amministratori di società il legislatore italiano così come quelli stranieri hanno tentato di trovare un punto di equilibrio tra capacità punitiva e rischio di sanzionare anche condotte penalmente irrilevanti.

Infatti il principale *trade-off* che ogni legislatore deve affrontare nel delineare la disciplina del conflitto di interessi degli amministratori è quello tra una repressione insufficiente degli abusi, con i problemi di tutela degli azionisti (di minoranza) che ne discendono e la previsione di meccanismi di prevenzione degli abusi, per così dire, «troppo sensibili» e tali dunque da impedire la realizzazione di operazioni che in realtà avvantaggerebbero gli stessi azionisti⁶⁴⁰.

Al fine di risolvere questo *trade-off*, è possibile dosare in modi diversi un insieme di tecniche di prevenzione e di repressione degli abusi commessi da amministratori in

⁶⁴⁰ Si esprime in questi termini L. ENRIQUES, *Il conflitto di interessi nella gestione delle società per azioni: spunti teorici e profili comparatistici in vista della riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2000, p. 509.

conflitto di interessi: sanzioni civili o penali, incompatibilità, divieti, regole di procedura con effetti di convalida o immunizzanti, norme in tema di informazione⁶⁴¹.

Siffatto punto di equilibrio non può essere ricercato esclusivamente sulla carta ma è necessario, per poter formulare un giudizio sull'efficacia delle soluzioni adottate, verificare se le scelte di politica criminale effettuate dal legislatore siano idonee in concreto o, meglio, a seguito del vaglio giudiziale cui necessariamente devono sottoporsi a reprimere quelle condotte a monte selezionate come potenzialmente idonee ad integrare la fattispecie di reato.

L'approfondito esame della giurisprudenza sia delle Corti di merito che della Corte di Cassazione in materia ha consentito di focalizzare l'attenzione sulle maggiori criticità riscontrate in sede di applicazione della fattispecie incriminatrice sulle quali, se possibile, si prospetteranno alcuni correttivi suggeriti dall'esperienza di altri ordinamenti giuridici.

Parimenti anche l'oggetto delle pronunce e/o l'eventuale assenza delle stesse costituisce per l'interprete un chiaro indice dell'incidenza della norma nella repressione delle condotte infedeli.

Si ripercorreranno ed evidenzieranno, quindi, tutti gli elementi che hanno determinato e/o che potrebbero determinare una risposta inadeguata, quantomeno sotto il profilo fattuale, del delitto di infedeltà patrimoniale sia con riferimento alle condotte perpetrate nell'ambito di singole società che di quelle poste in essere nell'ambito di enti inseriti in un più ampio raggruppamento societario.

Infine, in un'ottica di *extra ratio* dell'intervento penale si cercherà di individuare, seppur per sommi capi, un modello di incriminazione progressiva prevedendo un

⁶⁴¹ *Ibidem*, p. 509 ss. L'A. analizza nel dettaglio le diverse misure valutando l'idoneità di ciascuna al raggiungimento di un sistema che sia incentrato sulla massima trasparenza e spinga gli amministratori a perseguire – in caso di interessi in conflitto – esclusivamente l'interesse sociale. In quest'ottica ritiene necessario combinare sanzioni quali «il risarcimento del danno causato alla società in caso di abuso» alla «annullabilità del negozio compiuto con abuso dei propri poteri da parte dell'amministratore interessato». In aggiunta si dovrebbe far affidamento anche sui *punitive damages* oppure – negli ordinamenti (come l'italiano) ove questo sistema è estraneo – alle sanzioni penali o amministrative. Infine si dovrebbero considerare anche misure prevenzionali atte a contrastare lo stesso verificarsi dell'abuso. Al riguardo vengono in considerazione: *a*) regole di *incompatibilità* che vietano a determinati soggetti di assumere la carica di amministratore della società; *b*) regole di *proibizione* che prevedono divieti di diversi tipi, più o meno circoscritti; *c*) regole di *informazione* che consistono nell'imporre doveri di informazione in capo a chi si trovi in conflitto di interessi; *d*) regole di *procedura* che impongono una determinata procedura per l'approvazione delle operazioni in conflitto di interessi.

sistema integrato composto da misure sanzionatorie di natura civilistica e, altre, di natura amministrativa restituendo alla sanzione penale la finalità sua propria.

2. L'emersione di nuove esigenze di tutela: la trasparenza e la correttezza dell'informazione come beni da tutelare in via anticipata.

Per un corretto inquadramento della problematica è d'obbligo, poi, uno sguardo al panorama economico nel quale si inserisce la riforma penale societaria per poter valutare le nuove esigenze di tutela e, soprattutto, per poter esprimere un giudizio sull'idoneità della risposta repressiva predisposta dal legislatore con l'inserimento del delitto di infedeltà patrimoniale.

A dire il vero, se si guarda ai fatti di cronaca che, negli ultimi anni, hanno investito l'Italia e il resto del mondo⁶⁴² non si può ignorare come sia sempre più forte l'esigenza, soprattutto in materia penale, di tutelare più efficacemente gli interessi collettivi dei risparmiatori/investitori.

Emerge, sempre più insistentemente, la necessità di garantire non soltanto una tutela nei confronti delle condotte lesive del patrimonio, tanto delle società quanto dei singoli (soci, creditori sociali, semplici investitori), ma anche che – a monte – vengano adottate misure di politica criminale volte alla responsabilizzazione degli operatori economici e al raggiungimento di una più solida «etica del mercato».

Infatti, le carenze più rilevanti si avvertono sotto il profilo informativo: una maggiore trasparenza e un maggior flusso di notizie sarebbe fondamentale per poter orientare le scelte degli investitori (in particolar modo dei c.d. risparmiatori/investitori) e garantire un corretto funzionamento del mercato.

Inoltre, i numerosi attacchi al patrimonio di una moltitudine di piccoli azionisti dovrebbe spingere nella direzione di una maggiore tutela degli interessi “collettivi” garantendo una repressione più incisiva nei confronti di tutte quelle condotte che, pur causando un lieve pregiudizio al singolo, minano la stabilità stessa del mercato a causa della loro diffusività. Sarebbe opportuno, pertanto, facilitare l'intervento penale in materia o, perlomeno, garantire una pronta risposta risarcitoria sul piano civile.

⁶⁴² Ci si riferisce al continuo susseguirsi di scandali economici: da Enron, Worldcom, Qwest, Global Crossing negli U.S.A. a Vivendi in Francia, da Ahold in Olanda a Cirio, Parmalat e Finmatica in Italia.

In quest'ottica parte della dottrina ritiene indispensabile, al fine di garantire un'adeguata tutela agli interessi in gioco, il ricorso al modello dell'illecito di pericolo presunto.

È stato affermato, infatti, che

«quando la repressione penale interviene dopo il verificarsi dell'evento di danno, si ottiene una tutela tardiva ed inadeguata a causa della diffusività delle offese e della gravità dei pregiudizi derivanti dalla violazione delle norme penali societarie»⁶⁴³.

Tale realtà appare difficilmente contestabile.

Tuttavia le molteplici problematiche riconducibili all'impossibilità, in un ambito quale quello della gestione d'impresa, di definire il concetto di *mala gestio* prescindendo dal danno al patrimonio dell'ente, suggeriscono di dare alla questione una diversa soluzione.

Si condivide l'opinione espressa da altra parte della dottrina secondo la quale

«l'esigenza di contrastare *ex ante* comportamenti di gestione abusiva presuppone un'azione culturale volta a consolidare nella coscienza sociale il principio della buona fede nell'attività economica»⁶⁴⁴.

Il concetto – proseguendo nel ragionamento della dottrina appena citata –, seppur di matrice civilistica, potrebbe essere trasposto in ambito penale in ragione della sua valenza «di clausola generale» suggerita da una visione sistematica dell'ordinamento giuridico.

Si sottolinea come tra il sistema civilistico e quello penalistico possa individuarsi, sull'argomento, un certo parallelismo. Infatti, il primo predispone una disciplina a tutela del contraente debole al fine di ovviare alle asimmetrie informative che caratterizzano l'esecuzione del contratto sociale tanto nella fase precontrattuale che in quella di predisposizione ed esecuzione del medesimo. Nel secondo si riscontra la medesima asimmetria con la conseguenza che anche qui si sente l'esigenza di predisporre una disciplina che tuteli gli “interlocutori del mercato” dagli abusi perpetrati dagli organi gestori.

Tuttavia si deve riconoscere che, in materia di infedeltà gestoria, lo strumento penale non si presti a svolgere una funzione di promozione del principio della buona fede in

⁶⁴³ C. PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, in AA. VV., *Comportamenti economici e legislazione penale*, Milano, 1978, p. 20.

⁶⁴⁴ V. RAINONE, *Il delitto di infedeltà patrimoniale tra modernità e post-modernità penalistica*, cit., p. 447.

quanto – come è stato dimostrato in precedenza – l'unico bene tutelato per mezzo del reato di infedeltà patrimoniale è il patrimonio sociale: solo la lesione di quest'ultimo permette di identificare in modo certo e determinato la direzione dell'offesa e permette di qualificare una condotta come abusiva senza incorrere nel rischio di interpretazioni formalistiche che, spesso in passato, hanno portato alla repressione di condotte del tutto prive di carattere offensivo.

L'alternativa potrebbe quindi essere quella – già praticata in dottrina⁶⁴⁵ – di vagliare l'idoneità di alcuni strumenti extrapenali al fine di comprendere se per tale via è possibile raggiungere, anche in materia economica, un consolidamento di valori e, più in generale, la promozione di un'«etica degli affari», perseguendo, nel contempo, l'intento di costruire un modello più efficiente nella prevenzione degli illeciti.

È in quest'ottica che deve essere guardato l'inserimento, da parte del legislatore civile, dell'art. 2391 c.c. con il quale si sancisce l'obbligo di denunciare al consiglio d'amministrazione (o all'assemblea nel caso di amministratore unico) gli interessi di cui si è portatori per proprio conto o per conto di terzi.

Si deve rilevare, però, che la sanzione prevista in caso di violazione del suddetto obbligo – individuata nell'annullabilità della delibera consiliare e nel risarcimento del danno – appare troppo “morbida”⁶⁴⁶ e facilmente eludibile attraverso l'analisi costi/benefici che contraddistingue l'agire dell'*homo oeconomicus*.

Al contrario, sembra potersi condividere l'opinione di chi reputa la sanzione amministrativa una efficiente alternativa alla tutela penale⁶⁴⁷.

Le ragioni di siffatta posizione sono da ricercare in due ordini inscindibili di considerazioni. La prima consiste nel riconoscimento del fatto per cui le sanzioni amministrative, incidendo direttamente o indirettamente sugli interessi patrimoniali dei destinatari, si caratterizzano per la relativa omogeneità rispetto all'interesse perseguito con comportamenti economici illeciti. L'omogeneità di tali interessi

⁶⁴⁵ *Ibidem.*, p. 447.

⁶⁴⁶ C. E. PALIERO, *Le alternative alla tutela penale: l'illecito amministrativo*, in *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, a cura di G. BORRÈ e G. PALOMBARINI, Milano, 1998, p. 75.

⁶⁴⁷ Sulla configurazione della sanzione amministrativa quale strumento alternativo alla tutela penale, cfr. E. DOLCINI – C. E. PALIERO, I “*principi generali*” dell'illecito amministrativo nel disegno di legge “*Modifiche del sistema penale*”, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, p. 1154 ss; C. E. PALIERO, *La l. n. 689 del 1981: prima codificazione del diritto penale amministrativo in Italia*, in *Pol. Dir.*, 1983, p. 117 ss; C. E. PALIERO – A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1991.

«rappresenta – in termini di “controspinta” – un forte elemento di prevenzione generale e speciale soprattutto in ambiti criminologici contrassegnati da schemi d’azione razionale, e di razionalità di scopo: come (...) è appunto il comportamento di tipo economico»⁶⁴⁸.

Inoltre, è stato dimostrato, come lo strumento amministrativo, garantendo un’alta probabilità di applicazione della sanzione, circoscrive le possibilità di andare esente da sanzione recuperando la portata deterrente di ogni sanzione pecuniaria o patrimoniale⁶⁴⁹.

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte e con specifico riferimento al delitto di infedeltà, l’Autore, più volte citato, propone

«l’introduzione di un illecito amministrativo che sanziona la violazione da parte del soggetto qualificato dell’obbligo di comunicare l’interesse che egli abbia in una determinata operazione della società o la mancata astensione dal compimento dell’operazione, qualora si tratti di amministratore delegato. Tale soluzione, in perfetta linea col principio di sussidiarietà, valorizzerebbe il principio di lealtà e trasparenza nella gestione di patrimoni altrui, ed, al contempo, rafforzerebbe la tutela contro i comportamenti infedeli attraverso il ricorso al binomio sanzione amministrativa-sanzione penale in funzione della progressione dell’offesa»⁶⁵⁰.

⁶⁴⁸ C. E. PALIERO, *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1993, p. 1027. L’A. nel riferirsi in generale alle sanzioni amministrative che «si caratterizzano per attingere direttamente o indirettamente la sfera del profitto», annovera tra le prime la pena pecuniaria amministrativa e la confisca, tra le seconde la chiusura di esercizi, la revoca di licenze o concessioni. All’interno di tali tipi di sanzioni di natura amministrativa, però, individua quelle più efficienti in materia di impresa, rilevando che «minimizzato il ruolo delle pene pecuniarie (...), risultano dominanti in questa sfera sanzionatoria le pene patrimoniali: espropriative del lucro indebito (come la confisca tradizionale), ma anche espropriative del patrimonio preesistente all’illecito (come la “confisca di sospetto”, introdotta in Italia dalla recente legislazione contro la criminalità organizzata e mafiosa). Importante, ancora, in questo ambito è il ruolo di sanzioni che definisco paradisciplinari: mi riferisco, in particolare, alle sanzioni interdittive privative di vantaggi (perdita contributi, incapacitazione rispetto alla contrattazione, etc.) o radiative (...)».

⁶⁴⁹ C. E. PALIERO, *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, cit., p. 1028, il quale sostiene che «la sanzione amministrativa si colloca, in una valutazione costi-benefici, a livelli ottimali, soprattutto per la possibilità di comprimere al minimo i *costi* sino addirittura ad azzerarli convertendoli in *profitti* economici – si pensi ad alcuni modelli proporzionali di pena pecuniaria, o alla confisca, che fan sì che la sanzione sia in sé economicamente vantaggiosa –. Ciò consente di ottimizzare l’efficacia, assorbendo più facilmente gli alti costi di implementazione della norma sanzionatoria, nonché i costi-efficienza degli apparati deputati al controllo. Tenuto conto che i teoremi di validità (...) del precetto comportamentale economico privilegiano il fattore “probabilità della pena”, l’opzione sanzionatoria amministrativa anche su questo fronte è sostenuta da una precisa indicazione di impiego prioritario».

⁶⁵⁰ Sul tema della graduazione delle sanzioni in funzione della gravità dell’offesa, C. E. PALIERO, *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, cit., p. 1031; T. PADOVANI, *Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta tra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo*, in *Cass. pen.*, 1987, p. 671 «per queste ipotesi la ricomparsa dell’illecito amministrativo dovrebbe tuttavia consentire oggi un più adeguato trattamento sanzionatorio, senza dover sconfinare nell’area penale sfruttando le minori virtualità repressive che la qualificazione contravvenzionale consentiva (e consentirebbe), soprattutto attraverso la comminatoria della sola pena dell’ammenda. (...) Com’è noto, nella circolare della Presidenza del Consiglio del 19 dicembre 1983 i criteri distintivi fra l’illecito penale e l’illecito amministrativo vengono riferiti a due principi fondamentali, di *proporzione* e

In altre parole l'illecito amministrativo sanzionerebbe il precetto civilistico di cui all'art. 2391, co. 1, c.c. come modificato dal D. Lgs. 6/2003. Si potrebbe ottenere così una tutela anticipata in quanto l'illecito amministrativo sanzionerebbe comportamenti solo presuntivamente pericolosi per il patrimonio sociale – non essendosi concretizzati in danno – senza contrastare i principi cardine del diritto penale.

E verrebbe fornita anche una tutela – seppur indiretta – ai soggetti c.d. deboli, messi a conoscenza di una molteplicità di informazioni rilevanti sia in vista di un'eventuale giudizio di responsabilità sia per poter valutare le modalità di gestione della società in cui hanno riposto i loro interessi potendo prendere, in tempi debiti, idonee precauzioni.

L'illecito penale, ricostruito nel pieno rispetto dei principi di determinatezza e offensività, colpirebbe solo ed esclusivamente le condotte espressive dell'intento dell'*agens* di arricchirsi a danno della società e direttamente offensive del bene giuridico-patrimonio.

3. Il delitto di infedeltà patrimoniale e la clausola dei vantaggi compensativi: una tutela «privata» rivolta esclusivamente al patrimonio sociale.

Le istanze di anticipazione dell'intervento repressivo nei confronti dei reati di *mala gestio* da parte degli amministratori mediante la tutela di beni giuridici differenti dal patrimonio sono state disattese dal legislatore il quale ha predisposto una fattispecie a baluardo della sola integrità patrimoniale della società stessa⁶⁵¹.

Si tratta di un modello che – lo si deve riconoscere – risulta ancora fortemente legato ad un concetto di impresa circoscritto al microcosmo delle società ma che, ormai, mostra

di *sussidiarietà*. Il primo implica che la reazione sanzionatoria corrisponda alla gravità dell'illecito, a sua volta desunte dal rango dell'interesse tutelato e dalla gravità dell'offesa; il secondo giustifica il ricorso alla sanzione penale soltanto in difetto di strumenti sanzionatori diversi, dotati di un'efficacia analoga. I due principi sono concepiti come necessariamente concorrenti nel fondare la qualificazione penale dell'illecito: è sufficiente che la sanzione penale non corrisponda al criterio di proporzionalità, e non sia suggerita da una valutazione comparativa di *ultima ratio*, perché si debba ripiegare su una sanzione di diverso tipo, e segnatamente di carattere amministrativo».

⁶⁵¹ Come sottolinea L. FOFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto di interessi nella gestione d'impresa. Profili penalistici*, cit., p. 32 siffatto modello risulta del tutto coerente essendo, il patrimonio sociale, «il luogo tipico deputato al controllo dell'infedeltà gestoria» se – per infedeltà patrimoniale – si intende qualsiasi volontaria violazione dell'obbligo di salvaguardare gli interessi patrimoniali altrui.

evidenti segni di inadeguatezza di fronte alla proiezione dell'impresa in una dimensione aperta e macrocosmica, il mercato⁶⁵².

Come rilevato da Mezzetti, infatti,

«i fenomeni di *mala gestio* societaria, se si guarda alle odierne dinamiche economiche, influiscono non solo sul patrimonio sociale, ma anche su tutti i diritti dei terzi creditori, nonché degli investitori sul mercato, qualora siano coinvolte società di grandi dimensioni, la cui gestione abusiva da parte dei responsabili può avere ripercussioni anche sul mercato dei titoli azionari e obbligazionari»⁶⁵³.

I suddetti interessi, tutelabili attraverso “*calibrate tecniche di ponderata anticipazione della soglia di punibilità*”⁶⁵⁴, non sembrano affatto rientrare nel nucleo di protezione penale offerto dall'art. 2634 c.c.

Si tratta di un'evidente antinomia accentuata dal fatto che è proprio tramite l'inserimento di questa norma che il nostro legislatore, riconoscendo l'evoluzione delle organizzazioni societarie, ha adeguato il nostro sistema giuridico legittimando, anche sotto il profilo penale, operazioni infragruppo pregiudizievoli per alcune componenti a condizione che vengano rispettati determinati requisiti⁶⁵⁵.

Non si può ignorare che, sebbene l'inserimento di una clausola di questo tipo fosse divenuta ormai indefettibile⁶⁵⁶, i rischi di abusi e soprusi nei confronti degli azionisti esterni e dei creditori sociali crescono a dismisura e, pertanto, sarebbe necessario garantire loro una maggiore protezione.

Come rilevato in dottrina tale antinomia potrebbe condurre, *prima facie*, «a denunciare l'insensibilità del delitto di infedeltà patrimoniale – e dell'intero intervento riformistico penal-societario – alla domanda di tutela emergente dallo scenario economico»⁶⁵⁷.

⁶⁵² Svolge queste riflessioni V. RAINONE, *Il delitto di infedeltà patrimoniale tra modernità e post-modernità penalistica*, cit., p. 442.

⁶⁵³ E. MEZZETTI, *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 213 nt. 77.

⁶⁵⁴ *Ibidem*, p. 213 nt. 77.

⁶⁵⁵ Il co. 3 dell'art. 2634 c.c. facoltizza operazioni pregiudizievoli a condizione che la società pregiudicata venga compensata da vantaggi “*conseguiti o fondatamente prevedibili derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo*”.

⁶⁵⁶ Costituiscono un lampante esempio di quanto affermato non solo tutti i sistemi giuridici che per via legislativa (Germania e Francia) o giurisprudenziale (USA e Regno Unito) sono giunti a soluzioni di questo tipo, ma anche le numerosissime storture cui è pervenuta la nostra giurisprudenza per poter tenere in considerazione – in mancanza di norme *ad hoc* – le nuove realtà con cui gli operatori economici si devono confrontare.

⁶⁵⁷ V. RAINONE, *Il delitto di infedeltà patrimoniale tra modernità e post-modernità penalistica*, cit., p. 441.

Infatti se si guarda al concreto operare della fattispecie in esame si noterà come destinatari di una effettiva tutela, tanto di natura penale quanto di natura civile, sembrano essere esclusivamente i soci di maggioranza o comunque coloro che appartengono al gruppo di controllo della società rimanendo del tutto disattese le ragioni dei piccoli investitori e gli interessi meta-individuali.

Nonostante sia comunemente avvertita l'esigenza di orientare il presidio penale verso una protezione degli interessi collettivi, soprattutto per la considerazione della diffusività degli effetti pregiudizievoli conseguenti alla commissione dei reati societari, non si possono tuttavia, in nome di tali esigenze politico criminali, ignorare le specificità delle singole figure criminose prescindendo dalla praticabilità delle soluzioni astrattamente proposte.

Sarà dunque utile verificare il concreto operare del delitto di infedeltà patrimoniale sia in relazione alla gestione di una singola società sia quando, la stessa, è inserita all'interno di un gruppo. riconoscendo le numerose difficoltà da affrontare per conciliare le moderne esigenze repressive (interessi diffusi, tutela del mercato etc.) con il rispetto dei principi di tassatività, sussidiarietà ed offensività.

Si tenterà di prospettare, pertanto, alcuni correttivi che potrebbero permettere il raggiungimento di una maggiore tutela degli interessi «emergenti» garantendo al contempo una precisa individuazione dell'area applicativa dell'illecito e l'impiego dello strumento penale quale *extrema ratio*.

Prima di addentrarsi nella prospettiva d'indagine – come poc'anzi individuata – appare utile soffermarsi ancora un momento per riepilogare quelli che son stati gli intendimenti del legislatore nella predisposizione del delitto di infedeltà patrimoniale e, soprattutto, come questi son stati concretizzati in diritto positivo. Analogo procedimento verrà condotto nei riguardi della clausola dei vantaggi compensativi.

Come è stato più volte evidenziato, il modello di incriminazione dell'infedeltà patrimoniale proposto dal D. Lgs. n. 61 del 2002 risulta, da un lato, diretto ad ovviare all'insufficiente protezione al patrimonio sociale apprestata dalle precedenti figure criminose⁶⁵⁸ e a porre un freno alle “scorribande giurisprudenziali”⁶⁵⁹ finalizzate ad

⁶⁵⁸ L'inefficienza della normativa previgente a svolgere un adeguato presidio del patrimonio sociale (il riferimento è, in particolare, agli artt. 2631, 2624, 2630, co. 2 n. 1 c.c.) veniva da tempo denunciata da ampia parte della dottrina di cui si è dato conto, assieme alla corrispondente bibliografia, *supra* nel cap. I par. 1.

adeguare vetuste fattispecie delittuose di diritto comune⁶⁶⁰; dall'altro, teso a recuperare i principi cardine del diritto penale: «sussidiarietà, *extrema ratio*, certezza del diritto, mitezza delle pene»⁶⁶¹ (oltre a quelli di determinatezza, tassatività e offensività), principi che apparivano offuscati a causa delle scelte di criminalizzazione operate dal legislatore del 1942⁶⁶².

Il perseguimento di tali principi ha portato a circoscrivere l'ambito del penalmente rilevante tramite l'inserimento di numerosi elementi specializzanti. La fattispecie delittuosa in esame, infatti, è fortemente incardinata sulla lesione al bene giuridico (verificazione del danno), e, sul versante psicologico, è caratterizzata dalla necessaria compresenza del dolo specifico e del dolo intenzionale. Infine, un ulteriore elemento selettivo, è costituito dalla procedibilità del reato, vincolata alla querela della persona offesa.

Risulta evidente il passaggio, nonchè il superamento, dello schema del pericolo presunto – elemento caratteristico delle precedenti norme incriminatrici a tutela del patrimonio – per approdare a quello del danno.

Le motivazioni di tale costruzione – come si è visto tutt'altro che scevra da problemi ermeneutici – sono da ricercare nella volontà del legislatore di offrire una tutela diretta al patrimonio sociale in un'ottica di tipo *privatistico* evitando quelle “pericolose cadute di livello di determinatezza”⁶⁶³ e di offensività delle figure criminose *ante* riforma.

Il legislatore ha ritenuto le condotte di infedeltà gestoria meritevoli di protezione penale solo allorquando il soggetto qualificato, in conflitto di interessi ed al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto od altro vantaggio, compia o concorra a deliberare atti di disposizione dei beni sociali cagionando intenzionalmente un danno al patrimonio

⁶⁵⁹ L'espressione è di A. ALESSANDRI, *Alcune considerazioni generali sulla riforma*, in *Il nuovo diritto penale delle società. D.Lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, a cura di A. ALESSANDRI, Milano, 2002, p. 11.

⁶⁶⁰ Del travaglio di incertezze interpretative e delle numerosissime – anche se a volte a limite del possibile – applicazioni estensive o analogiche di norme penali diverse effettuato dalla giurisprudenza si è parlato *supra* cap. I par. 1.

⁶⁶¹ Riconosce che il legislatore della riforma abbia posto in campo «*parole d'ordine* impegnative e riassuntive di principi fondamentali di un razionale diritto penale moderno» A. ALESSANDRI, *Alcune considerazioni generali sulla riforma*, cit., p. 10.

⁶⁶² Le seguenti considerazioni – e altre che seguono – traggono spunto dal saggio di V. RAINONE, *Il delitto di infedeltà patrimoniale tra modernità e post-modernità penalistica*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, vol. IV, p. 440 ss.

⁶⁶³ L'espressione e tratta da A. CARMONA, *Una breve analisi della fattispecie di “corruzione privata”*, Relazione tenuta al Convegno sulla “*Corruption en el sector privado*”, Cracovia, 10-11 luglio 2003, p. 5 (dattiloscritto), il quale, tuttavia, la utilizza in riferimento al delitto di infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità (art. 2635 c.c.).

della società ed a condizione che sia presentata la querela, indispensabile ai fini della procedibilità.

Sarà, dunque, opportuno far luce su entrambi gli aspetti in quanto «l'analisi dell'efficacia repressiva della fattispecie non può prescindere dai nodi problematici inerenti l'*an* ed il *quomodo* dell'intervento penale nella gestione dell'impresa»⁶⁶⁴.

Nella materia in esame, però, l'obiettivo perseguito dal legislatore si è rivelato tutt'altro che agevole e ha portato, forse, ad una eccessiva restrizione della tutela oltre che ad una difformità di trattamento a seconda che ad essere lesi siano gli interessi della maggioranza (o del gruppo di controllo nel caso delle aggregazioni societarie) piuttosto che quelli dei soci o dei piccoli investitori/risparmiatori (nei casi di società quotate) o, ancora, dei creditori sociali.

Ci si è dovuti scontrare, infatti, con le difficoltà derivanti dalla descrizione in termini di illiceità dei comportamenti di natura economica alle quali si deve sommare l'impraticabilità di una formula legislativa atta a fungere da spartiacque tra rischio consentito e rischio abusivo «indipendentemente dall'eventuale successivo insorgere di un effettivo pregiudizio economico»⁶⁶⁵.

Queste ultime hanno portato ad individuare nel conflitto di interessi il «criterio propedeutico di tipizzazione della condotta di infedeltà»⁶⁶⁶ nonostante si tratti di un concetto vago ed indefinito – se isolatamente considerato – il quale necessita, per svolgere una funzione selettiva, di essere affiancato dalla verifica di un danno patrimoniale: solo così risulta evidente l'incompatibilità tra l'interesse extrasociale e quello sociale.

Pertanto, proprio per evitare le ben note derive formalistiche frequenti sotto la vigenza del vecchio 2631 c.c., il legislatore ha previsto – quale elemento costitutivo del reato – non solo la necessaria verifica di un danno patrimoniale ma anche che l'agente sia animato dalla finalità di perseguire un profitto ingiusto recuperando, in tal modo, la

⁶⁶⁴ V. RAINONE, *Il delitto di infedeltà patrimoniale tra modernità e post-modernità penalistica*, cit., p. 441.

⁶⁶⁵ L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale patrimoniale e conflitto di interessi nella gestione d'impresa. Profili penalistici*, Milano, 1997, p. 476. Infatti, in assenza di un danno, l'unico elemento "indiziario" di assunzione di un rischio illecito è rappresentato dal presupposto della condotta: il conflitto di interessi. Tuttavia, come affermato da V. RAINONE, *Il delitto di infedeltà patrimoniale tra modernità e post-modernità penalistica*, cit., p. 442 si tratta di «un concetto "relazionale" che isolatamente considerato appare vago ed indefinito».

⁶⁶⁶ L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale patrimoniale e conflitto di interessi nella gestione d'impresa. Profili penalistici*, cit., p. 476; ID, *Le infedeltà*, in *Il nuovo diritto penale delle società. D.lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, a cura di A. ALESSANDRI, Milano, 2002, p. 345 ss.

determinatezza della fattispecie e descrivendo con nitidezza di contorni la direzione offensiva della condotta⁶⁶⁷. Identiche ragioni hanno portato all'inserimento degli ulteriori requisiti della intenzionalità del danno e, soprattutto, della procedibilità a querela all'interno della fattispecie⁶⁶⁸.

Analoghe difficoltà si sono presentate nella descrizione di quello che viene comunemente definito l'elemento di maggiore novità della norma sull'infedeltà patrimoniale: la clausola dei vantaggi compensativi tramite la quale si è voluto disciplinare – anche in materia penale – il complesso fenomeno dei gruppi di società.

Come è stato detto più volte, siffatta previsione segna il passaggio del diritto societario dall'era «atomica» a quella «molecolare» adeguandolo all'evoluzione organizzativa delle moderne società.

Tuttavia, anche qui, l'individuazione dello spartiacque tra l'operare «fisiologico e quello patologico» dei gruppi è risultata tutt'altro che agevole. L'obiettivo perseguito è quello di predisporre una regolamentazione che consenta alla società controllante di perseguire una politica di gruppo disponendo di una certa autonomia gestionale tutelando, allo stesso tempo, le società controllate da possibili abusi di cui potrebbero essere vittime.

La soluzione adottata – seppur tra molteplici critiche⁶⁶⁹ – è stata quella di ancorare l'esenzione della responsabilità ad un criterio soggettivo e finalistico.

La norma prevede, infatti, che il profitto perseguito dall'agente “*non si considera ingiusto se compensato da vantaggi conseguiti o fondatamente prevedibili*”: in mancanza dell'integrazione del momento soggettivo non verrebbe integrata la fattispecie delittuosa e, pertanto, non si potrebbe muovere nessun rimprovero al soggetto agente.

Da più parti, tuttavia, è stata sottolineata l'opportunità di «delimitare sul piano oggettivo i limiti di tipicità della condotta dell'amministratore»⁶⁷⁰ sostenendo che una corretta

⁶⁶⁷ Sul tema (affrontato al cap. I ai parr. 7. e 8.1.) si sofferma diffusamente anche V. RAINONE, *Il delitto di infedeltà patrimoniale tra modernità e post-modernità penalistica*, cit., p. 443.

⁶⁶⁸ Nonostante le numerose critiche provenienti da gran parte della dottrina che ha sottolineato come l'inserimento di tali requisiti rischi di paralizzare l'efficacia pratica della norma in esame. Per un approfondimento e per i riferimenti bibliografici sul punto si rinvia a quanto detto *infra* al cap. I parr. 8.2. e 11.

⁶⁶⁹ In particolare si veda L. ENRIQUES, *Gruppi piramidali, operazioni intragruppo e tutela degli azionisti esterni: appunti per un'analisi economica*, in *Giur comm.*, 1997, I, p. 698 ss; ID, *Vaghezza e furore. Ancora sul conflitto di interessi nei gruppi di società in vista dell'attuazione della legge delega per la riforma del diritto societario*, in ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Verso un nuovo diritto societario*, a cura di P. BENAZZO, F. GHEZZI, S. PATRIARCA, Bologna, 2002, p. 254.

valutazione circa l'intervento della compensazione debba necessariamente passare dal rapporto tra danno subito dalla società sacrificata e vantaggi dalla stessa ottenuti e non già tra profitto perseguito dall'*agens* e vantaggi.

Sembra quindi potersi concordare con chi⁶⁷¹ ritiene necessario interpretare la clausola sotto la guida del principio di *ragionevolezza* individuando, nella stessa, una duplice verifica circa la sussistenza dei vantaggi compensativi. La prima andrebbe condotta tra danno patito dalla società e benefici, conseguiti o fondatamente prevedibili, onde valutare l'effettiva presenza dei vantaggi richiesti dalla clausola; la seconda tra vantaggi e profitto.

In questo modo l'esenzione della responsabilità penale verrebbe ancorata «alla genuinità delle valutazioni di efficienza economica del soggetto qualificato»⁶⁷² e allo stesso tempo verrebbero valorizzate le «finalità dell'*agens*, di perseguire un profitto di gruppo e, come tale, non extrasociale»⁶⁷³.

Nonostante gli adeguamenti proposti per via dottrinale si deve riconoscere che la formulazione della clausola, che polarizza il disvalore della condotta intorno al momento soggettivo, rischia di condurre ad una vera paralisi applicativa a causa delle difficoltà connesse ad una puntuale dimostrazione – in sede processuale – di una finalità soggettiva di carattere specifico.

Inoltre la necessità di dover fornire la prova anche dell'entità della compensazione la cui individuazione, nell'ambito di una miriade di rapporti intersocietari, rischia di portare a giudizi interminabili e fortemente aleatori a causa dell'inevitabile e costante rischio di incorrere tanto in “falsi positivi” quanto in “falsi negativi”⁶⁷⁴.

⁶⁷⁰ L. FOFANI, *Le aggressioni societarie di fronte al diritto penale: appunti sulla nozione di «partecipazione rilevante», «collegamento», «controllo» e «gruppo»*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1993, p. 156 ss; ID, *Infedeltà patrimoniale e conflitto di interessi nella gestione d'impresa. Profili penalistici*, cit., p. 400; ID, *Le infedeltà*, cit., p. 358.

⁶⁷¹ V. RAINONE, *Il delitto di infedeltà patrimoniale tra modernità e post-modernità penalistica*, cit., p. 446.

⁶⁷² *Ibidem*, p. 446.

⁶⁷³ *Ibidem*, p. 446.

⁶⁷⁴ Sul tema si è soffermato diffusamente L. ENRIQUES, *Il conflitto di interessi nella gestione delle società per azioni: spunti teorici e profili comparatistici in vista della riforma del diritto societario*, cit., p. 510 ove definisce i *falsi negativi* come «i casi di abuso che rimangono impuniti, vuoi perché neppure vengono sottoposti al vaglio delle corti dai potenziali interessati, vuoi perché il giudice non sia in grado di accertare che l'abuso è stato effettivamente commesso»; e i *falsi positivi* come i «casi di mero conflitto potenziale d'interessi non seguito da alcun abuso, nei quali cioè l'amministratore ha agito nel miglior interesse della società, e che il giudice non sia in grado di riconoscere come tali, ritenendo invece provato, erroneamente il pregiudizio per la società».

4. Un'indagine pratica: il lungo e difficoltoso iter processuale necessario per ottenere una tutela penale o civile.

Alle numerose restrizioni applicative determinate dalla descrizione della fattispecie delittuosa in termini – forse – eccessivamente specifici si aggiungono, sul piano pratico, gli oneri probatori aggravati da una pervasiva carenza di flussi informativi.

Il profilo dell'informazione societaria è sicuramente nevralgico in ragione delle ripercussioni in termini di efficienza e incisività della tutela che può essere garantita ai soggetti “deboli” i quali, non partecipando alla gestione sociale, difficilmente vengono in possesso delle informazioni di maggiore rilievo.

L'appunto è tutt'altro che marginale se si considera che, non a caso, l'imposizione di doveri di informazione⁶⁷⁵ – e la relativa sanzione in caso di violazione – in capo a chi si trovi in conflitto di interessi è una tecnica generalmente adottata, dai principali ordinamenti, per prevenire gli abusi degli amministratori interessati e sulla cui efficacia vi è un generale consenso.

Si tratta, inoltre, di uno dei punti di maggiore criticità del delitto di infedeltà e, nei casi in cui la società sia inserita in un contesto di gruppo, la situazione si aggrava notevolmente a causa del moltiplicarsi delle relazioni le cui trame divengono spesso inestricabili⁶⁷⁶.

⁶⁷⁵ Il dovere di informazione può essere, per così dire, fine a se stesso, ovvero costituire una fase del procedimento richiesto per l'approvazione delle operazioni in conflitto di interessi. L'informazione “fine a sé stessa” ha di solito per destinatari gli azionisti, e, nel caso delle società quotate, il mercato. Essa assolve essenzialmente a tre funzioni: *a*) per le società quotate, contribuisce all'efficienza informativa dei mercati dei capitali, imponendo di fare piena luce su operazioni sospette e fonte di potenziale incertezza ai fini della valutazione delle azioni; *b*) mette gli azionisti e, più in generale, il pubblico in condizione di dare un giudizio sull'integrità morale degli amministratori. Si tratta, pertanto, di informazioni utili sia per determinare il prezzo delle azioni delle società che per le “quotazioni” degli amministratori sul mercato dei servizi manageriali fungendo da deterrente. Inoltre, negli ordinamenti che consentono a singoli azionisti o a minoranze qualificate di promuovere l'azione sociale di responsabilità, l'informazione al pubblico è un modo poco costoso per fornire utili elementi conoscitivi ai fini dell'esercizio dell'azione medesima. In questi termini si esprime L. ENRIQUES, *Il conflitto di interessi nella gestione della società per azioni: spunti teorici e profili comparatistici in vista della riforma del diritto societario*, cit., p. 513 al quale si rinvia per un'analisi più dettagliata.

⁶⁷⁶ Analoghe considerazioni sono svolte da M. Miola, *Il diritto italiano dei gruppi de iure condendo: i gruppi e i creditori*, in *Giur. comm.*, 1996, p. 436 il quale osservava che «le lacune sussistenti nell'informazione sui rapporti patrimoniali che si svolgono all'interno del gruppo, al fine di ricostruire nel modo più completo la trama di quelle operazioni di trasferimento di cespiti che rappresentano gli aspetti maggiormente pregiudizievoli della direzione unitaria, ed al contempo di adottare gli idonei rimedi. Il problema si riscontra soprattutto per l'acquisizione di informazioni relative a società controllate estere (...) per cui mancano validi strumenti coercitivi. E soprattutto, emergono difficoltà rispetto a situazioni,

Per una maggiore chiarezza si tenterà di concretizzare quanto detto analizzando il lungo e complesso *iter* processuale necessario per ottenere una tutela.

Perchè un reato di infedeltà patrimoniale possa essere perseguito, infatti, occorre che si venga a conoscenza del compimento o del concorso nella delibera di un atto di disposizione di beni sociali da parte di un amministratore (direttore generale o liquidatore) e soprattutto del fatto che, in relazione alla suddetta operazione, l'agente avesse un interesse, per conto proprio o di terzi, in conflitto con quello della società. Infine si deve aver notizia del pregiudizio che, da tale atto, è derivato alla società.

Tralasciando il profilo soggettivo, sul quale si farà luce nel corso di un'eventuale procedimento giurisdizionale, vediamo le enormi difficoltà che si frappongono all'incardinarsi dello stesso e che, spesso, impediscono di ottenere un provvedimento di condanna nei confronti dell'agente.

Innanzitutto può accadere che, in mancanza di una espressa denuncia da parte del soggetto attivo stesso, non si venga a sapere non solo che questi perseguisse – con l'operazione in questione – finalità extrasociali ma neppure della sussistenza di un personale interesse in conflitto con quello della società gestita.

Nel caso in cui, poi, il piccolo investitore (o creditore sociale) venisse a conoscenza del conflitto di interessi cosa che – si ribadisce – è tutt'altro che scontata se si considera che questo spesso non è neppure a conoscenza dell'identità degli amministratori della società o, comunque, dispone di scarsissime informazioni nei riguardi di tali soggetti potrebbe non essere in grado di individuare il *nesso causale* tra la condotta dell'agente e il pregiudizio subito dalla società.

Acquisite le informazioni dalle quali emerge il compimento o il concorso nel compimento da parte dell'amministratore in conflitto di interessi di un atto di disposizione di beni sociali pregiudizievole per la società occorrerà reperire la documentazione necessaria per sporgere la relativa querela⁶⁷⁷.

In alternativa il socio potrebbe optare per ottenere una tutela civilistica azionando la responsabilità prevista dell'art. 2395 c.c. ossia *l'azione individuale di responsabilità* ma,

come è il caso delle società off-shore costituite nei c.d. paradisi fiscali e/o bancari, in cui la contabilità della società è estremamente semplificata o inesistente, e sono assenti o fortemente limitate le forme di controllo pubblico».

⁶⁷⁷In relazione alla cui proposizione, in considerazione dei più recenti orientamenti giurisprudenziali di cui si è dato conto *supra* Cap. 1, par. 11, si può ragionevolmente ritenere la legittimazione anche del singolo socio salvo il caso di un (sempre possibile) *revirement* giurisprudenziale sul punto anche in considerazione delle critiche mosse dalla dottrina alla soluzione adottata per via giurisprudenziale.

in tal caso, sarà necessario dimostrare di essere stato “*direttamente danneggiato*” da atti determinati “*colposi o dolosi degli amministratori*”⁶⁷⁸.

Nel caso in cui, invece, i soggetti lesi siano tanti da raggiungere i *quorum* richiesti dall’art. 2393-*bis* c.c. si potrà esercitare anche *l’azione sociale di minoranza* ma, le elevate difficoltà probatorie, i rischi di insuccesso nonché le ingenti spese processuali portano, nella stragrande maggioranza dei casi, a non intraprendere neanche tale via.

Una sanzione del comportamento dell’amministratore potrà invece avvenire in modo più agevole qualora ad essere lesa è la maggioranza o, se presente, il socio di maggioranza disponendo della maggioranza dei voti nell’assemblea, potrà far valere anche *l’azione sociale di responsabilità* di cui all’art. 2393 c.c.

La situazione risulta essere ancora più complessa allorchè ci si trovi nel contesto di un raggruppamento societario. In tal caso, infatti, oltre alle problematiche appena menzionate se ne riscontrano di ulteriori sia a causa delle enormi carenze informative che, anche qui, caratterizzano la condizione dei soggetti esterni al gruppo di controllo (soci di minoranza e creditori sociali) sia per le difficoltà probatorie connesse al concreto operare della clausola dei vantaggi compensativi la quale impone di valutare un ingente mole di materiale senza specificare a chi competa l’onere di allegazione e di dimostrazione.

Procedendo come sopra, verranno analizzati innanzitutto gli ostacoli all’esercizio dell’azione penale per poi proseguire verificando se le eventuali lacune di tutela della disciplina penalistica possano essere colmate ricorrendo a strumenti di natura civilistica. Nell’ambito delle aggregazioni societarie alcune condotte “apparentemente” di *mala gestio* dell’amministratore (direttore generale, liquidatore) potrebbero trovare giustificazione nel perseguimento dell’*interesse di gruppo*. Qualora, infatti, il pregiudizio momentaneamente richiesto ad una componente venga “*compensato da vantaggi conseguiti o fondatamente*” prevedibili l’amministratore andrà esente da responsabilità.

Tuttavia, in mancanza di una norma *ad hoc*, che predisponga regole specifiche in materia, spetterà all’accusa dimostrare l’illiceità dell’operazione sulla base della intrinseca impossibilità, evidente anche *ex ante* a titolo meramente previsionale, di

⁶⁷⁸ A tutela dei creditori si ritrova una disposizione analoga nell’art. 2394 c.c. il quale prevede la responsabilità degli amministratori per “*l’inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell’integrità del patrimonio sociale*”.

produrre effetti vantaggiosi per la società pregiudicata. Ovviamente si dovrà dimostrare anche il conflitto di interessi ossia che l'amministratore abbia perseguito l'interesse di un'altra società del gruppo o della controllante a svantaggio di quella amministrata, nonché il perseguimento di un profitto ingiusto o di un altro vantaggio e l'intenzionale causazione del danno al soggetto leso dalla condotta criminosa.

Gli ostacoli all'esercizio dell'azione penale si rilevano, quindi, maggiori rispetto a quelli riscontrabili in una società "monade": i sacrifici imposti alle controllate, infatti, vengono di norma statuiti dal gruppo di controllo al fine di avvantaggiare le altre società nelle quali, lo stesso, detiene partecipazioni maggiori o dove può estrarre più ingenti benefici privati a discapito degli azionisti di minoranza⁶⁷⁹.

Sarà ancora più raro, pertanto, che gli amministratori, espressione del medesimo gruppo di controllo che ha ordinato il compimento dell'operazione illecita, promuovano la querela nei confronti del soggetto agente.

In sostanza, si potrà addivenire ad un'azione penale – come già evidenziato in precedenza⁶⁸⁰ – nel caso in cui muti il gruppo di controllo. Infatti solo allora i nuovi amministratori, espressione di una rinnovata maggioranza, avranno interesse a far sanzionare il soggetto attivo del reato e, soprattutto, a far reintegrare il patrimonio della società danneggiata di cui sono entrati in possesso.

Le grosse difficoltà, se non addirittura l'impossibilità, in capo al singolo azionista o al creditore sociale di ottenere una tutela tramite una condanna penale del soggetto agente non impediscono, tuttavia, di veder soddisfatte, almeno sotto il profilo patrimoniale, le proprie ragioni.

All'art. 2497 c.c., infatti, è prevista una responsabilità diretta delle società e degli enti che esercitano in modo scorretto l'attività di direzione e coordinamento.

Tuttavia anche in questo caso l'*iter* processuale necessario per ottenere un risarcimento è tutt'altro che agevole poichè occorrerà dimostrare: *a)* l'effettivo esercizio, da parte della società controllante, dell'attività di direzione e coordinamento cosa che, nonostante le presunzioni *ex lege*, spesso risulta tutt'altro che agevole; *b)* l'induzione al compimento dell'operazione da parte della società controllante in vista del perseguimento di un "*interesse proprio o altrui*" e "*in violazione dei principi di*

⁶⁷⁹ L. ENRIQUES, *Gruppi piramidali, operazioni intragruppo e tutela degli azionisti esterni: appunti per un'analisi economica*, cit., p. 698 ss.

⁶⁸⁰ Cfr., *supra* cap. I, par. 11.

corretta gestione societaria”; c) l’effettiva e consequenziale lesione dei propri interessi *sub specie* di diminuzione della redditività e del valore della partecipazione sociale per gli azionisti, e dell’integrità del patrimonio per i creditori sociali.

La dimostrazione di tali elementi non porta, poi, automaticamente e necessariamente all’ottenimento di una tutela civilistica in quanto siffatto comportamento potrebbe essere giustificato dal perseguimento di una politica unitaria di gruppo destinata, nonostante i sacrifici imposti di volta in volta alle singole entità, a produrre effetti positivi per ciascuna componente.

La responsabilità potrà essere esclusa, e il conseguente risarcimento negato, allorché il danno risulti mancante alla luce del risultato complessivo dell’attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette.

In mancanza di una disciplina *ad hoc* in materia, il soggetto che ha proposto l’azione dovrà dimostrare l’insussistenza di vantaggi compensativi secondo la disciplina comune sulla responsabilità extracontrattuale.

5. Alcune proposte per una tutela più incisiva dei soci di minoranza e dei creditori sociali.

Si impone, a questo punto della trattazione, il passaggio dalla semplice analisi dello *status quo* del diritto positivo alla prospettazione di alcuni correttivi che potrebbero contribuire ad innalzare il livello di tutela della fattispecie criminosa.

Dall’esame della portata repressiva del delitto di infedeltà patrimoniale si è potuto notare quanto sia difficile trovare un adeguato punto di equilibrio tra rispetto dei principi cardine del diritto penale ed esigenze repressive ravvisabili nell’attuale momento storico.

Queste ultime infatti spingerebbero nel senso di una tutela fortemente anticipata tale da evitare lo stesso verificarsi di condotte lesive che per la diffusività dei loro effetti rischiano di pregiudicare gli interessi di una moltitudine di soggetti i quali, tuttavia, non essendo vittime di “gravi” lesioni vengono spesso trascurati⁶⁸¹.

⁶⁸¹ Esplicito rifiuto della ricostruzione del delitto di infedeltà patrimoniale secondo lo schema del pericolo astratto o concreto è stato espresso da V. RAINONE, *Il delitto di infedeltà patrimoniale tra modernità e post-modernità penalistica*, cit., p. 447 ss. L’A. pur riconoscendo che «l’anticipazione della punibilità

All'opposto l'esigenza di determinatezza dell'area del penalmente rilevante spinge ad una configurazione del reato in termini fortemente analitici con l'inserimento di numerosi elementi atti a circoscrivere e descrivere in modo preciso la condotta incriminata⁶⁸².

Una maggiore incisività di tutela, senza il rischio di far ricadere la fattispecie di infedeltà patrimoniale nell'indeterminatezza, potrebbe essere perseguita tramite l'eliminazione degli elementi di maggior ostacolo al raggiungimento di una sentenza di condanna.

Innanzitutto, come sottolineato da gran parte della dottrina, si dovrebbe evitare di ricorrere al requisito dell'intenzionalità del danno in quanto si tratterebbe di un elemento che nell'economia del reato svolge un ruolo esclusivamente ostracistico.

Si tratta, infatti, di un elemento che non qualifica, se non in casi del tutto marginali, il disvalore della condotta essendo estremamente raro che il soggetto attivo del reato sia animato dall'intenzione di causare un danno alla società o a terzi essendo questo, nella stragrande maggioranza dei casi, accettato come conseguenza inevitabile della condotta – per cui integrerebbe il dolo – ma sicuramente non ricercato intenzionalmente. L'unico effetto prodotto da tale requisito è quello di creare un grosso aggravio in sede processuale stante le difficoltà di dimostrazione.

Si tratta, inoltre, di un elemento in forte controtendenza rispetto al raggiungimento di una tutela "socializzata"⁶⁸³ – esigenza che, come si è visto poc'anzi, sembra emergere dallo scenario economico moderno – in quanto risulta praticamente impossibile che l'agente voglia causare intenzionalmente un danno alla società e, tantomeno, ad ogni singolo investitore che compra azioni sul mercato borsistico.

Proprio sulla scorta di siffatte considerazioni, gran parte della dottrina si è mossa per tentare di fornire un'interpretazione della norma che permettesse di aggirare tali strettoie.

sulla soglia del pericolo astratto, a prescindere al danno al patrimonio sociale, (...) consentirebbe un modello di tutela più "dinamico"» rifugge tale soluzione per l'indiscriminata dilatazione applicativa della fattispecie che ne conseguirebbe. Infatti, a causa della intrinseca rischiosità degli atti gestori, operando una valutazione della condotta svincolata dal danno, si potrebbero incriminare «fatti inoffensivi per il patrimonio sociale o addirittura vantaggiosi per lo stesso». Analoghe considerazioni vengono svolte con riguardo alla costruzione del delitto in termini di pericolo concreto.

⁶⁸² Tra questi come più volte sottolineato emergono il presupposto del reato (conflitto di interessi), il requisito del danno, il momento soggettivo nella sua duplice veste di dolo specifico di un ingiusto profitto o altro vantaggio e intenzionale circa la verifica del danno, la perseguibilità a querela.

⁶⁸³ E. MEZZETTI, *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario*, cit., p. 213.

La lettera della legge tuttavia, nonostante le pur presenti improprietà logiche⁶⁸⁴, sembra essere inequivocabile nel richiedere l'intenzionalità del danno, motivo per cui all'interprete non resta che denunciare le possibili conseguenze negative connesse alla previsione di tale momento soggettivo nella speranza che il legislatore intervenga adeguando il dettato normativo alle esigenze poc' anzi esposte.

Analogo discorso può essere svolto in relazione al regime di procedibilità del reato ossia al requisito della querela della persona offesa. Si nota, in questo, un forte accento privatistico in quanto la scelta di azionare l'intervento repressivo penale sarebbe lasciato nelle mani della maggioranza assembleare. Peraltro la soluzione cui si è pervenuti per via giurisprudenziale volta a legittimare anche il singolo socio pone, come si è visto, problemi circa il possibile impiego distorto di tale facoltà e, in ogni caso, non garantisce i soggetti deboli quali soci di minoranza, creditori e, nel caso si tratti di società con titoli quotati in borsa, investitori che, nella maggior parte dei casi, non verrebbero neppure a conoscenza degli atti pregiudizievoli dei propri interessi⁶⁸⁵.

Sarebbe pertanto auspicabile la previsione della procedibilità d'ufficio in quanto, diversamente, rimane alto il rischio che gran parte delle condotte infedeli non vengano neppure portate all'attenzione della magistratura.

De jure condendo, a titolo meramente propositivo, si potrebbe pensare, onde evitare un'indiscriminata estensione del potere di sporgere querela, di attribuire ai soggetti che assumono di essere stati lesi da un comportamento infedele la possibilità di denunciare i soggetti attivi.

Siffatta soluzione, già percorsa da altri ordinamenti giuridici, permetterebbe di evitare un'eccessiva privatizzazione dell'offesa – oltre all'inevitabile eccessiva restrizione della perseguibilità del reato a causa delle problematiche connesse all'esercizio della querela⁶⁸⁶ – garantendo una tutela anche a beni che inevitabilmente vengono pregiudicati con la commissione del reato di infedeltà patrimoniale e che restano nella stragrande maggioranza dei casi del tutto disattesi⁶⁸⁷.

⁶⁸⁴ P. ALDROVANDI, *Art. 2634 c.c.*, in AA.VV., *I nuovi reati societari (Commentario al decreto legislativo 11 aprile 2002, n. 61)*, a cura di A. LANZI e A. CADOPPI, Padova, 2007, p. 179 ss.

⁶⁸⁵ A. D'AVIRRO, *L'infedeltà patrimoniale. Art. 2634 c.c.*, in A. D'AVIRRO – G. MAZZOTTA, *I reati "d'infedeltà" nelle società commerciali. Artt. 2634-2635 c.c. D. Lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, Milano, 2004, p. 166.

⁶⁸⁶ Cfr., *supra* cap. 1, par. 11.

⁶⁸⁷ Il legislatore spagnolo, infatti, ha disposto che ai fini della procedibilità dei reati societari (ivi compreso il delitto di "administration desleal" figura corrispondente alla nostra infedeltà patrimoniale)

Tuttavia non si può mancare di rilevare come anche i correttivi suggeriti porterebbero esclusivamente ad una facilitazione nell'ottenere una tutela o meglio amplierebbero le possibilità dei soggetti lesi di accedere e, di conseguenza, di raggiungere una tutela. Si tratterebbe, però, di una tutela di carattere tardivo in quanto l'evento si sarebbe già consumato e si riuscirebbe, al massimo, ad ottenere una condanna ma non a prevenire la stessa commissione del reato.

6. La clausola di vantaggi compensativi: alcuni suggerimenti dall'«estero».

Prima di concludere sul tema sono doverose alcune considerazioni circa l'idoneità della clausola dei vantaggi compensativi a svolgere il difficile compito che le è stato affidato. Si è visto, infatti, come il legislatore abbia qui individuato il punto di equilibrio tra l'esigenza della capogruppo a perseguire una politica unitaria e l'interesse dei soci esterni e dei creditori sociali a non veder pregiudicati i propri interessi.

Si tenterà di prospettare una lettura della norma che, nell'ottica della predisposizione di un modello integrato dove le diverse branche del diritto si compongono tra loro per offrire una tutela efficiente degli interessi in gioco, attribuisce alla sanzione penale – in ossequio al suo carattere di *extrema ratio* – una funzione sanzionatoria a copertura delle sole condotte connotate da un maggiore disvalore.

Come si è potuto ampiamente riscontrare l'adozione della clausola dei vantaggi compensativi è stata, per così dire, una scelta «obbligata» in quanto la forma organizzativa di gruppo costituisce già da tempo una realtà in continua espansione della quale, accanto ai rischi e agli aspetti negativi, si devono riconoscere anche i profili positivi.

ex art. 296 co. 1 c.p., è necessaria una denuncia da parte della persona offesa o di un suo rappresentante legale. Tuttavia questa, che dovrebbe essere la regola generale, è destinata a divenire un'eccezione se si considerano gli ampi margini di intervento che spettano al PM, quando siano offesi interessi generali o una pluralità di persone. I reati societari vengono infatti considerati dei reati semi-pubblici in ragione del fatto che, spesso, accanto al patrimonio dell'ente vengono danneggiati interessi che fanno capo ad una pluralità di persone (soci, investitori/risparmiatori, creditori sociali) oltre che beni di natura pubblicistica in senso stretto (trasparenza, affidabilità del mercato etc). Si deve ricordare, tuttavia, che nel diritto spagnolo siffatta impostazione è agevolata dal fatto che non è revocabile in dubbio la qualità, in capo al socio, di persona offesa dal reato societario. Infatti quando il soggetto passivo di un delitto societario è la società commerciale di cui essi fanno parte anche questi devono essere considerati persone offese – non tanto perché subiscono una ripercussione indiretta sul loro patrimonio – quanto per espressa menzione legislativa. Per maggiori approfondimenti sul tema, cfr. M. MEDICO, *I reati societari nel codice penale spagnolo del 1995*, in *Il nuovo diritto penale delle società. D.Lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, a cura di A. ALESSANDRI, Milano, 2002, p. 566.

Sulla carta la clausola dei vantaggi compensativi – nonostante le improprietà lessicali della cui interpretazione e sistematizzazione si è ampiamente fatta carico la dottrina – sembra ricevere valutazioni generalmente positive⁶⁸⁸, a parte qualche tenace oppositore⁶⁸⁹, in virtù di una bilanciata calibratura degli interessi in gioco.

Questa, però, viene ottenuta richiedendo all'amministratore di effettuare, prima del compimento dell'operazione infragruppo, sottili valutazioni che hanno ad oggetto non soltanto le possibili ripercussioni dell'operazione sulla società da lui amministrata, ma addirittura di tener conto anche delle eventuali compensazioni che possono derivare dalla mera appartenenza ad una comunità allargata sulle quali, tuttavia, l'amministratore medesimo non ha nessuna influenza.

È evidente l'aleatorietà che, soprattutto in ambito economico, può caratterizzare tali valutazioni.

Ulteriore elemento di complicazione consiste nel fatto che l'esenzione della responsabilità è ancorata ad un elemento di natura soggettiva che tramite l'inserimento dell'avverbio "*fondatamente*" il legislatore ha tentato di oggettivizzare.

Occorrerà svolgere, pertanto, una complessa indagine circa la valutazione effettuata dal soggetto agente in modo da evitare che vada esente da responsabilità ogniqualvolta adduca a sua discolpa la previsione di vantaggi nella realtà mai realizzatesi e, allo stesso tempo, evitare di irrigidirsi – come sembra fare in alcune sentenze la Suprema Corte⁶⁹⁰ – nel richiedere una prognosi di «sostanziale certezza».

Siffatte difficoltà potrebbero tramutarsi in veri e propri impedimenti in caso di un (sempre possibile) *revirement* giurisprudenziale in merito ai soggetti legittimati a proporre querela la quale – si ribadisce – pur se attualmente estesa anche al singolo socio non per ciò solo garantisce la possibilità di un reale impulso processuale.

⁶⁸⁸ Cfr., per tutti P. MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, I, p. 710 ss.

⁶⁸⁹ Cfr., per tutti L. ENRIQUES, *Gruppi piramidali, operazioni intragruppo e tutela degli azionisti esterni: appunti per un'analisi economica*, cit., p. 698 ss.

⁶⁹⁰ Cass. pen., Sez. V, 23 giugno 2003, n. 38110, in *Giur. comm.*, 2004, II, p. 599 ss. ove viene sancito che la compensazione sussiste in presenza di «concreti vantaggi compensativi» e non della «mera speranza» di conseguirli e che, in particolare, i vantaggi fondatamente prevedibili devono essere basati «su elementi sicuri, pressochè certi e non meramente aleatori o costituenti una semplice aspettativa»: in altri termini, deve trattarsi di una «previsione di sostanziale certezza».

Si è visto, infatti, come in gran parte dei casi i soci di minoranza non hanno neppure accesso alle informazioni dalle quali emergerebbero i profili di responsabilità in capo all'organo gestorio.

Tali problematiche, in gran parte dei casi, pregiudicano in radice la stessa possibilità di ottenere un'adeguata tutela e, anche nel caso in cui si riesca ad instaurare un procedimento, gli esiti dello stesso rimangono fortemente incerti poiché "soffocati" dell'enorme mole di elementi oggetto di valutazione.

L'inevitabile – e di fatto frequente – rischio di incorrere in numerosi falsi positivi o negativi i quali, sommati alla lunghezza del processo, costituiscono appunto la causa del mancato ottenimento di una efficace tutela.

La strada da percorrere in vista del raggiungimento di una maggiore efficienza del sistema potrebbe essere, anche qui, quella di incentivare la trasparenza e la corretta informazione societaria.

Infatti, se non si vogliono allargare eccessivamente le maglie dell'intervento penale per evitare di reprimere condotte del tutto inoffensive al bene giuridico tutelato – se non addirittura vantaggiose –, l'unica alternativa è quella di predisporre alcuni correttivi atti ad indurre gli amministratori ad esercitare le proprie funzioni in ossequio ai doveri inerenti la loro carica e, nel caso vengano commessi degli abusi, garantiscano un giudizio più rapido e meno aleatorio.

Del resto sembra potersi affermare con sufficiente certezza che anche il legislatore della riforma si sia mosso in questa direzione: la predisposizione di una clausola sui vantaggi compensativi anche in sede civile, l'inserimento di misure poste a garanzia della trasparenza e la previsione di specifiche tutele a favore dei soci esterni e dei creditori sociali devono essere, pertanto, lette in questa prospettiva.

In particolare – come già evidenziato da parte della dottrina⁶⁹¹ – il problema della verifica della sussistenza dei vantaggi compensativi potrebbe essere eliminato *in radice* valorizzando adeguatamente il dettato dell'art. 2497-bis co. 5 c.c. Questo, infatti, impone agli amministratori di "*indicare nella relazione sulla gestione i rapporti intercorsi con chi esercita l'attività di direzione e coordinamento e con le altre società che vi sono soggette, nonché l'effetto che tale attività ha avuto sull'esercizio dell'impresa sociale e sui suoi risultati*". Particolare attenzione si dovrebbe prestare

⁶⁹¹ R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, I, 2003, p. 673.

anche agli obblighi di pubblicità di cui all'art. 2497-bis co. 1 nonché a quelli motivazionali ex art. 2497-ter c.c.

Queste norme, infatti, garantiscano la conoscibilità delle informazioni sulle operazioni infragruppo anche in capo ai soggetti che sono al di fuori del gruppo di controllo. Tuttavia – perché possano svolgere appieno la funzione affidatagli dal legislatore – si dovrebbe garantire un intervento immediato in caso di violazione in modo tale da “costringere” i soggetti obbligati e, ancor più, le stesse società ad adempiere a siffatti obblighi. Oggi, tuttavia, siamo ancora lontani da un sistema di questo tipo: la responsabilità dell'amministratore che abbia cagionato un danno omettendo di adempiere al proprio obbligo di informazione o di adeguata motivazione risulta, infatti, praticamente inazionabile e quindi di scarsissima efficacia deterrente. Chi volesse azionare siffatta responsabilità dovrebbe innanzitutto venire a conoscenza dell'operazione, del fatto che l'assunzione della stessa è stata determinata dalla controllante, e soprattutto individuare la sussistenza di un nesso causale tra la violazione di cui si discorre e il danno subito. Infine, ovviamente, sarebbe necessario dar prova di tutto questo: i tempi, l'onerosità e i costi del giudizio fanno sì che una simile azione non venga mai esercitata o comunque abbia scarsissime *chance* di successo.

Potrebbe essere opportuno, pertanto, che tali obblighi vengano presidiati da una sanzione amministrativa disposta sulla base, magari, di indagini effettuate dalla Consob d'ufficio e indipendentemente dalla verifica di un danno. Solo così si spinge verso una maggiore correttezza e si obbligano, realmente, gli organi gestori a mettere a disposizione del mercato le informazioni rilevanti.

In questo modo risulterà più facile per gli azionisti di minoranza e per i creditori sociali accedere alla tutela di cui all'art. 2497 c.c. poichè avranno facile accesso a tutte le informazioni necessarie per dimostrare in sede processuale la responsabilità della società o degli amministratori.

Ulteriori facilitazioni potrebbero provenire dal concreto svolgersi del procedimento il quale, sulla scorta di quanto già da tempo avviene negli USA, potrebbe essere integrato da apposite norme volte a distribuire in modo equo l'onere probatorio.

Ad esempio, come stabilito nel § 5.10 dei “*Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations*” (intitolato “*Duty of Fair Dealing of Controlling Shareholders*”) predisposto dall'A.L.I. (American Law Institute), si potrebbero

prevedere alcuni casi di inversione dell'onere probatorio⁶⁹². Ad esempio potrebbe richiedersi il consenso dei soci di minoranza prima di effettuare determinate operazioni – tendenzialmente quelle che impongono un pregiudizio alla società di cui fanno parte – con effetti circoscritti al piano probatorio. Qualora venga fornito il consenso, naturalmente a seguito di una dettagliata *disclosure* sull'operazione comprensiva non solo dei pregiudizi attuali ma anche dei vantaggi attesi, l'operazione potrebbe essere reputata corretta e sanzionata solo nel caso in cui gli stessi azionisti ne dimostrino la scorrettezza.

Negli altri casi – sebbene le regole generali impongano ai soci che vogliono far valere la responsabilità degli amministratori o della *holding*, ovvero al PM la dimostrazione della colpevolezza dell'agente o di chi ha indotto a compiere il reato – si potrebbero introdurre regole *ad hoc* volte a ripartire diversamente l'onere probatorio in ossequio al criterio di vicinanza della prova oppure, sebbene a titolo di ipotesi, ricorrendo a presunzioni legali derivanti dalla violazione degli obblighi di pubblicità, di informazione e motivazione come sopra descritti.

Si garantirebbe così una tutela civile fortemente incisiva e una facilitata dimostrazione delle responsabilità penali pur senza dilatare l'ambito di applicazione della fattispecie, che rimarrebbe a presidio esclusivo delle condotte connotate da un maggiore disvalore in ragione delle modalità di esecuzione o, piuttosto, per le conseguenze cagionate.

7. Un giudizio sull'applicazione pratica del reato di infedeltà patrimoniale nel panorama economico italiano.

L'unanime constatazione circa l'inefficienza della normativa previgente, e la riconosciuta necessità di prevedere misure maggiormente incisive volte a sanzionare le condotte di *mala gestio* degli amministratori, riportata nell'*incipit* di questo lavoro, impone di domandarsi se si sia riusciti nell'intento di apprestare una adeguata tutela avverso le menzionate condotte infedeli.

Ad avviso di chi scrive, per tentare una risposta (senza reiterare analisi su aspetti già trattati – certamente in modo più approfondito – dagli Autori citati), occorre soffermarsi

⁶⁹² Sulla scorta dell'*intrinsic fairness test* di cui si è trattato *supra* al cap. III, par. 2.1.4.

sul dato meramente empirico: l'applicazione pratica della fattispecie incriminatrice, nei suoi quindici anni di vita, da parte della giurisprudenza di merito e di legittimità.

Ebbene, tale verifica impone all'interprete di constatare il ridottissimo numero delle pronunce aventi ad oggetto esclusivamente il reato di infedeltà patrimoniale di cui all'art. 2634 c.c., mentre la stragrande maggioranza si riferisce ai rapporti tra il delitto di infedeltà patrimoniale e altre fattispecie di reato e, in particolare, l'appropriazione indebita e la bancarotta patrimoniale societaria da infedeltà di cui all'art. 223, comma 2, n. 1 l.f. con riferimento all'art. 2634 c.c.

Per essere più precisi e meglio comprendere le ragioni che hanno portato la giurisprudenza, soprattutto di Cassazione, a pronunciarsi sulle problematiche inerenti i rapporti tra le diverse figure di reato sopra richiamate occorre soffermarsi brevemente sulle ragioni genetiche del giudizio.

Le pronunce riguardanti i rapporti tra infedeltà patrimoniale e appropriazione indebita, infatti, sono originate, per lo più, da ricorsi promossi da chi, imputato o condannato per il reato di appropriazione indebita di cui all'art. 646 c.p., a seguito dell'introduzione ad opera del D. L.vo 11.4.2002 n. 61 della figura criminosa dell'infedeltà patrimoniale, ha lamentato la mancata applicazione della nuova fattispecie criminosa.

Detti ricorsi miravano per lo più a sussumere le condotte *sub judice* nella fattispecie di infedeltà patrimoniale onde poter beneficiare di particolari condizioni quali (ad esempio):

- l'assenza di querela, poiché la gran parte delle contestazioni per appropriazione indebita nei confronti di amministratori prevedeva l'aggravante di cui all'art. 61, n. 11 c.p., con la conseguente procedibilità d'ufficio;

- l'assenza di elementi specializzanti, sia sotto il profilo oggettivo che soggettivo, richiesti dalla nuova fattispecie incriminatrice.

Più di recente, invece, le pronunce giurisprudenziali hanno trattato condotte poste in essere da società poi dichiarate fallite e, conseguentemente, la disamina si è incentrata per lo più sulla definizione dell'ambito di applicazione del reato di bancarotta patrimoniale societaria da infedeltà di cui all'art. 223, comma 2, n. 1 l.f. con riferimento all'art. 2634 c.c.

L'emergenza, seppure in sede fallimentare, di condotte infedeli degli amministratori da un lato appalesa la sussistenza del fenomeno come dato reale e dall'altra pone l'ulteriore

interrogativo sul perchè difficilmente intervenga il vaglio giurisprudenziale nell'ambito di società *in bonis*.

Prima facie, sembrerebbe doversi escludere l'ipotesi di un incremento di tali condotte in concomitanza o prossimità della crisi aziendale, e perciò ritenere che solo all'esito della sentenza dichiarativa di fallimento i fatti di *mala gestio* vengano effettivamente sottoposti al vaglio della magistratura.

Sembra altresì potersi escludere, tra le ragioni del divario, il regime di procedibilità a querela previsto per il reato di infedeltà patrimoniale dall'art. 2634 c.c.

Ciò, infatti, potrebbe giustificare una scarsa applicazione all'indomani dell'entrata in vigore della fattispecie, ma non certo ad oltre dieci anni dal consolidarsi di quella giurisprudenza che ha riconosciuto anche al singolo socio la legittimazione alla presentazione della querela.

La ragione della scarsa domanda di tutela avverso le condotte infedeli degli amministratori – nell'ambito delle società *in bonis* – potrebbe invece essere ricercata nella ridotta disponibilità di informazioni da parte dei soci di minoranza (o, per le società inserite in contesti di gruppo, dei soci esterni) che, conseguentemente, sovente neppure vengono a conoscenza dell'esistenza di una minaccia al bene tutelato.

Al contrario, la dichiarazione di fallimento determina l'entrata in gioco di un soggetto professionalmente qualificato (il curatore fallimentare), nonché la disamina della contabilità e la verifica delle operazioni sociali effettuate dagli amministratori, con la conseguente doverosa domanda di tutela e di repressione delle condotte abusive.

Anche tale soluzione non appare del tutto appagante. Seppur è vero che può così offrirsi una ragione del mancato ricorso alla domanda di tutela (e, quindi, ad una minore incidenza in termini di casistica) da parte di una determinata cerchia di soggetti, non si spiega ancora il motivo dell'inerzia da parte dei soci di maggioranza i quali certamente possiedono tutte le necessarie informazioni.

Con riferimento a tale ultima ipotesi, però, occorre distinguere a seconda che si tratti di società appartenenti o meno ad un gruppo. Infatti, l'inerzia dei soci di maggioranza potrebbe trovare giustificazione solo per società appartenenti ad un gruppo composto da più società alle quali gli stessi soci partecipino contemporaneamente, e a condizione che la condotta infedele dell'amministratore determini (per una o più delle altre società) vantaggi in grado di compensare il pregiudizio patito nella società danneggiata.

Qualora, invece, la condotta infedele sia posta in essere nell'ambito di una società *monade* il pregiudizio sofferto si ripercuoterebbe inevitabilmente anche sul socio di maggioranza e, pertanto, non se ne comprenderebbe l'inerzia.

Le analisi potrebbero esser più fruttuose, e meglio compresi gli interrogativi, attraverso un'osservazione più approfondita del reale tessuto economico italiano.

Sebbene i fenomeni di cui si è dato conto nel capitolo II abbiano caratterizzato l'evolversi di numerose società, non tutti i settori economici sono stati interessati in egual misura e, anzi, l'imprenditoria italiana è ancora fortemente caratterizzata – come noto – dalla presenza di una molteplicità di piccole e medio piccole imprese nelle quali proprietà e gestione (spesso) coincidono.

Lo sforzo per disciplinare il fenomeno dei gruppi societari effettuato dal legislatore della riforma e, prima di questo, dalla dottrina e della giurisprudenza sconta, quantomeno nel panorama italiano, non soltanto un ritardo nell'emersione ma soprattutto nelle modalità di sviluppo del fenomeno che ne hanno determinato, sotto il profilo pratico, un'incidenza differente da quella prospettata in linea teorica.

Il tessuto economico italiano, infatti, si caratterizza per la presenza di piccole società nell'ambito delle quali l'organo gestorio il più delle volte non solo rappresenta ma ricomprende in sé anche la proprietà e la titolarità delle quote o azioni sociali.

Medesimo discorso può essere svolto anche con riferimento a gran parte dei “*gruppi societari*” presi in esame dalle sentenze richiamate nel presente lavoro.

Si potrebbe quindi affermare che gran parte del tessuto economico nell'ambito del quale la nuova fattispecie è chiamata ad operare sia caratterizzato da società dove la gestione è affidata agli stessi soggetti che detengono la proprietà sia con riferimento a singole società che alle realtà di gruppo.

Al contrario le imprese caratterizzate dalla presenza di una pluralità di investitori e amministrate da un *management* professionale legato ai primi esclusivamente da un incarico professionale assume caratteri più modesti⁶⁹³.

Il dato appena evidenziato porta a comprendere le ragioni per le quali comportamenti infedeli da parte del *management* aziendale nei confronti della società le cui quote o

⁶⁹³ Secondo uno studio condotto da Efige (European firms in a global economic) in collaborazione con Unicredit S.p.A. pubblicato da DANIELE AUTERI, Sono figli, fratelli, mogli e cugini i manager delle imprese italiane, pubblicato sul sito www.repubblica.it in data 12.12.2012 le aziende di proprietà familiare costituiscono oltre l'89% del totale e, tra queste, quelle condotte da manager riconducibili all'*entourage* familiare arrivano al 66,3%.

azioni, nella stragrande maggioranza, sono di loro stessa proprietà o, al più, di proprietà di prossimi congiunti si riducono ai casi di liti interne che, inevitabilmente, hanno ad oggetto l'intero assetto proprietario.

Riguardata sotto tale profilo la domanda posta all'origine potrebbe trovare una risposta parzialmente differente dall'ipotesi iniziale, inducendo a ritenere che l'emergenza riscontrata sulla base del dato empirico possa effettivamente corrispondere al dato reale, così escludendo trattarsi esclusivamente di c.d. "falsi negativi".

Infatti, riguardando il fenomeno alla luce del contesto appena delineato si può ragionevolmente ritenere che gran parte dei comportamenti infedeli perpetrati dal *management* ai danni della società sia da ricondurre proprio alle fasi di crisi, onde "recuperare" parte del patrimonio aziendale e destinarlo a soggetti, fisici o giuridici, appartenenti al medesimo centro di interessi.

Concludendo si può affermare che la scarsa incidenza del fenomeno con riferimento alle società *in bonis* possa essere in parte dovuto alla realtà economica italiana nell'ambito della quale le ipotesi di *mala gestio* sono limitate alle ipotesi di veri e propri conflitti tra i soggetti che detengono la proprietà delle quote e/o delle azioni.

L'emergenza del fenomeno si manifesta in modo predominante in seno alle società in crisi nell'ambito delle quali le operazioni infedeli sono per lo più preordinate a salvaguardare il patrimonio aziendale dalle conseguenze del fallimento o dell'aggressione da parte dei creditori.

In ultima analisi si può affermare che l'impostazione del legislatore della riforma, di stampo prettamente privatistico, non offre una reale ed incisiva tutela ai soggetti che potrebbero avere interesse a far emergere e far sanzionare le condotte di infedeltà (creditori, soci di minoranza e/o soci esterni nei gruppi) se non a seguito dell'avvio della procedura concorsuale, nell'ambito della quale, però, la fattispecie assume caratteristiche differenti in quanto partecipe del diverso reato di bancarotta fraudolenta societaria da infedeltà patrimoniale di cui all'art. 223, comma 2, n. 1 l.f. in relazione ai fatti di cui all'art. 2634 c.c.

Bibliografia

P. ABBADESSA, *I gruppi di società nel diritto italiano*, in AA.VV., *I gruppi di società. Ricerche per uno studio critico*, a cura di A. PAVONE LA ROSA, Bologna, 1982.

N. ABRIANI, *Riforma societaria e nuovo diritto penale commerciale*, in AA.VV., *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, a cura di S. AMBROSINI, Torino, 2003.

N. ABRIANI, *Gruppi di società e criterio dei vantaggi compensativi nella riforma del diritto societario*, in *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 619.

R. ACQUAROLI, *Alcune osservazioni sul reato di infedeltà patrimoniale alla luce del nuovo diritto societario*, in AA.VV., *La riforma dei reati societari*, a cura di C. PIERGALLINI, Atti del seminario, Macerata 21 marzo 2003, Milano, 2004, p. 182 ss.

R. ALAGNA, *Note sul concetto penalistico di conflitto di interessi*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2003, p. 743.

P. ALDROVANDI, *Art. 2634 c.c.*, in AA.VV., *I nuovi reati societari (Commentario al decreto legislativo 11 aprile 2002, n. 61)*, a cura di A. LANZI e A. CADOPPI, Padova, 2007, p. 179.

A. ALESSANDRI, *Il ruolo del danno patrimoniale nei nuovi reati societari*, in *Le società*, 2002, p. 797.

A. ALESSANDRI, *Alcune considerazioni generali sulla riforma*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società. D.Lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, a cura di A. ALESSANDRI, Milano, 2002, p. 10 ss.

E. AMATI, *Infedeltà patrimoniale*, in *Reati societari*, a cura di A. ROSSI, Torino 2004, p. 400.

C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2008.

F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. (Parte generale)*, 14 ed., vol. I, Milano, 1997.

F. BARCA – L. FELLI, *Contributo all'analisi economica dei doveri fiduciari come strumento di governo delle transazioni nell'impresa*, in *Riv. dir. imp.*, 1994, p. 1 ss.

M. BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e sanzioni penali*, Milano - Roma, 2006, 126.

- M. BELLI, *Bancarotta fraudolenta ed operazioni intragrupo: prime riflessioni alla luce dei D.Lg. n. 61 del 2002 e n. 6 del 2003*, in AA.VV., *La riforma dei reati societari*, a cura di C. PIERGALLINI, Atti del seminario, Macerata 21 marzo 2003, Milano, 2004.
- C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, Milano, 2009.
- C. BENUSSI, *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale nei gruppi di società: limite scriminante o "esegetico"?*, in AA. VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. DOLCINI – C. E. PALIERO, Milano, 2006, p. 2207 ss.
- G. BERSANI, *Operazioni infragrupo e vantaggi compensativi nel diritto penale societario e fallimentare*, in *Il Fisco*, 2004, p. 6629.
- K. H. BIEDENKOPF – G. KOPPENSTEINER, *sub § 311 AktG*, in *Kölner Komm. Zum AktG*, 3, Köln, 1971, p. 146.
- M. BIN, *Il conflitto di interesse nei gruppi di società*, in *Contr. e impr.*, 1993, p. 879.
- F. BONELLI, *Conflitto di interessi nei gruppi di società*, in *Giur. Comm.*, 1992, I, p. 226.
- F. BONELLI, *Responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, in *Giur. Comm.*, 2004, suppl. al n. 3, p. 620.
- S. BONFATTI, *Le "esenzioni" dalla revocatoria. Le operazioni strumentali all'accesso alle procedure concorsuali minori o alla esecuzione delle stesse*, in AA.VV., *La riforma della legge fallimentare*, a cura di S. BONFATTI e G. FALCONE, in *Quad. Giur. comm.*, 2005, p. 87 ss.
- F. BRICOLA, *Lo statuto di impresa: profili penali e costituzionali*, in *Giur. comm.*, 1985, I, p. 709 e ora in *Scritti di diritto penale*, vol. II, tomo II, Milano 1997, p. 3335.
- F. BRICOLA, *Limite esegetico, elementi normativi e il dolo nel delitto di pubblicazioni e spettacoli osceni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p. 753 ss.
- V. BRUDNEY – R. C. CLARK., *A New Look at Corporate Oppurtunities*, in *Harvard L. Rev.*, 1981, p. 1055 ss.
- L. CANNARI – C. GOLA, *La diffusione dei gruppi industriali in Italia*, in *I gruppi di società*, in Atti del convegno internazionale di studi, Venezia 16-17-18 novembre 1995, a cura di P. BALZARINI, G. CARCANO e G. MUCCIARELLI, Milano, 1996, p. 1090 ss.
- V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 1229 ss.
- A. CARMONA, *Una breve analisi della fattispecie di "corruzione privata"*, Relazione tenuta al Convegno sulla "Corruption en el sector privado", Cracovia, 10-11 luglio 2003, dattiloscritto.

- F. CARNELUTTI, *Tutela penale della minoranza nelle società per azioni*, in *Riv. Soc.*, 1956, p. 393 ss.
- G. CASAROLI, *sub art. 223 l.f.*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, diretto da A. MAFFEI ALBERTI, 3° ed, Padova, 1991, p. 701 ss.
- G. CIAMPOLI, *I «vantaggi compensativi» nei gruppi di società*, in *Le società*, 2005, p. 171 ss.
- P. CIPOLLA, *Brevi note in tema di rapporti tra appropriazione indebita e il nuovo reato di infedeltà patrimoniale societaria (art. 2634 c.c.)*, in *Cass. Pen.*, n. 2, 2005, p. 471.
- P. CHIARAVIGLIO, *L'evento nei delitti di impedito controllo e di infedeltà patrimoniale: un confronto strutturale*, in *Le Società*, 2017, n. 11, p. 1265 ss.
- G. COCCO, *I confini tra condotte lecite, bancarotta fraudolenta e bancarotta semplice nelle relazioni economiche all'interno dei gruppi di società*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, p. 1021.
- E. CODAZZI, *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale (dalla compensazione "virtuale" alla compensazione "reale"): alcune osservazioni alla luce della riforma del diritto societario*, commento a *Cass. Civ.*, Sez. V, 7 novembre 2003 n. 38110, in *Giur. Comm.*, 2004, II, p. 599 ss.
- L. CONTI, *Responsabilità penali degli amministratori e politiche di gruppo*, in *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, 1995, p. 433 ss.
- L. CONTI, *Diritto penale commerciale, I reati fallimentari*, vol II, *I reati fallimentari*, 2° ed., Torino, 1991
- G. COTTINO, *Diritto commerciale*, vol. I, 3° ed., vol. 1, tomo 2, Padova, 1994.
- A. CRISTIANI, *Art. 2634 c.c.*, in *Commentario di Diritto penale delle società e del credito*, Torino, 2003.
- O. CUSTODERO, *Osservazioni sulla disciplina penale degli abusi di gestione nel gruppo di società*, in *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, 1995, p. 1121.
- F. D'ALESSANDRO, *Il diritto delle società da «i battelli del Reno» alle «navi vichinghe»*, in *Il foro it.*, 1988, vol. V, c. 48 ss.
- F. D'ALESSANDRO, *La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata. Ovvero: esiste ancora il diritto societario?*, in *Riv. Soc.*, 2003, p. 34 ss.
- A. DALMARTELLO – G. B. PORTALE, *I poteri di controllo degli amministratori «di minoranza»*, in *Giur. comm.*, 1980, I, p. 785 ss.

- A. D'AVIRRO, *L'infedeltà patrimoniale. Art 2634 c.c.*, in A. D'AVIRRO – G. MAZZOTTA, *I reati "d'infedeltà" nelle società commerciali. Artt. 2634-2635 c.c. D.Lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, Milano, 2004, p. 5 ss.
- P. DE ANGELIS, *Abuso di gestione e responsabilità penale degli amministratori*, Milano, 2011.
- G. DELITALA, *I reati concernenti le società di commercio e la legge Rocco del 1930*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, I, p. 183.
- C. DE MAGLE, *L'etica e il mercato*, Milano, 2002.
- F. DENOZZA, *Rules vs Standard nella disciplina dei gruppi: l'inefficienza delle compensazioni "virtuali"*, in *Giur. Comm.*, 2000, I, p. 327 ss.
- A. DI AMATO, *Diritto penale dell'impresa*, 5° ed., Milano, 2003, p. 173 ss.
- V. DI CATALDO, *Il recesso del socio di società per azioni*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA e G. B. PORTALE, Torino, 2007, p. 219 ss.
- L. ENRIQUES, *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni*, Milano, 2000.
- L. ENRIQUES, *Gruppi piramidali, operazioni intragruppo e tutela degli azionisti esterni: appunti per un'analisi economica*, in *Giur. comm.*, 1997, I, p. 698 ss.
- L. ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi nella gestione delle società per azioni: spunti teorici e profili comparatistici in vista della riforma del diritto societario*, in *Riv. Soc.*, 2000, p. 509 ss.
- L. ENRIQUES, *Vaghezza e furore. Ancora sul conflitto di interessi nei gruppi di società in vista dell'attuazione della legge delega per la riforma del diritto societario*, in ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Verso un nuovo diritto societario*, a cura di P. BENAZZO, F. GHEZZI, S. PATRIARCA, Bologna, 2002, p. 254.
- L. ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, in *Quaderni di Giur. comm.*, n. 213, Milano, 2000, p. 200 ss.
- L. ENRIQUES, *Gruppi di società e gruppi di interesse*, in AA. VV., *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, a cura di P. BENAZZO, S. PATRIARCA, G. PRESTI, *Quaderni di Giur. comm.*, n. 246, Milano, 2003, p. 250 ss.
- I. FAVA, *I gruppi di società e la responsabilità da direzione unitaria*, in *Le società*, 2003, p. 1201 ss.
- P. FERIALDO CABANA, *Los delitos societarios. Aspectos dogmaticos y jurisprudenciales*, Valencia, 2000.

- M. R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002.
- G. FERRI, *Concetto di controllo e di gruppo*, in AA.VV., *Disciplina giuridica del gruppo di imprese*, Atti del Convegno di studi svoltosi a Bellagio nei giorni 19-20 giugno 1981, Milano, 1982.
- G. M. FLICK, *Gruppi e monopolio, nelle nuove prospettive del diritto penale*, in *Riv. soc.*, 1988, p. 472 ss.
- G. M. FLICK, *Problemi attuali e profili costituzionali del diritto penale dell'impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 456 ss.
- G. M. FLICK, *Gli obiettivi della commissione per la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2000, p. 11 ss.
- L. FOFFANI, *Le aggregazioni societarie di fronte al diritto penale: appunti sulla nozione di «partecipazione rilevante», «collegamento», «controllo» e «gruppo»*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1993, p. 156 ss.
- L. FOFFANI, *Le infedeltà*, in AA. VV., *Il nuovo diritto penale delle società. D.Lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, a cura di A. ALESSANDRI, Milano, 2002, p. 345 ss.
- L. FOFFANI, *Gruppi di società e conflitto di interessi: profili penalistici*, in AA. VV., *I gruppi di società*, Atti del Convegno internazionale di studi, Venezia, 16-17-18 novembre 1995, vol. II, Milano, 1996, p. 1249 ss.
- L. FOFFANI, *Art. 2634 c.c.*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. PALAZZO – C.E.PALIERO, 2° ed., Padova, 2007, p. 2518 ss.
- L. FOFFANI, *La tutela delle società commerciali contro infedeltà degli amministratori, insufficienze della normativa e prospettive di riforma*, in *Giur. comm.*, 1987, I, p. 637.
- L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione dell'impresa. Profili penalistici*, Milano, 1997.
- L. FOFFANI, *Commento all'art. 2635 c.c.*, in *Commentario breve alle Leggi penali complementari* a cura di F. PALAZZO – C. E. PALIERO, 2° ED., PADOVA, 2007, p. 2534.
- F. M. Frascchetti, “
- F. GALGANO, *Diritto commerciale. Le società. Contratto di società, società di persone, società per azioni, altre società di capitali, società cooperative*, Bologna, 1982.
- F. GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, in *Contr. e impr.*, 2002, p. 1017.

- F. GALGANO, *I gruppi di società*, in *Le società*. Trattato diretto da F. GALGANO, Torino, 2001.
- F. GALGANO, *Il punto sulla giurisprudenza in materia di gruppi di società*, in *Contr. e impr.*, 1991, p. 903.
- F. GALGANO, *Il regolamento di gruppo nei gruppi bancari*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2005, p. 93.
- F. GALGANO, *L'oggetto della holding è, dunque, l'esercizio mediato e indiretto dell'impresa di gruppo*, in *Contr. Impr.*, 1990, p. 403.
- F. GALGANO, *Ancora sul falso in bilancio consolidato*, in *Contr. e impr.*, 1997, p. 1017.
- F. GALGANO, *L'impresa. I principi generali*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, diretto da A. DI AMATO, vol. I, Padova 1990, p. 92 ss.
- A. GAMBINO, *Responsabilità amministrativa nei gruppi societari*, in *Giur. comm.*, 1993, I, p. 841.
- N. GASPERONI, *Grandi imprese in crisi e amministrazione straordinaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, p. 17 ss.
- E. GIOVANARDI, *Sull'impossibilità di estendere i "vantaggi compensativi" ai reati fallimentari*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1359 ss.
- U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, 4° ed., Milano, 1991, p. 402
- P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto e scienza giuridica*, in *Foro it.*, 2002, vol. V, p. 151.
- A. IRACE, *Commento all'art. 2497-quinques c.c.*, in *La riforma delle società*, a cura di M. SANDULLI e V. SANTORO, Torino, 2003, p. 342.
- P. G. JAEGER, *Considerazioni parasistematiche sui controlli e sui gruppi*, in *Giur. comm.*, 1994, p. 476 ss.
- P. G. JAEGER, *La responsabilità solidale degli amministratori della capogruppo nella legge sull'amministrazione straordinaria*, in AA.VV., *Disciplina giuridica del gruppo di imprese*, Atti del Convegno di studi svoltosi a Bellagio nei giorni 19-20 giugno 1981, Milano, 1982.
- P. G. JAEGER, *L'interesse sociale rivisitato*, in *Giur. comm.*, 2000, I, p. 811.
- B. KROPFF, *sub § 311 Aktg*, in *Gessler, AktG Kommentar*, a cura di E. HEFREMEHL, U. ECKARDT, B. KROPFF, München, 1976, p. 294 ss.
- B. LIBONATI, *La responsabilità nel gruppo*, in *Riv. Dir. comm.*, 1995, I, p. 587.

- A. LOLLI, *Art. 2497-quinquies c.c.*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, Padova, 2005, p. 2418 ss.
- A. L. MACCARI, *Infedeltà patrimoniale. (Art. 2634 c.c.)*, in *I nuovi illeciti penali e amministrativi*, a cura di F. GIUNTA, Torino, 2002.
- A. MAFFEI ALBERTI, *Le nuove leggi civili commerciali*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, Padova, 2005.
- P. MANGANO, *L'infedeltà patrimoniale degli amministratori nei gruppi di imprese*, in *Riv. Trim. dir. Pen. ec.*, 1989, p. 1014 ss.
- P. MARCHETTI, *Sul controllo e sui poteri della controllante*, in AA.VV., *I gruppi di società*, Atti del Convegno internazionale di studi, Venezia, 16-17-18 novembre 1995, vol. II, Milano, 1996, p. 1557.
- G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2004.
- G. MARINUCCI – M. ROMANO, *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, p. 706 ss.
- M. MASUCCI, *Vantaggi del gruppo e dell'impresa collegata nel governo penale degli abusi di gestione*, in *Riv. Trim. dir. Pen. ec.*, 2004, p. 895.
- M. MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio nella disciplina penale dei gruppi di società*, Napoli, 2006, 127.
- N. MAZZACUVA, *Il falso in bilancio*, Milano, 2004.
- M. MEDICO, *I reati societari nel codice penale spagnolo del 1995*, in *Il nuovo diritto penale delle società. D.Lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, a cura di A. ALESSANDRI, Milano, 2002, p. 559 ss.
- A. MELCHIONDA, *Appunti sulla circostanza aggravante di cui all'art. 223 comma 2 l. fall.*, in *Giur. Comm. 1981*, p. 160.
- A. MELCHIONDA; in *Giur. It.*, 2012, n. 12.
- E. MEZZETTI, *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 200 ss.
- A. MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, in *Contr. Impr.*, 1986, p. 729 ss.
- V. MILITELLO, *Attività del gruppo e comportamenti illeciti: il gruppo come fattore criminogeno*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Ec.*, 1998, p. 367 ss.

- V. MILITELLO, *Infedeltà patrimoniale e corruzione nel futuro del diritto societario*, in *Riv. Trim. dir. Pen. ec.*, 2000, p. 917.
- V. MILITELLO, *L'infedeltà patrimoniale. Art 2634 c.c.*, in AA. VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A. GIARDA – S. SEMINARA, Padova, 2002.
- V. MILITELLO, *Gruppi di società e diritto penale nell'esperienza francese*, in *Riv. soc.*, 1989, p. 760 ss.
- M. MIOLA, *Il diritto italiano dei gruppi de jure condendo: i gruppi e i creditori*, in *Giur. comm.*, 1996, I, p. 409.
- M. MIOLA, *Le garanzie intragrupo*, Torino, 1993, p. 130 ss.
- P. MONTALENTI, *Gruppi e conflitto di interessi nella legge delega per la riforma del diritto societario*, in ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Verso un nuovo diritto societario*, a cura di P. BENAZZO, F. GHEZZI e S. PATRIARCA, Bologna, 2002, p. 238.
- P. MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, I, p. 710 ss.
- P. MONTALENTI, *Osservazioni alla bozza di decreto legislativo sulla riforma delle società di capitali*, in *Riv. Soc.*, 2002, p. 1547 ss.
- F. MUCCIARELLI, *Il ruolo dei "vantaggi compensativi" nell'economia del delitto di infedeltà patrimoniale degli amministratori*, in *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 633 ss.
- F. MUCCIARELLI, *Aggiotaggio. Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002.
- E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, 3° ed, Milano, 2007.
- V. NAPOLEONI, *Prospettive di riforma in tema di tutela penale del patrimonio sociale contro gli abusi dell'organo gestorio*, in *Le Società*, 2000, II, p. 203 ss.
- V. NAPOLEONI, *Geometrie parallele e bagliori corruschi del diritto penale dei gruppi (bancarotta infragrupo, infedeltà patrimoniale e "vantaggi compensativi")*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3795 ss.
- P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Padova, 1972.
- P. NUVOLONE, *L'infedeltà patrimoniale nel diritto penale*, Milano, 1941.
- P. NUVOLONE, voce *Infedeltà patrimoniale*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano, 1971, p. 440 ss.
- P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955.

- P. NUVOLONE, *Il delitto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955.
- P. G. JAEGER – F. DENOZZA, *Appunti di diritto commerciale*, in *Impresa e società*, Milano, 1997.
- T. PADOVANI, *Diritto penale*, 4° ed., Milano, 2002.
- T. PADOVANI, *Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta tra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo*, in *Cass. pen.*, 1987, p. 671.
- C. E. PALIERO, *Nasce il sistema delle soglie quantitative: pronto l'argine alle incriminazioni*, in *Guida al diritto*, 2002, p. 37 ss.
- C. E. PALIERO, *Le alternative alla tutela penale: l'illecito amministrativo*, in *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, a cura di G. BORRÈ e G. PALOMBARINI, Milano, 1998, p. 75 ss.
- C. E. PALIERO – E. DOLCINI, *I "principi generali" dell'illecito amministrativo nel disegno di legge "Modifiche del sistema penale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, p. 1154 ss.
- C. E. PALIERO, *La L. n. 689 del 1981: prima codificazione del diritto penale amministrativo in Italia*, in *Pol. Dir.*, 1983, p. 117 ss.
- C. E. PALIERO – A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici.*, Milano, 1991.
- C. E. PALIERO, *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1993, p. 1021 ss.
- U. PATRON GRIFFI, *"Fiduciary duties" e gruppi di società*, in *Giur. comm.*, 1994, p. 887 ss.
- A. PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 766 ss.
- A. PAVONE LA ROSA, *Gruppi finanziari e disciplina generale dei gruppi di società*, in *Riv. dir. soc.*, 1998 p. 1565 ss.
- A. PAVONE LA ROSA, *Tipologia dei vincoli di "controllo" e dei "gruppi" societari*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. COLOMBO e G. B. PORTALE, vol. II, tomo I, Torino, 1991, p. 599 ss.
- A. PAVONE LA ROSA, *La responsabilità degli amministratori della controllante nella crisi del gruppo societario*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 797 ss.

- A. PAVONE LA ROSA, "Controllo" e "gruppo" nella fenomenologia dei collegamenti societari, in *Dir. fall.*, 1985, I, p. 10 ss.
- A. PAVONE LA ROSA, *Gruppi di imprese e procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, 2001, I, p. 565 ss.
- C. PEDRAZZI, *Dal diritto penale delle società al diritto penale dei gruppi: un difficile percorso*, in AA.VV., *I gruppi di società*, vol. III, Milano, 1996, p. 1787 ss.
- C. PEDRAZZI, *Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1953, p. 534 ss.
- C. PEDRAZZI, *Gruppo di imprese e responsabilità penale*, in AA.VV., *Disciplina giuridica del gruppo di imprese*, Atti del Convegno di studi svoltosi a Bellagio nei giorni 19-20 giugno 1981, Milano, 1982, p. 157 ss.
- C. PEDRAZZI, *In memoria del "falso in bilancio"*, in *Riv. Soc.*, 2001, p. 1372 ss.
- C. PEDRAZZI, *Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte generale e reati fallimentari*, Bologna, 1988.
- C. PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, in AA. VV., *Comportamenti economici e legislazione penale*, Milano, 1978, p. 20.
- C. PEDRAZZI, *Scritti di diritto penale dell'economia*, in *Dir. pen.*, Milano, 2003, vol. III, p. 615 ss.
- C. PEDRAZZI, voce *Società commerciali (disciplina penale)*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol XIII, Torino, 1998, p. 347 ss.
- C. PEDRAZZI, in C. PEDRAZZI – F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in *Commentario Scialoja-Branca – legge fallimentare* a cura di F. GALGANO – art. 216-217, Bologna - Roma, 1995.
- D. PERRONE, *L'introduzione nell'ordinamento italiano della fattispecie di corruzione privata: in attesa dell'attuazione della L. 25 febbraio 2008, n. 34*, in *Cass. Pen.*, 2009, p. 769 ss.
- A. PIRAS, *I gruppi di società nel diritto tedesco e brasiliano*, in *I gruppi di società. Ricerche per uno studio critico*, Bologna, 1982, p. 243 ss.
- D. PREITE, *Il conflitto di interessi del socio tra codice e disciplina di mercato*, in *Riv. soc.*, 1988, p. 361 ss.
- V. RAINONE, *Il delitto di infedeltà patrimoniale tra modernità e post-modernità penalistica*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2006, IV, p. 440 ss.

M. ROMANO, *Profili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di società per azioni*, Milano, 1967.

R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Le società*, 2004, p. 539 ss.

G. ROSSI, *Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo da risolvere*, in *Riv. Soc.*, 1995, p. 1131 ss. e in *I gruppi di società*, Atti del Convegno internazionale di studi, Venezia, 16-17-18 novembre 1995, vol I, Milano, 1996, p. 25 ss.

R. ROSSI, *Il gruppo di imprese tra sistema «atomistico» e logica «molecolare»*, in *Corr. Giur.*, 1999, p. 1529 ss.

G. ROSSI – A. STABILINI, *Virtù del mercato e scetticismo delle regole: appunti a margine della riforma del diritto societario*, in *Riv. Soc.*, 2003, p. 1 ss.

S. ROSSI, *Relazione introduttiva*, in *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 612 ss.

R. ROVELLI, *Direzione unitaria e responsabilità nel gruppo*, in *Le Società*, 1989, p. 1128 ss.

R. ROVELLI, *Conflitto di interessi nel gruppo di società*, in *Le Società*, 1989, p. 449.

R. SACCHI, *Sui gruppi nel progetto Mirone*, in *Giur. comm.*, 2000, I, p. 361 ss.

R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, I, 2003, p. 661 ss.

R. SACCHI, *Conclusioni*, in *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 619 ss.

G. SANDRELLI, *Entra in scena la corruzione privata*, in *Guida al dir.*, 2002, n. 16, p. 72 ss.

G. SANDRELLI, *L'infedeltà patrimoniale*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di S. Ambrosini, II, Torino, 2005, p. 503.

C. SANTORIELLO, *Il reato di infedeltà patrimoniale*, in *La disciplina penale dell'economia*, vol. II, Società, fallimento e finanza, a cura di C. Santoriello, Torino, 2008, p. 179.

G. SBISÀ, *Società controllate e società collegate*, in *Contr. e impr.*, 1997, p. 322 ss.

G. SBISÀ, *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 592 ss.

G. SBISÀ, *Il gruppo di società nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi. (Criteri di individuazione)*, in *Giur. comm.*, 1980, I, p. 269 ss.

- E. SCAROINA, *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo di imprese*, Milano, 2006.
- G. SCHIAVANO, *Riflessioni sull'infedeltà patrimoniale societaria. (Art. 2634 c.c.)*, in *Riv. Trim. dir. Pen. ec.*, 2004, p. 815 ss.
- G. Schiavano, *La nuova bancarotta fraudolenta societaria*, in *Riv. Trim. dir. Pen. econ.*, 2003, p. 253 ss.
- G. SCOGNAMIGLIO, *Prospettive di tutela dei soci esterni nei gruppi di società*, in *Riv. Soc.*, 1995, p. 420 ss.
- G. SCOGNAMIGLIO, *La responsabilità della società capogruppo: problemi ed orientamenti*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, 366 ss.
- G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA e G. B. PORTALE, Milano, 2007, p. 950 ss.
- G. SCOGNAMIGLIO, *La politica di gruppo e l'interesse delle società controllate*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 497 ss.
- G. SCOGNAMIGLIO, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, in *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, a cura di G. SCOGNAMIGLIO, Milano, 2003, p. 189 ss.
- F. SETTE, *Dal gruppo di imprese all'impresa di gruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, p. 282.
- P. SPADA, *L'amministrazione della società per azioni tra interesse sociale e interesse di gruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, p. 233 ss.
- P. SPADA, *Gruppi di società*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1992, II, p. 222 ss.
- P. SPADA, voce *Impresa*, in *Dig. discipl. priv.*, Sez. comm. VII, Torino, 1992, p. 38.
- F. STELLA, *Profili penalistici del conflitto di interessi degli amministratori di società commerciali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1960, p. 939 ss.
- F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario. (Parte speciale)*, 2° ed, Milano, 2008.
- U. TOMBARI, *Il gruppo di società*, Torino, 1997.
- U. TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in *Giur. comm.*, 2004, p. 61 ss.
- U. TOMBARI, *"Apporti spontanei" e "prestiti" dei soci nelle società di capitali*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA e G. B. PORTALE, Milano, 2007, p. 553 ss.

A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2004.

V. BRUDNEY – R. C. CLARK, *A New Look at Corporate Opportunities*, in *Harvard L. Rev.*, 1981, p. 1055 ss.

E. VENAUFRO, *Commento all'art. 2634 c.c.*, in *Leg. Pen.*, 2003, p. 508 ss.

S. VINCIGUERRA, *Il codice penale tedesco*, Padova, 2003, 2° ed., p. 309.

G. ZUCALÀ, *Dei delitti di infedeltà degli organi verso la società: problemi attuali*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1988, p. 149 ss.

Repertorio della Giurisprudenza.

Corti di merito.

Trib. Milano 2 ottobre 1986, SIAC S.p.A. c. Accetti ed altri, in *Le Società*, 1987, p. 301 ss.

Trib. Milano, 6 febbraio 1988, FERRARIO e altri, in *Giur. comm.*, 1989, II, p. 107.

App. Milano, 9 settembre 1988, in *Riv. dir. comm.*, 1989, II, p. 215 ss. con nota di B. LIBONATI.

Trib. Verona 7 febbraio 1990, ric. Merlini, in *Le Società*, 1990, p. 1665 e anche in *Riv. dir. comm.*, 1993, II, p. 259 ss.

App. Milano, 11 luglio 1991, *Le Società*, 1991, p. 1664 ss.

App. Milano, Sez. II, 10 febbraio 1992, De Luca, in *Riv. Trim. dir. Pen. econ.*, 1992, p. 1208.

Trib. Milano 19 marzo 1993 (decr.), *Le Società*, 1993, p. 1247 ss.

App. Milano 21 gennaio 1994, Doronzo c. soc. Fidimpresa, in *Le Società*, 1994, p. 929 ss.

App. Milano, 5 febbraio 1994, *Le Società*, 1994, p. 1062 ss.

Trib. Milano 28 aprile 1994, Cusani, in *Foro it.*, 1995, II, p. 24 ss.

Trib. Napoli 2 febbraio 1994, soc. Iper c. soc. Sotea, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1, p. 1676 ss.

App. Roma 22 febbraio 1996, Banco di Sicilia c. soc. Martini e Neri, in *Foro it.*, 1997, I, c. 1, p. 1616 ss.

App. Catania 18 gennaio 1997, Soc. I.R.A. Costruz. c. Graci, in *Giur. it.*, 1997, I, c. 2, 345.

App. Torino, 4 dicembre 2000, in *Giur. it.*, 2001, p. 1676 ss.

Trib. Napoli, Sez. V, 8 aprile 2004, n. 3500, in *Guida al dir.*, 2005, n. 5, p. 63.

Gip. Trib. Forlì, ord. 10 maggio 2004, in *Guida al dir.*, 42/2004, 1995.

Gip Cosenza, ord. 27 ottobre 2010, in *Giur. Merito*, 2011, 5 p. 1348.

Cassazione civile.

Cass. civ., 20 marzo 1968, n. 2215, in *Riv. leg. Fisc.*, 1969, p. 263 ss.

Cass. civ., 2 aprile 1969, n. 1693, in *Riv. leg. Fisc.*, 1969, p. 1948 ss.

Cass. civ., 20 ottobre 1969, n. 907, in *Riv. leg. Fisc.*, 1970, p. 1853 ss.

Cass. civ., 14 settembre 1976, n. 3150, in *Riv. dir. comm.*, 1978, II, p. 220 ss. con nota di G. FERRI.

Cass. civ., Sez. I, 26 febbraio 1990, n. 1439, Caltagirone G. e altro c. fall. Caltagirone, in *Riv. Dir. comm.*, 1991, II, p. 552 ss.

Cass. civ., Sez. I, 2 luglio 1990, n. 6769, S.r.l. Estense c. fall. S.r.l. Estense, in *Fall.*, 1991, p. 47 ss.

Cass. civ., Sez. I, 8 maggio 1991, n. 5123, Accetti e Medina c. Soc. SIAC-Assicurazioni S.p.A., in *Foro it.*, p. 817 ss.

Cass. civ., Sez. I, 13 febbraio 1992, n. 1759, Medio Credito Ligure e altro c. Fassio, in *www.dejure.it*.

Cass. civ., Sez. I, 11 marzo 1996, n. 2001, in *Foro. it.*, 1996, I, p. 1222 ss.

Cass. civ., Sez. I, 2 maggio 1997 n. 3805, Gianesi c. Nuova Coi S.p.A., in *Giur. it.*, 1998, p. 727 ss.

Cass. civ., Sez. I, 5 dicembre 1998, n. 12325, in *Giur. it.*, 1999, p. 2318 ss. con nota adesiva di P. MONTALENTI, *Operazioni intragruppo e vantaggi compensativi: l'evoluzione giurisprudenziale*.

Cass. civ., Sez. I, 21 gennaio 1999, n. 521, in *Corr. Giur.*, 1999, p. 1529 ss. con nota adesiva di R. ROSSI, *Gruppo di imprese e conflitto di interessi tra nostalgie «atomistiche» e prospettive «molecolari»*.

Cass. civ., Sez. III, 23 maggio 2001, n. 7027, Savastano c. Casella, in *Foro it.*, 2001, I, p. 2504 ss.

Cass. civ., Sez., I, 24 agosto 2004, n. 16707, Fiorini c. Soc. Scotti finanziaria in liq., in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2005, II, p. 373 ed anche in *Le Società*, 2005, p. 164 con nota di G. CIAMPOLI, *I «vantaggi compensativi» nei gruppi di società*.

Cass. civ. Sez. I, 7 dicembre 2011, n. 26362.

Cassazione penale.

Cass. pen., Sez. III, 25 febbraio 1959, Sansonetti e Torrefa, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p. 939 ss. con nota di F. STELLA., *Profili penalistici del conflitto di interessi degli amministratori di società commerciali*.

Cass. pen., Sez. IV, 8 febbraio 1989, n. 795 in *Il fallimento*, 1989, p. 609 ss.

Cass. pen., Sez. V, 4 luglio 1989, Grieco, in *Cass. pen.*, 1991, p. 307 ss.

Cass. pen., Sez. II, 4 aprile 1997, Bussei, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, p. 1435 con nota critica di C. PEDRAZZI, *Sui limiti dell'«appropriazione»*.

Cass. pen., Sez. II, 21 gennaio 1998, ric. Cusani, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, p. 301 ss.

Cass. pen., Sez. V, 19 gennaio 2000, Messina, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1336 ss.

Cass. pen., Sez. V, 11 dicembre 2000, Nardo, in *Cass. pen.*, 2002, p. 354 ss.

Cass. Pen., Sez. I, 1 gennaio 2001, n. 4356.

Cass. pen., Sez. V, 26 gennaio 2001, Cardinali, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1532 ss.

Cass. pen., Sez. V, 1° luglio 2002, Arienti, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2789 ss.

Cass. pen., Sez. V, 17 gennaio 2003, n. 20267, in *Il Fisco*, 2003, p. 4900.

Cass. pen., Sez. V, 7 ottobre 2003, n. 38110, in *Giur. comm.*, 2004, II, p. 599 ss.

Cass. pen., Sez. V, 23 aprile 2003, n. 23236.

Cass. pen., Sez. V, 24 aprile 2003, Tavecchia, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2142 ss. ed anche in *Riv. pen.*, 2003, p. 992 ss.

Cass. pen., Sez. V, 5 giugno 2003, n. 36629, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1359 ss. con nota di E. GIOVANARDI, *Sull'impossibilità di estendere i «vantaggi compensativi» ai reati fallimentari*.

Cass. pen., sez. V, 23 giugno 2003, n. 38110;

Cass. pen., Sez. V, 24 settembre 2003, n. 36629.

Cass. pen., Sez. V, 18 marzo 2005, n. 10688, ric. Gianmarino, in *Riv. pen.*, 2005, p. 820 ss.

Cass. pen., Sez. I, 24 giugno 2004, ric. Bisignani, Conferma Trib. Roma, ord. 21 marzo 2003, in *Foro it.*, 2006, II, p. 56 ss.

Cass. pen., Sez. V, 18 marzo 2005, n. 10688.

Cass. pen., Sez. II, 26 ottobre 2005 (dep. 10 novembre 2005), Pres. Sirena, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1066 ss.

Cass. pen., Sez. V, 24 maggio 2006, n. 36764.

Cass., Sez. V, 16 giugno 2006, n. 37033, in www.dejure.it

Cass. pen., Sez. V, 7 novembre 2006, n. 36764, in *Riv. it. Dir. E proc. pen.*, 2007, p. 424 con nota di C. BENUSSI.

Cass. pen., Sez. V, 21 novembre 2006, n. 2260, in *Riv. Guardia di finanza*, 2007, p. 142 ss.

Cass. pen., Sez. V, 16 gennaio 2007, n. 6140.

Cass. Pen., sez. V, 22 febbraio 2007, Pollice

Cass. pen., Sez. V, 8 novembre 2007, n. 7326.

Cass. pen., sez. V, 15 febbraio 2008, n. 7326

Cass. pen., Sez. V, 5 marzo 2008, n. 13110.

Cass. pen., Sez. V, 17 dicembre 2008, n. 1137.

Cass. pen., Sez. II, 25 febbraio 2009, n. 24824

Cass. pen. Sez. II, 3 giugno 2009, n. 26281.

Cass. pen., Sez. II, 6 maggio 2011, n. 20062.

Cass., Sez. II, 25 ottobre 2011, n. 4244.

Cass. pen., sez. V, 9 maggio 2012, n. 29036.

Cass. pen., Sez. I, 26 ottobre 2012, n. 48327.
Cass. pen., sez. V, 30 novembre 2012, n. 6189.
Cass. pen., Sez. V, 5 giugno 2013, n. 49787.
Cass. pen., Sez. V, 7 maggio 2014, n. 35080.
Cass. pen., Sez. II, 22 maggio 2014, n. 36030.
Cass. pen., Sez. V, 12 gennaio 2016, n. 30333.
Cass. pen., Sez. V, 29 febbraio 2016, n. 8253.
Cass. pen., Sez. V, 30 giugno 2016, n. 46689.
Cass. pen. Sez. V, 31 marzo 2017, n. 16206.
Cass. pen., Sez. V, 7 aprile 2017, n. 17819.
Cass. pen., Sez. III, 20 luglio 2017, n. 35767.
Cass. pen., Sez. V, 28 luglio 2017, n. 37932.
Cass. pen., Sez. V, 25 settembre 2017, n. 44053.
Cass. pen. Sez. V, 20 ottobre 2017, n. 48354.
Cass. pen., Sez. V, 2 novembre 2017, n. 50080.

Corte Costituzionale.

Corte Cost. ord. 19 dicembre 2006, n. 437, in *Giur. Cost.*, 2006, p. 4456 ss.

GIURISPRUDENZA STRANIERA

Francia

Trib. Corr. di Parigi del 16 maggio 1974, in *Gaz. Pal.*, 1974, 2, Jur., p. 886 ss.

Cass. Crim., 4 febbraio 1985, Rozenblum, in *Rev. Soc.*, 1985, p. 655 ss.

Stati Uniti

Case v. New York Central Railroad Company, 15 N. Y. 2d 150, 204 N. E. 2d 643, 256 N. Y. S. 2d 607 (1964).

Greene v. Dunhill International, 249 A. 2d 427, 1968.

Guth v. Loft, inc., 23 Del.Ch, 255, 5 A. 2d 503, 1939.

Blaustein v. Pan American Petroleum & Transport Co., 293 N.Y. 281, 1940.

Perlman v. Felman, 219 F. 2d 173, 1955.

Weinberger v. UOP, Inc., 457 A. 2d 701, 1983.