

UNIVERSITÀ COMMERCIALE L. BOCCONI

**DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO DELL'IMPRESA  
XIX CICLO**

**I DELITTI DI BANCAROTTA  
NEL GRUPPO SOCIETARIO**

Relatore Prof. **ALBERTO ALESSANDRI**

PIETRO CHIARAVIGLIO  
p935502



## SOMMARIO

### PROLOGO

<i>1. Il gruppo di società e l'impresa di gruppo. Definizione del campo d'indagine.....</i>	<i>5</i>
---	----------

### CAPITOLO I

#### IL FENOMENO DEL GRUPPO DI SOCIETÀ FRA FISIOLOGIA E PATOLOGIA

##### SEZIONE PRIMA

##### LA FISIOLOGIA DEL GRUPPO SOCIETARIO. CENNI ALLA REGOLAMENTAZIONE GIURIDICA DELL'IMPRESA DI GRUPPO

<i>1. Premessa. Il gruppo di società: al centro dell'iniziativa economica ed ai margini delle discipline giuridiche.....</i>	<i>13</i>
<i>2. Il gruppo societario in bonis.....</i>	<i>16</i>
<i>3. Il gruppo societario insolvente.....</i>	<i>25</i>

##### SEZIONE SECONDA

##### LA PATOLOGIA DEL GRUPPO SOCIETARIO. PROFILI CRIMINOLOGICI DELL'IMPRESA DI GRUPPO

<i>1. Premessa. La struttura organizzativa dell'impresa di gruppo come fattore criminogeno.....</i>	<i>32</i>
<i>2. Le scelte illecite dei membri dell'organizzazione produttiva: la dimensione individuale.....</i>	<i>33</i>
<i>3. (Segue): La dimensione collettiva.....</i>	<i>38</i>
<i>4. (Segue): La dimensione metacollettiva.....</i>	<i>50</i>

##### SEZIONE TERZA

##### LA REGOLAMENTAZIONE PENALE DELLA FASE PATOLOGICA DELL'IMPRESA DI GRUPPO

<i>1. Il diritto penale ed i gruppi di società, fra interessi in conflitto ed illecita allocazione del rischio d'impresa.....</i>	<i>52</i>
---	-----------

### CAPITOLO II

#### DISCIPLINA PENALISTICA DEL FALLIMENTO DEL GRUPPO SOCIETARIO

##### SEZIONE PRIMA

##### L'ESTENSIONE MONOSOGGETTIVA: RASSEGNA DELLE FATTISPECIE RILEVANTI

<i>1. La bancarotta fraudolenta patrimoniale.....</i>	<i>55</i>
<i>2. La bancarotta fraudolenta societaria.....</i>	<i>66</i>

2.1. L'art. 223 comma 1 l.f. ....	67
2.2. L'art. 223 comma 2 n. 1. l.f. ....	75
2.3. L'art. 223 comma 2 n. 2. l.f. ....	80
3. La bancarotta preferenziale: cenni. ....	83
4. La bancarotta semplice. ....	85

#### SEZIONE SECONDA

#### L'ESTENSIONE PLURISOGGETTIVA (O METACOLLETTIVA) DEL DIRITTO PENALE DELLA CRISI DEL GRUPPO SOCIETARIO

1. Premessa: le operazioni infragruppo.....	91
2. Le operazioni infragruppo come condotte distrattive.....	94
3. Le operazioni infragruppo e le altre ipotesi di bancarotta rilevanti. .....	107
4. La responsabilità dell'amministratore della holding per le operazioni infragruppo. ....	115
5. Conclusioni (provvisorie): unità anche giuridica del gruppo di società?.....	120

#### CAPITOLO III

#### IL RUOLO DEI VANTAGGI COMPENSATIVI NELLA DISCIPLINA PENALISTICA DEL FALLIMENTO DEL GRUPPO SOCIETARIO

#### SEZIONE PRIMA

#### I VANTAGGI COMPENSATIVI

1. I vantaggi compensativi: genesi. ....	121
2. I vantaggi compensativi: alla ricerca di una nozione unitaria. .	125
3. Inquadramento dogmatico dei vantaggi compensativi nell'ambito della fattispecie di infedeltà patrimoniale e riflessi nel campo fallimentaristico. ....	136

#### SEZIONE SECONDA

#### I VANTAGGI COMPENSATIVI NEL DIRITTO PENALE FALLIMENTARE

1. Premessa: rapporti tra bancarotta societaria per precedente infedeltà patrimoniale e bancarotta societaria per distrazione. ...	141
2. Applicabilità diretta dei vantaggi compensativi all'art. 223 comma 2 n. 1 l.f. ....	151
3. Applicabilità diretta dei vantaggi compensativi alla bancarotta societaria patrimoniale e implicazioni della tipicità del reato. ....	156
4. Considerazioni conclusive sulla valenza del rapporto di gruppo nell'ambito dei reati fallimentari. ....	164

<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>167</b>
--------------------------	------------

## PROLOGO

### 1. Il gruppo di società e l'impresa di gruppo. Definizione del campo d'indagine

Tradizionalmente, nell'introdurre il tema dei gruppi di società, si suole distinguere tra gruppi *in senso orizzontale* e gruppi *in senso verticale* <sup>(1)</sup>. I primi sono caratterizzati dall'assenza di una società in posizione di supremazia che esercita un'influenza, diretta od indiretta, sulle altre società del gruppo. I secondi, al contrario, presentano una più o meno marcata gerarchizzazione della struttura del gruppo al cui vertice si colloca la capogruppo, o *holding*, che dirige e coordina l'attività delle società controllate.

La genesi del gruppo *in senso orizzontale* è legata all'esistenza di accordi fra diverse società finalizzati a porre in essere un sistema di sinergie fra i vari membri del gruppo <sup>(2)</sup>.

Se, nel nostro ordinamento, la disciplina giuridica dei gruppi *in senso verticale* è particolarmente frammentata <sup>(3)</sup>, la regolamentazione dei gruppi *in senso orizzontale* è addirittura sporadica. Si rintracciano normative dettate per rispondere a specifiche esigenze di determinati settori quali, ad esempio, l'editoria (l. 5 agosto 1981 n. 416 e successive modifiche; l. 27 febbraio 1987 n. 67) ed i servizi bancari (d.lgs. 27 gennaio 1992 n. 87).

---

<sup>(1)</sup> In tema v., *ex multis*, PAVONE LA ROSA, *Introduzione*, in *I gruppi di società*, a cura di PAVONE LA ROSA, Bologna, 1982, p. 15 ss.; GALGANO, *I gruppi di società*, Torino, 2001, p. 11 ss.; SANTAGATA, *Il gruppo paritetico*, Torino, 2001, *passim*; TOMBARI, *La nuova disciplina dei gruppi di società*, in *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, a cura di BENAZZO-PATRIARCA-PRESTI, Milano, 2003, p. 237 ss.; detta distinzione è ripresa anche in studi di natura penalistica, cfr. MILITELLO, *Gruppi di società e diritto penale nell'esperienza francese*, in *Riv. soc.*, 1989, p. 735 ss.; SCAROINA, *Il problema del gruppo di imprese*, Milano, 2006, p. 10 ss.

<sup>(2)</sup> Accordi che, in alcuni ordinamenti, trovano espressa codificazione. Cfr. legge azionaria tedesca (AktG) § 18.2.

<sup>(3)</sup> V., *infra*, cap. I, sez. I.

Nonostante l'espreso riconoscimento ricevuto dalla Corte di Cassazione (4), il gruppo *in senso orizzontale* non può essere considerato, ai fini del presente lavoro, un fecondo campo di studi.

Ciò per due ordini di motivi.

In primo luogo è necessario postulare che le operazioni infragruppo dannose, effettuate nel contesto di uno stato di insolvenza, siano, per così dire, *espressione* del gruppo *in senso verticale* e cioè imposte dalla società madre al fine di tutelare i propri interessi o quelli del gruppo. In linea di principio, infatti, l'amministratore di una società inserita nel gruppo *in senso orizzontale* non prenderà decisioni - penalmente rilevanti- che vadano contro l'interesse della propria società, non essendovi costretto da alcun rapporto di controllo e di direzione.

In secondo luogo, più significativamente, la riforma del diritto societario (d.lgs.17 gennaio 2003 n. 6) ha sì dato ingresso nel nostro ordinamento ad alcuni aspetti della disciplina del gruppo, tuttavia la scelta del legislatore è stata nel senso di caratterizzare il gruppo attraverso l'esercizio di attività di direzione e coordinamento di una società sulle altre (art. 2497 c.c.); ne consegue che la nuova disciplina è applicabile solo ai gruppi *in senso verticale* (5).

Risulta così consolidato nella nozione di direzione e coordinamento -e, quindi, nel gruppo *in senso verticale*- anche il concetto di gruppo introdotto dal legislatore della riforma del diritto penale societario nell'art. 2634 c.c.

Infatti, questa norma, sino all'introduzione del nuovo art. 2497 c.c., faceva utilizzo della nozione di gruppo, senza che l'ordinamento civilistico ne desse una, seppur minima, definizione normativa (6).

---

(4) V. Cass. civ. 14/9/1976 n. 3150 in *Riv. dir. comm.*, 1978, II, p. 220 ss.

(5) V. TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 66 ss.

(6) In senso conforme v. AMATI, *Infedeltà patrimoniale*, in *Reati societari*, a cura di A. ROSSI, Torino, 2005, p. 419 ss. Come correttamente segnala l'A., la clausola di esonero contenuta nell'art. 2634 c.c. si applica anche in presenza di una situazione di collegamento che, ai sensi dell'art. 2359 comma 3 c.c., presuppone l'influenza notevole di una società nei confronti di un'altra. È, quindi, vero che, limitatamente alla fattispecie di infedeltà patrimoniale, il legislatore prende in considerazione un fenomeno ulteriore rispetto al gruppo di società *in senso verticale*. Tuttavia sembra innegabile che il rapporto di collegamento non possa essere assimilato al gruppo *in senso orizzontale* in quanto è pur sempre postulata la capacità di una società di intervenire sulle

Il gruppo di società (*in senso verticale*) è, parafrasando la definizione data da autorevole dottrina (7), un'aggregazione di imprese societarie formalmente autonome ed indipendenti l'una dall'altra, ma assoggettate tutte alla direzione unitaria e dominante di una sola società che, direttamente od indirettamente, controlla e dirige la loro attività d'impresa.

Come è stato acutamente osservato (8), mentre il beneficio della limitazione della responsabilità è stato creato dal legislatore per favorire l'imprenditore, il fenomeno del gruppo societario è il risultato dell'estro imprenditoriale, che il legislatore si limita a scoprire.

In estrema sintesi, la spinta per la creazione di un gruppo di società risiede nel desiderio dell'imprenditore di fornire alla sua attività economica un formidabile strumento organizzativo capace di moltiplicare gli effetti benefici della limitazione della responsabilità e di ridurre il rischio d'impresa.

Infatti, ogni società del gruppo è un soggetto autonomo e distinto dalle altre, risponde solo dei propri debiti e può essere utilizzata per sviluppare una determinata fase produttiva, un distinto settore di attività o un particolare mercato.

La *holding*, in tale modo, usufruisce di un vantaggioso effetto di diversificazione del rischio: la segmentazione del rischio imprenditoriale (9) e la limitazione dello stesso alla quota di capitale che la *holding* possiede nella controllata (10).

---

scelte di un'altra società. Per alcune riflessioni inerenti nozione di collegamento nell'art. 2634 c.c. -prima della riforma del diritto societario- si rimanda a FOFFANI, *Le infedeltà*, in *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di ALESSANDRI, Milano, 2002, p. 359.

(7) CAMPOBASSO, *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, Torino, 2003, p. 77.

(8) GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, 2005, p. 1 ss.

(9) Sul tema, per una lettura in chiave economica, v. AZZINI, *I gruppi aziendali*, Milano, 1975, p. 41 ss.

(10) Sempre in prospettiva economica, v. BUTTA, *Una metodologia per l'approccio economico-aziendale allo studio dei gruppi di imprese*, in *I gruppi di società*, a cura di PAVONE LA ROSA, Bologna, 1982, p. 70 ss. L'A., inoltre, illustra ulteriori, importanti, vantaggi che si sostanziano nell'elevata flessibilità strutturale del gruppo e nella possibilità di sfruttare meccanismi che permettono al soggetto di controllo di incrementare il capitale di rischio a parità di capitale investito.

Si profila, quindi, una doppia chiave di lettura del gruppo societario: pluralità di enti societari giuridicamente indipendenti e unità di attività economica organizzata.

Due osservazioni:

i. le due chiavi di lettura proposte descrivono fenomeni necessariamente coesistenti. Il gruppo societario è contemporaneamente unità di impresa e pluralità di società e ciò perché, venendo a mancare una delle due prospettive, l'imprenditore non potrebbe giovare dei vantaggi sopra menzionati <sup>(11)</sup>;

ii. le due chiavi di lettura, più correttamente, descrivono il medesimo fenomeno da due punti di vista. Il punto di vista strettamente giuridico, che vede nel gruppo di società un insieme di enti autonomi e distinti, legati tra loro da rapporti di controllo, che fanno capo ad un ente il cui compito è quello di coordinarli e quello maggiormente attento al profilo economico, che ritiene che il gruppo sia lo strumento per meglio svolgere un'unica attività di impresa <sup>(12)</sup>.

---

<sup>(11)</sup> Significativo, in questo senso, il seguente passo tratto da BUTTA, op. cit., v. nota precedente, p. 71: «*La forma a gruppo delimita, circoscrive, differenzia i rischi e le responsabilità di investimento in relazione alla natura specifica dell'attività svolta a condizione però che l'autonomia giuridica delle imprese non trovi un correttivo nell'estensione della responsabilità della singola impresa al soggetto che, in qualche modo, la controlla*». Da segnalare che l'A. utilizza il termine «*impresa*» in senso non giuridico, bensì come sinonimo di singola «*unità del gruppo*»; cfr. p. 63.

<sup>(12)</sup> Va segnalato che questa differenza di prospettive è presente anche in altri ordinamenti. Ad esempio, negli Stati Uniti, si registra la contrapposizione fra la teoria dell'*Entity law* e la teoria dell'*Enterprise law*. Con la prima espressione ci si riferisce alla dottrina ed alla giurisprudenza che vedono nel rispetto dei requisiti formali di separatezza delle varie società del gruppo l'unica condizione per la valida esistenza del gruppo stesso; il substrato economico non assume rilevanza. L'*Enterprise law*, invece, guarda al fenomeno del gruppo di società come unica entità economica il cui scopo è quello di massimizzare il profitto complessivo. In tema v., *ex multis*, BERLE, *The theory of enterprise law*, in *Colum. l. rev.*, 1947, p. 343, *passim*; LANDERS, *A unified approach to parent, subsidiary and affiliate questions in bankruptcy*, in *U. chi. l. rev.*, 1975, p. 589, *passim*; BLUMBERG, *The law of corporate groups. Bankruptcy law*, Boston-Toronto, 1985, p. 3 ss.; ID., *The Law of Corporate Groups in the United States*, in *I gruppi di società*, a cura di BALZARINI-CARCANO-G. MUCCIARELLI, vol. I, Milano, 1996, p. 421, *passim*. Un esempio delle conseguenze dell'applicazione dei principi dell'*Enterprise law* è la giurisprudenza di *equity* in materia di *substantive consolidation* (e cioè la possibilità di estendere la procedura fallimentare alla società madre *in bonis* che ha abusato delle strutture societarie del gruppo). Su quest'ultimo argomento si rimanda, senza alcuna pretesa di completezza, a GILBERT,



Per cercare di superare la difficoltà consistente nella doppia natura del gruppo societario, è stata proposta la nozione di *impresa di gruppo* <sup>(13)</sup>.

L'impresa di gruppo è un'unica attività economica organizzata in una pluralità di enti societari autonomi <sup>(14)</sup>.

Con il paradigma dell'impresa di gruppo si cerca di ricomporre la frattura, solo apparente, fra unità dell'iniziativa imprenditoriale (aspetto economico) e pluralità di organismi societari predisposti al suo svolgimento (aspetto giuridico).

Il concetto di impresa di gruppo presuppone, quindi, il superamento dell'idea che lo studioso della scienza giuridica prescinda dall'unità del fenomeno del gruppo -mero aspetto economico irrilevante per il diritto- e presti la sua attenzione solo alle singole società di cui il gruppo è composto <sup>(15)</sup>. L'applicazione della teoria dell'impresa di gruppo, invece, conduce l'interprete a valutare l'oggetto dei propri studi -il gruppo societario- come un'entità giuridica complessa le cui società sono caratterizzate da un certo grado di separatezza reciproca,

---

*Substantive consolidation in bankruptcy: a primer*, in *Vand. l. rev.*, 1990, p. 207 ss. ed a FROST, *Organizational form, misappropriation risk, and the substantive consolidation of corporate groups*, in *Hastings l. j.*, 1993, p. 449 ss.

<sup>(13)</sup> Come è noto questa terminologia, ma soprattutto le conseguenti implicazioni, si deve a GALGANO che ha iniziato ad utilizzarla sin dagli anni settanta del secolo scorso; v., da ultimo, *Direzione e coordinamento*, op. cit., vedi nota 8, *passim*.

<sup>(14)</sup> La teoria dell'impresa di gruppo ha ricevuto, prima delle riforme del diritto penale societario e del diritto societario, significative conferme da parte di alcune pronunce della Suprema Corte, che però non ha assunto un atteggiamento univoco, v. Cass. civ. 26/2/1990 n. 1439, in *Giur. comm.*, 1991, II, p. 360 ss.; Cass. civ. 11/3/1996 n. 2001, in *Foro it.*, 1996, I, 1222 e Cass. civ. 5/12/1998 n. 12325, in *Giur. it.*, 1999, p. 2317 ss. Per un sostanziale recepimento da parte della dottrina commercialistica v. SCOTTI CAMUZZI, *I gruppi fra il diritto delle società ed il diritto dell'impresa*, in *I gruppi di società*, a cura di BALZARINI-CARCANO-G. MUCCIARELLI, vol. III, Milano, 1996, p. 2139, *passim*. Nella dottrina penalistica *post* riforma sembra porre a fondamento delle proprie riflessioni il concetto di impresa di gruppo, tuttavia senza mai nominarlo, NAPOLEONI, *Geometrie parallele e bagliori corruschi del diritto penale dei gruppi (bancarotta infragruppo, infedeltà patrimoniale e «vantaggi compensativi»)*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3787 ss.; nega la configurabilità dell'impresa di gruppo SCAROINA, *Il problema*, op. cit., v. nota 1, p. 1, nota 1.

<sup>(15)</sup> Di converso, l'economista non dovrebbe ignorare il fattore di pluralità delle singole società del gruppo. In tema non si può che rimandare, nuovamente a GALGANO, *I gruppi di società*, op. cit., v. nota 1, p. 67 ss.

ma non possono mai essere considerate entità autonome indipendenti che esauriscono il terreno di analisi del giurista. Vi sono sempre dei rapporti con l'organizzazione dell'impresa di gruppo che non possono essere tralasciati in nome dell'autonomia giuridica delle singole società.

Con le riforme del 2002 e, soprattutto, del 2003 l'impresa di gruppo sembra aver trovato piena cittadinanza nell'ordinamento giuridico vigente.

Infatti, come illustra la Cassazione penale in una recente pronuncia <sup>(16)</sup>, «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 regola -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 una attività economica al fine di dividerne gli utili».

Perciò, il momento caratterizzante diviene quello di direzione e di coordinamento da parte di una società controllante sulla/e controllata/e, inteso come centro autonomo di imputazione, quale sviluppo di un unico disegno imprenditoriale». Tuttavia la Suprema corte avverte che «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 e dell'emanazione di direttive di gruppo, con conseguente venir meno dell'autonomia delle singole controllate».

---

<sup>(16)</sup> Cass. pen., sez. V, 18/3/2005 n. 10688 in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 747 ss. Da rilevare che la portata innovatrice della sentenza citata è stata, purtroppo, ridimensionata nella successiva pronuncia, Cass. pen., sez. V, 6/5/2005 n. 17387, in *Jurisdata*. Tuttavia, siccome le motivazioni della più risalente sono state depositate il 18/3/2005 e la più recente è stata decisa il 22/3/2005 è lecito supporre che quest'ultima sia stata decisa da un Collegio all'oscuro del diverso precedente. Infatti nella motivazione della sentenza più recente non vi è alcun riferimento alla diversa opinione circa la valenza giuridica dell'impresa di gruppo espressa in quella più risalente.

È possibile, a questo punto, assumere delle conclusioni provvisorie che costituiscono una premessa metodologica del presente lavoro.

In primo luogo, la tipologia di gruppo societario che interessa ai fini dell'analisi circa la sussistenza di condotte di bancarotta in un contesto di operazioni infragruppo è il gruppo *in senso verticale*.

In secondo luogo, l'analisi dell'illiceità penale delle operazioni infragruppo verrà circoscritta al contesto dell'impresa di gruppo, e cioè si prenderanno in considerazione le ipotesi in cui vi sia una circolazione di ricchezza all'interno di società giuridicamente autonome, che sono lo strumento organizzativo per lo svolgimento di un'unica attività d'impresa.

Questa limitazione del campo d'indagine è consonante allo sviluppo del diritto positivo: infatti è nell'ambito dell'impresa di gruppo -che può estrinsecarsi solo in un gruppo societario *in senso verticale*- che trovano applicazione le più importanti novità legislative in tema di gruppi e, in particolare, la c.d. teoria dei vantaggi compensativi.

In ultimo, la terminologia utilizzata terrà conto delle differenze concettuali che intercorrono fra impresa di gruppo e gruppo di società, essendo la prima un'attività economica organizzata tramite la costituzione di società in vista di un obiettivo comune ed il secondo un insieme di enti societari legati da rapporti di proprietà ad una capogruppo che li dirige e coordina; tenendo presente, tuttavia, che l'uno è lo strumento organizzativo dell'altra.



# CAPITOLO I

## IL FENOMENO DEL GRUPPO DI SOCIETÀ FRA FISIOLOGIA E PATOLOGIA

*Sommario:* SEZIONE PRIMA: La fisiologia del gruppo societario. Cenni alla regolamentazione giuridica dell'impresa di gruppo. - 1. Premessa. Il gruppo di società: al centro dell'iniziativa economica ed ai margini delle discipline giuridiche. - 2. Il gruppo societario *in bonis*. - 3. Il gruppo societario insolvente. SEZIONE SECONDA: La patologia del gruppo societario. Profili criminologici dell'impresa di gruppo. - 1. Premessa. La struttura organizzativa dell'impresa di gruppo come fattore criminogeno. - 2. Le scelte illecite dei membri dell'organizzazione produttiva: la dimensione individuale. - 3. (Segue): la dimensione collettiva. - 4. (Segue): la dimensione metacollettiva. SEZIONE TERZA: La regolamentazione penale della fase patologica dell'impresa di gruppo. - 1. Il diritto penale ed i gruppi di società, fra interessi in conflitto ed illecita allocazione del rischio d'impresa.

### SEZIONE PRIMA

#### LA FISIOLOGIA DEL GRUPPO SOCIETARIO. CENNI ALLA REGOLAMENTAZIONE GIURIDICA DELL'IMPRESA DI GRUPPO

*1. Premessa. Il gruppo di società: al centro dell'iniziativa economica ed ai margini delle discipline giuridiche.*

La scelta di organizzare la propria impresa sotto forma di gruppo societario è estremamente frequente nel panorama industriale italiano ed internazionale.

I gruppi di società vantano, a livello mondiale, una diffusione ed una ramificazione di sicuro rilievo. Le grandi *corporation* tendono ad organizzarsi in diverse unità al fine di sfruttare il mercato del lavoro più favorevole, o il sistema fiscale meno oppressivo, oppure il più facile accesso al capitale.

Qualche esempio: la Bayer possiede un patrimonio estero pari al 89,8% del patrimonio complessivo ed un numero di dipendenti impiegati all'estero pari al 54,6% del totale; la Ibm possiede un patrimonio estero pari al 51,9% ed un numero di dipendenti all'estero pari al 50,1%; la Nestlé possiede un patrimonio estero pari al 86,9% ed un numero di dipendenti all'estero pari al 97% (17).

A questi dati corrisponde un numero di imprese organizzate sotto forma di gruppo societario molto elevato rispetto al totale nazionale: Germania 70%, Stati Uniti 60% e Svizzera 50% (18).

Nel nostro paese la situazione è analoga: i gruppi societari sono, probabilmente, i più importanti attori nel panorama economico.

Secondo uno studio promosso da Banca d'Italia (19), nel 1994 più del 95% delle 250 imprese industriali con più di 1000 addetti fanno parte di un gruppo societario; i valori rimangono alti anche per le imprese di dimensioni minori: il 77% circa delle imprese che hanno fra i 200 ed i 500 addetti, ed il 33% circa delle imprese con un numero di addetti compreso tra 50 e 100. Ed a risultati analoghi perviene un più recente studio effettuato dall'Unione delle camere di commercio (20).

---

(17) Fonte: *The Economist*, 22 novembre 1997, p. 108, citato da GALGANO, *I gruppi*, op. cit., v. nota 1, p. 5.

(18) Ma anche: Giappone 90%, Francia 70%, Regno Unito 55%. Fonte: ANGRACIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades*, Coimbra 1993, p. 30 ss., citato da TOMBARI, *Il gruppo di società*, Torino, 1997, p. 4.

(19) I cui risultati sono raccolti in BARCA-BIANCO-CANNARI-CESARI-GOLAMANITA-SALVO-SIGNORINI, *Assetti proprietari e mercato delle imprese*, vol. I, Bologna, 1994, in particolare p. 125. Per un'analisi di detti dati v. BARCA, *Il gruppo nei modelli di proprietà delle imprese: profili teorici, verifiche empiriche e spunti per una riforma*, in *I gruppi di società*, a cura di BALZARINI-CARCANO-G. MUCCIARELLI, vol. I, Milano, 1996, p. 83 ss., nonché CANNARI-GOLA, *La diffusione dei gruppi industriali in Italia*, in *I gruppi di società*, a cura di BALZARINI-CARCANO-G. MUCCIARELLI, vol. II, Milano, 1996, p. 813 ss.

(20) V. il documento *La rete delle piccole e medie imprese*, 2002, consultabile sul sito [http://www.starnet.unioncamere.it/intranet/Area-Terri/ITALIA/Documenti/Gruppi-d-i/guppi\\_strarnet.pdf](http://www.starnet.unioncamere.it/intranet/Area-Terri/ITALIA/Documenti/Gruppi-d-i/guppi_strarnet.pdf).

Al cospetto di questo imponente fenomeno economico, si dispiega un limitatissimo apparato normativo.

Prima delle novità legislative del 2003, la disciplina giuridica del gruppo di società ineriva, principalmente, ai seguenti aspetti <sup>(21)</sup>:

- i. i rapporti di controllo e di collegamento (art. 2359 c.c.),
- ii. il bilancio consolidato (d.lgs. 9 aprile 1991 n. 127),
- iii. il gruppo bancario (art. 59 ss. d.lgs. 1° settembre 1993 n. 385),
- iv. l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi (d.lgs. 8 luglio 1999 n. 270 ed oggi anche il d.l. 23 dicembre 2003 n. 347 conv. in l. 18 febbraio 2004 n. 39, la c.d. legge Marzano).

Con la riforma del diritto societario, nel 2003, sono state altresì regolamentate:

- v. la responsabilità della capogruppo (art. 2497 c.c.),
- vi. gli obblighi pubblicitari e di motivazione di decisioni in caso di appartenenza al gruppo (artt. 2497 *bis* e *ter* c.c.),
- vii. il recesso del socio dalla società del gruppo (art. 2497 *quater* c.c.),
- viii. i finanziamenti infragruppo (art. 2497 *quinquies* c.c.),
- ix. la presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento (artt. 2497 *sexies* e *septies* c.c.).

Anche con le aggiunte operate dalla riforma <sup>(22)</sup>, il quadro complessivo rimane estremamente limitato; ciò che maggiormente colpisce l'interprete è che continua ad essere assente una nozione unitaria di gruppo di società <sup>(23)</sup>. Non si può non osservare, con un

---

<sup>(21)</sup> Viene omissa dal presente catalogo il riferimento al c.d. marchio di gruppo, introdotto dall'art. 22 del d.lgs. 4 dicembre 1992 n. 80. In tema si rimanda a PETTITI, *Il marchio di gruppo*, Milano, 1996, *passim*.

<sup>(22)</sup> Che vanno integrate con quanto disposto in sede di riforma del diritto penale societario e cioè la clausola di esonero della responsabilità da infedeltà patrimoniale di cui all'art. 2634 comma 3 c.c., l'espresso riferimento al gruppo in entrambe le ipotesi di false comunicazioni sociali di cui agli artt. 2621 e 2622 c.c., la rilevanza delle operazioni sulle azioni della controllante ai sensi dell'art. 2628 c.c. e la menzione del gruppo bancario nella descrizione del fatto tipico di agiotaggio *ex art.* 2637 c.c.

<sup>(23)</sup> Che, secondo la Relazione accompagnatoria, non avrebbe potuto tenere il passo con l'evoluzione della realtà economica.

paradosso, che i gruppi societari sono al centro dell'iniziativa economica, ma ai margini della regolamentazione giuridica.

Tuttavia, è doveroso, nell'economia del presente lavoro, analizzare brevemente la disciplina giuridica del gruppo di società (*rectius*: dell'impresa di gruppo) nella sua fase fisiologica e cioè nello svolgimento dell'attività imprenditoriale di cui è espressione, anche nel caso di insolvenza.

## 2. Il gruppo societario in bonis.

Il punto di partenza dell'analisi della disciplina positiva dei gruppi di società è sicuramente l'art. 2359 c.c. (24).

Detta norma, che non è stata modificata dalla riforma, stabilisce le nozioni generali di controllo e di collegamento; esistono, tuttavia, una serie di definizioni specifiche previste nella legislazione speciale (25).

L'articolo 2359 comma 1 c.c. distingue il controllo interno dal controllo esterno; il controllo interno, a sua volta, può essere di diritto o di fatto.

Il *controllo interno di diritto* (art. 2539 comma 1 n. 1 c.c.) sussiste quando una società è in grado di determinare il risultato delle deliberazioni dell'assemblea ordinaria di un'altra società in quanto dispone della maggioranza dei voti. Ciò, di norma, avviene quando la

---

(24) In tema di controllo e collegamento v., *ex multis*, LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, Firenze, 1981, p. 60 ss.; ABBADESSA, *I gruppi di società nel diritto italiano*, in *I gruppi di società*, a cura di PAVONE LA ROSA, Bologna, 1982, p. 106 ss.; FERRI, *Concetto di controllo e di gruppo*, in AA. VV., *Disciplina giuridica del gruppo di imprese*, Milano, 1982, p. 67, *passim*; FOFFANI, *Le aggregazioni societarie di fronte al diritto penale: appunti sulle nozioni di «partecipazione rilevante», «collegamento», «controllo» e «gruppo»*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1993, p. 121, *passim*; MARCHETTI, *Sul controllo e sui poteri della controllante*, in *I gruppi di società*, a cura di BALZARINI-CARCANO-G. MUCCIARELLI, vol. II, Milano, 1996, p. 1547, *passim*; RIMINI, *Il controllo contrattuale: spunti per una riflessione*, in *I gruppi di società*, a cura di BALZARINI-CARCANO-G. MUCCIARELLI, vol. II, Milano, 1996, p. 1903, *passim*; PAVONE LA ROSA, *Divagazioni in tema di «controllo» e di «gruppo» nelle aggregazioni societarie*, in *Contr. impr.*, 1997, p. 508 ss.; GALGANO, *I gruppi*, op. cit., vedi nota 1, p. 25 ss.

(25) Nel settore bancario, dell'editoria, delle telecomunicazioni, del diritto della concorrenza, ecc. In tema si rimanda a FOFFANI, *Le aggregazioni*, op. cit., v. nota 24, p. 130 ss.



società madre possiede la maggioranza del capitale della società figlia; tuttavia il controllo interno di diritto sussiste anche nel caso in cui la maggioranza del capitale della controllata sia raggiunta per effetto di un sindacato di voto, oppure grazie alla possibilità di esercitare i diritti sociali in mancanza di titolarità di azioni o quote del capitale sociale (come nel caso di usufrutto e pegno). Non rileva, invece, la possibilità che la maggioranza dei voti sia raggiunta da più soggetti all'esito di un patto parasociale: è necessario che il diritto di esercitare tutti i voti necessari per raggiungere la maggioranza sia attribuito ad un solo socio.

Il *controllo interno di fatto* (art. 2539 comma 1 n. 2 c.c.) si verifica quando una società è in grado di esercitare un'influenza dominante sull'assemblea ordinaria di un'altra società. In questo caso la controllante non possiede la maggioranza dei voti, ma ne possiede una quantità tale da poter comunque indirizzare l'andamento dell'assemblea, sfruttando il fatto che, di norma, non tutto il capitale sociale è presente in assemblea. In altre parole il controllo interno di fatto si ha quando la società madre possiede la maggioranza del capitale normalmente rappresentato in assemblea. Come nel controllo di diritto, il controllo interno di fatto può sussistere come effetto di un sindacato di voto.

Il *controllo esterno* (art. 2359 comma 1 n. 3 c.c.) si ha quando una società è posta sotto l'influenza dominante di un'altra a causa di particolari rapporti contrattuali che determinano un rapporto di dipendenza economica della prima nei confronti della seconda. È il caso delle società che sviluppano la propria attività imprenditoriale esclusivamente grazie ad un particolare contratto (ad es. agenzia, licenza di produzione o di utilizzo di marchio, *franchising*) che li lega ad un altro ente societario. Inoltre, affinché si configuri il controllo esterno, è richiesto che la società in rapporto di dipendenza economica sia, tramite il rapporto contrattuale, condizionata nello svolgimento dei propri atti di organizzazione sociale (ad es. tramite la facoltà della controparte contrattuale di nominare degli amministratori).

Fino ad ora sono state elencate le ipotesi in cui una società controlla direttamente un'altra società; il secondo comma dell'art. 2359 c.c. prende in considerazione l'ipotesi che una società controlli un'altra società per mezzo di un terzo soggetto.

Il *controllo indiretto* si ha quando una società (A) controlla una società (B) che, a sua volta controlla una terza società (C). A mente dell'art. 2359 comma 2 c.c., il rapporto di controllo sussiste anche fra A e C. Tuttavia, detta norma si applica solo in caso di controllo interno, restando esclusa la possibilità di configurare un controllo indiretto esterno. Il controllo indiretto, che si attua anche tramite società fiduciarie o interposta persona, è lo strumento per la realizzazione delle catene di gruppi e del c.d. *effetto telescopio*. Con quest'ultima locuzione si suole descrivere l'eventualità che una società possieda la maggioranza del capitale di un'altra società che, a sua volta, possieda la maggioranza del capitale di una terza società e così via. La prima società della catena, in tal modo, avrà sempre il controllo dell'ultima società, tramite il controllo delle società intermedie. Tuttavia, tanto più numerosi saranno gli anelli della catena, tanto minore sarà la dimensione effettiva della partecipazione della capogruppo nell'ultima società controllata, dovendo scorporare dalla percentuale di controllo dell'ultima società le percentuali di tutte le società a monte che non sono di pertinenza, indiretta, della capogruppo <sup>(26)</sup>.

Il terzo comma dell'art. 2359 c.c. presenta la nozione di *collegamento*. Si ha collegamento quando una o più società sono sottoposte alla notevole influenza esercitata da un'altra società. In questo caso il codice detta un criterio quantitativo: si presume che ci sia notevole influenza se una società è in grado di esercitare nell'assemblea ordinaria di un'altra società non quotata un quinto dei voti, ovvero un decimo dei voti, in caso di società quotata.

Proseguendo nella rassegna delle norme del codice civile in materia di gruppi, è opportuno prendere in considerazione gli artt. 2497 – 2497 *septies* c.c. contenuti nel capo IX intitolato *Direzione e coordinamento di società* <sup>(27)</sup>.

---

<sup>(26)</sup> Ad es. se vi sono tre società A, B e C, ed A controlla il 60% di B che, a sua volta, controlla il 60% di C, la reale partecipazione di A in C sarà del 36% che corrisponde al 60% del 60%.

<sup>(27)</sup> In tema si segnalano, fra i numerosi contributi: AA. Vv., *Gruppi, trasformazione, fusione e scissione, scioglimento e liquidazione, società estere*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di G. LO CASCIO, Milano, 2003, *passim*; BADINI CONFALONIERI-VENTURA, *Direzione e coordinamento di società*, in *Il nuovo diritto societario: commento al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61, art. 1*, diretto da COTTINO-

Gli artt. 2497 *sexies* e 2497 *septies* c.c. dettano i presupposti per l'applicabilità di tutte le norme previste dal capo IX. Il legislatore pone, infatti, una presunzione di esistenza del rapporto di direzione e coordinamento in caso di sussistenza del controllo *ex art.* 2359 c.c. o quando una società si trova nell'area del consolidamento di un'altra (2497 *sexies* c.c.). Viene, inoltre, stabilito che l'attività di direzione e coordinamento può avvenire anche in base ad un contratto oppure a clausole statutarie (art. 2497 *septies*).

L'art. 2497 c.c. disciplina la responsabilità della capogruppo, stabilendo che le società che esercitano attività di direzione e coordinamento su altre società rispondono, nei confronti di soci e creditori di queste ultime, per il pregiudizio cagionato al valore della partecipazione sociale o per la diminuzione del patrimonio sociale, in caso di violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale.

Tuttavia, similmente a quanto disposto dall'art. 2643 c.c. <sup>(28)</sup>, la responsabilità non sussiste se il danno è compensato dai vantaggi derivanti dalla complessiva attività di direzione e coordinamento, oppure integralmente eliminato tramite apposite operazioni.

L'art. 2497 *bis* c.c. prevede un particolare regime di pubblicità (nella corrispondenza, nel registro delle imprese ed in alcune scritture contabili destinate al pubblico) per le società che esercitano attività di

---

BONFANTE-CAGNASSO-MONTALENTI, Bologna, 2004, vol. III, p. 2151 ss.; CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società*, in *Società di capitali*, a cura di NICCOLINI-STAGNO D'ALCONTRES, Napoli, 2004, p. 1853 ss.; AA. VV., *Direzione e coordinamento di società*, in *Il nuovo diritto delle società, Commento sistematico al D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 aggiornato al D.Lgs. 28 dicembre 2004, n. 310*, a cura di MAFFEI ALBERTI, vol. III, Padova, 2005, p. 2302 ss.; IRACE, *Direzione e coordinamento di società*, in *La riforma delle società, commentario del D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, Società a responsabilità limitata - Liquidazione - Gruppi - Trasformazione - Fusione - Scissione*, a cura di SANDULLI-SANTORO, Torino, 2004, p. 311 ss.; ALPA, *La responsabilità per la direzione e il coordinamento di società. Note esegetiche sull'art. 2497 cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, p. 659 ss.; GALGANO, *Direzione e coordinamento*, op. cit., v. nota 8, *passim*; GUGLIELMUCCI, *La responsabilità per direzione e coordinamento di società*, in *Dir. fall.*, 2005, p. 38 ss.; JORIO, *Profili di responsabilità della società capogruppo*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di AMBROSINI, vol. II, Torino, 2005, p. 56 ss.; WEIGMANN, *I gruppi di società*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di AMBROSINI, vol. II, Torino, 2005, p. 36 ss.

<sup>(28)</sup> Per un'analisi della valenza della clausola dei vantaggi compensativi nell'infedeltà patrimoniale rispetto a quella contenuta nell'art. 2497 c.c., v. *infra cap.*, par.

direzione e coordinamento e per le società che ne sono soggette, addossando agli amministratori la responsabilità per i danni che possono derivare ai soci ed ai terzi dalla mancata conoscenza dell'esistenza del legame di gruppo.

L'art. 2497 *ter* c.c. introduce un obbligo di motivazione delle decisioni prese dalla società soggetta ad attività di direzione e coordinamento, se detta attività ha avuto un'influenza sull'esito della decisione assunta. La motivazione, che deve essere pubblicata nella relazione alla gestione, deve dar conto delle ragioni e degli interessi valutati ai fini della decisione.

L'art. 2497 *quater* c.c. elenca le ipotesi di recesso del socio di società soggetta ad attività di direzione e coordinamento. Tale facoltà è concessa quando lo scopo sociale della società sottoposta muta a causa di una decisione della società madre ovvero dalla stessa venga deliberata una modifica dell'oggetto sociale, prevedendo nuove attività che variano la condizione patrimoniale della società sottoposta; quando viene accolta domanda di accertamento della responsabilità ai sensi dell'art. 2497 c.c.; all'inizio ed alla fine del rapporto di direzione e coordinamento, se la società sottoposta è quotata e ne deriva un sostanziale cambiamento nelle condizioni di rischio dell'investimento, salvo che non venga promossa un'O.P.A.

L'art. 2497 *quinquies* c.c. stabilisce che ai finanziamenti infragruppo si applicano le regole dei finanziamenti dei soci contenute nell'art. 2467 c.c., e cioè che il loro rimborso è postergato rispetto al pagamento di tutti gli altri creditori e che il rimborso del finanziamento effettuato entro l'anno precedente alla sentenza dichiarativa di fallimento deve essere restituito.

Al di fuori del codice civile, le più importanti normative in tema di gruppo -non assoggettabile a procedura concorsuale- riguardano il bilancio consolidato ed il gruppo bancario.

Il bilancio consolidato <sup>(29)</sup> è attualmente disciplinato dal d.lgs. 9 aprile 1991 n. 127 che recepisce le direttive n. 78/660/CEE e 83/349/CEE.

---

<sup>(29)</sup> In tema v., *ex multis*, BIANCHI, *Informazione societaria e bilancio consolidato di gruppo*, Milano, 1990, *passim*; FORTUNATO, *La funzione del bilancio consolidato nella tutela degli interessi correlati al gruppo*, in *Riv. dir. comm.*, 1993, I, p. 51, *passim*; COLOMBO-OLIVIERI, *Bilancio di esercizio e consolidato*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da COLMBO-PORTALE,

Lo scopo del bilancio consolidato è, ai sensi dell'art. 29 d.lgs. cit., rappresentare la situazione patrimoniale e finanziaria e il risultato economico del complesso delle imprese costituito dalla controllante e dalle controllate (*i.e.* dell'impresa di gruppo).

L'obbligo di consolidamento è previsto per le società che esercitano il controllo su altre società. A tal fine, l'art. 26 d.lgs. cit. prevede una nozione di controllo più ampia rispetto a quella prevista dal codice civile: vi è un esplicito richiamo ai primi due numeri del comma primo dell'art. 2359 c.c., ma a queste tipologie di controllo viene equiparata l'influenza dominante esercitata in forza di apposito contratto, o il fatto di disporre della maggioranza dei voti in assemblea grazie ad accordi con altri soci.

Sono, comunque, escluse dal consolidamento le società che possiedono quote od azioni di altre società al solo fine di una successiva alienazione; invece possono essere esonerate le società a capo di un c.d. piccolo gruppo <sup>(30)</sup> e le *sub-holding* non quotate, salvo che la redazione del consolidato sia chiesta dal 5% del capitale sociale, ma se la *sub-holding* è posseduta per oltre il 95% del capitale il consolidato è escluso.

Il bilancio consolidato è, ovviamente, redatto dagli amministratori della *holding* sulla base delle informazioni ricevute dalle società del gruppo.

Tuttavia gli amministratori della holding non possono che attenersi alle risultanze dei singoli bilanci elaborati dalle società controllate.

Non è, infatti, previsto in capo agli stessi un potere di rettifica, sui dati ricevuti dalle controllate; ne consegue che, in presenza di incongruenze, l'unico rimedio espletabile consiste nel voto sfavorevole in sede di approvazione del bilancio della controllata.

Il bilancio consolidato, che deve essere accompagnato dalla relazione sulla gestione complessiva del gruppo, è assoggettato ad un

---

vol. VII, 1, Torino, 1994, *passim*; COLUCCI-ROMANO, *Il bilancio di esercizio ed il consolidato*, Padova, 1995, *passim*; GALGANO, *I gruppi*, op.cit., v. nota 1, p. 127 ss.

<sup>(30)</sup> E cioè i gruppi che non abbiano superato, per due esercizi consecutivi, due dei seguenti limiti: a) 12.500.000 euro nel totale degli attivi degli stati patrimoniali; b) 25.000.000 euro nel totale dei ricavi delle vendite e delle prestazioni; c) 250 dipendenti occupati in media durante l'esercizio (art. 27 d.lgs. cit).

controllo di regolarità da parte dello stesso organo (collegio sindacale o società di revisione) cui spetta valutare la regolarità del bilancio della *holding*.

Il bilancio consolidato è depositato in coincidenza con i quindici giorni precedenti l'approvazione del bilancio ordinario, affinché i soci ne possano prendere visione. Una volta che l'assemblea dei soci ha approvato il bilancio d'esercizio, il consolidato viene depositato presso il registro delle imprese.

Se ne deduce che il consolidato non è oggetto di approvazione, ma, se la società tenuta al consolidamento è quotata, i soci -che rappresentano un quinto del capitale sociale- e la Consob possono agire giudizialmente per far dichiarare il consolidato non conforme ai criteri di redazione (ma non per ottenerne l'annullamento). L'eventuale sentenza che dichiara la non conformità è depositata presso il registro delle imprese.

Il gruppo bancario <sup>(31)</sup> è regolamentato dagli artt. 59 ss. del d.lgs. 1° settembre 1993 n. 385 (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia).

La nozione di gruppo bancario è data dall'articolo 60 d.lgs. cit.: il gruppo bancario è composto alternativamente: a) dalla banca italiana capogruppo e dalle società bancarie, finanziarie e strumentali da questa controllate; b) dalla società finanziaria capogruppo e dalle società bancarie, finanziarie e strumentali da questa controllate, quando nell'ambito del gruppo abbia rilevanza la componente bancaria, secondo quanto stabilito dalla Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del CICR.

---

<sup>(31)</sup> In tema si rimanda a: MILITELLO, *Gruppi bancari e responsabilità penale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, p. 40, *passim*; CAMPOBASSO, *Controllo societario e poteri della capogruppo nei gruppi e nei gruppi bancari*, in *I gruppi di società*, a cura di BALZARINI-CARCANO-G. MUCCIARELLI, vol. II, Milano, 1996, p. 785, *passim*; PERNA-PISANTI-ZAMBONI-GARAVELLI, *Gruppo bancario*, in *La nuova legge bancaria. Il T.U. delle leggi sulla intermediazione bancaria e creditizia e le disposizioni di attuazione. Commentario*, a cura di FERRO-LUZZI E CASTALDI, Milano, 1996, p. 1007 ss.; per una prospettiva economica PADOA-SCHIOPPA, *Il gruppo bancario nell'ordinamento creditizio*, in *I gruppi di società*, a cura di BALZARINI-CARCANO-G. MUCCIARELLI, vol. I, Milano, 1996, p. 507, *passim*; GALGANO, *Il regolamento di gruppo nei gruppi bancari*, in *Banca, borsa e titoli cred.*, 2005, p. 86, *passim*.

A sua volta la nozione di controllo è contenuta nell'art. 59 d.lgs. cit. che rimanda all'art. 23 del medesimo decreto. In quest'ultimo articolo viene stabilito che il controllo sussiste nei casi previsti dall'art. 2359 c.c. ed in presenza di contratti o di clausole statutarie che abbiano per oggetto o per effetto il potere di esercitare l'attività di direzione e coordinamento. Inoltre, in base alla citata norma, il controllo deve ritenersi sussistente, nella forma dell'influenza dominante e, fino a prova contraria, in una serie tipizzata di ipotesi <sup>(32)</sup>.

I gruppi bancari sono iscritti in un apposito albo tenuto presso la Banca d'Italia (art. 64 d.lgs. cit.).

Alla qualifica di capogruppo corrisponde lo specifico dovere di emanare disposizioni, rivolte ai membri del gruppo e finalizzate all'esecuzione delle istruzioni impartite dalla Banca d'Italia nell'interesse della stabilità del gruppo (art. 61 comma 4 d.lgs. cit.).

Il T.U. bancario prende in considerazione i gruppi bancari con due obiettivi: istituire nei confronti del gruppo una vigilanza consolidata da parte di Banca d'Italia (art. 65 d.lgs. cit.) e disciplinare in modo unitario la procedura di amministrazione straordinaria (art. 98 d.lgs. cit.).

In particolare, l'amministrazione straordinaria è prevista in caso di gravi perdite, di gravi inadempienze da parte della capogruppo nell'assolvimento dei compiti di cui all'art. 61 comma 4 d.lgs. cit. ed in

---

<sup>(32)</sup> Che sono le seguenti: 1) esistenza di un soggetto che, sulla base di accordi, ha il diritto di nominare o revocare la maggioranza degli amministratori o del consiglio di sorveglianza ovvero dispone da solo della maggioranza dei voti ai fini delle deliberazioni relative alle materie di cui agli articoli 2364 e 2364 *bis* c.c.; 2) possesso di partecipazioni idonee a consentire la nomina o la revoca della maggioranza dei membri del consiglio di amministrazione o del consiglio di sorveglianza; 3) sussistenza di rapporti, anche tra soci, di carattere finanziario ed organizzativo idonei a conseguire uno dei seguenti effetti: a) la trasmissione degli utili o delle perdite; b) il coordinamento della gestione dell'impresa con quella di altre imprese ai fini del perseguimento di uno scopo comune; c) l'attribuzione di poteri maggiori rispetto a quelli derivanti dalle partecipazioni possedute; d) l'attribuzione, a soggetti diversi da quelli legittimati in base alla titolarità delle partecipazioni, di poteri nella scelta degli amministratori o dei componenti del consiglio di sorveglianza o dei dirigenti delle imprese; e 4) assoggettamento a direzione comune, in base alla composizione degli organi amministrativi o per altri concordanti elementi. Da rilevare che l'indice *sub* 3-b configura un gruppo *in senso orizzontale*.

caso di sottoposizione a procedura concorsuale di una delle società del gruppo.

Di queste ipotesi la più interessante appare sicuramente quella relativa alla violazione del disposto dell'art. 61 comma 4 d.lgs. cit. Infatti, essendo previsto il potere per i commissari di chiedere la sostituzione degli amministratori, si viene a creare una forma di responsabilità degli amministratori della capogruppo derivante dal non corretto svolgimento dell'attività di direzione.

Il T.U. bancario rappresenta, inoltre, uno dei primi riconoscimenti del fenomeno del gruppo da parte del legislatore penale.

L'art. 136 d.lgs. cit. prevede, al comma primo, che chi svolge funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso una banca non può, pena la reclusione e la multa, contrarre obbligazioni o porre in essere compravendite con la stessa banca senza autorizzazione dell'organo di amministrazione unanime e con il parere favorevole dell'organo di controllo anch'esso unanime.

Ciò che qui interessa particolarmente sono i due successivi commi.

Il comma 2 stabilisce che la disciplina del comma precedente si applica anche a chi svolge le medesime funzioni presso una società del gruppo bancario, in caso di finanziamenti erogati da altra società o da altra banca del gruppo; in questo caso è richiesto anche l'assenso della capogruppo.

Il comma 2 *bis* amplia il campo di applicazione dei due precedenti commi, ricomprendendo anche le obbligazioni «intercorrenti con società controllate dai soggetti di cui ai medesimi commi o presso le quali gli stessi soggetti svolgono funzioni di amministrazione, direzione o controllo, nonché con le società da queste controllate o che le controllano o sono ad esse collegate».

Si profila, anche se limitatamente ad una specifica ipotesi, il riconoscimento della valenza del rapporto di gruppo e, soprattutto, della necessità di cumulare l'assenso all'esecuzione delle operazioni in potenziale conflitto d'interesse da parte delle società direttamente interessate con l'assenso della capogruppo, nel caso in cui dette operazioni assumano un rilievo infragruppo.

In altri termini, si consacra l'esistenza di una dimensione di gruppo che viene ricondotta all'autorità della capogruppo -che rappresenta



l'unità di indirizzo imprenditoriale-, anche per evitare opacità e squilibrio nei rapporti fra le singole unità del gruppo <sup>(33)</sup>.

### 3. Il gruppo societario insolvente

Il problema dell'insolvenza del gruppo societario ha trovato una prima disciplina nella l. 3 aprile 1979 n. 95 (c.d. legge Prodi), all'art. 3 <sup>(34)</sup>.

Questa norma, attualmente non in vigore a causa dell'abrogazione esplicita dell'intera l. 3 aprile 1979 n. 95 disposta dall'art. 109 d.lgs. 8 luglio 1999 n. 270, prevedeva che fossero soggette alla medesima procedura della società ammessa all'amministrazione straordinaria: a) la società controllante direttamente od indirettamente la società in amministrazione straordinaria; b) le società direttamente od indirettamente controllate dalla società in amministrazione straordinaria o dalla società che la controlla; c) le società che, in base

---

<sup>(33)</sup> Il che, come osserva CONTI, *Responsabilità penale degli amministratori e politiche di gruppo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, p. 444, dovrebbe comportare una forma di responsabilità della capogruppo in caso di risultato dannoso cagionato dall'operazione di finanziamento. In tema v. anche FOFFANI, *L'infedeltà patrimoniale nel diritto penale bancario*, in *Diritto penale della banca, del mercato mobiliare e finanziario*, a cura di MEYER-STORTONI, Torino, 2002, p. 333, *passim*.

<sup>(34)</sup> Sulla disciplina del gruppo insolvente nell'amministrazione straordinaria della grande impresa in crisi, individuata in base a particolari criteri dimensionali, v., *ex multis*, COLESANTI-MAFFEI ALBERTI-SCHLESINGER, *Provvedimenti urgenti per l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1979, p. 737 ss.; BONSIGNORI, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi. Legge fallimentare*, Padova, 1980, p. 119 ss.; SBISÀ, *Il gruppo di società nell'amministrazione delle grandi imprese in crisi (criteri di individuazione)*, in *Giur. comm.*, 1980, I, p. 265, *passim*; LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, op. cit., v. nota 24, *passim*; ABBADESSA, *I gruppi di società*, op. cit., v. nota 24, p. 138 ss.; BORGIOI, «Direzione unitaria» e responsabilità nell'amministrazione straordinaria, in *Riv. soc.*, 1982, p. 29, *passim*; JAEGER, *La responsabilità solidale degli amministratori della capogruppo nella legge sull'amministrazione straordinaria*, in AA. VV., *Disciplina giuridica del gruppo di imprese*, Milano, 1982, p. 87, *passim*; CAVALAGLIO, *Amministrazione straordinaria*, appendice a S. SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996, p. 617 ss.; CORSI, *L'insolvenza nel gruppo*, in *I gruppi di società*, a cura di BALZARINI-CARCANO-G. MUCCIARELLI, vol. II, Milano, 1996, p. 1057, *passim*.

alla composizione dei rispettivi organi amministrativi, risultavano sottoposte alla stessa direzione della società in amministrazione straordinaria; d) le società che avevano concesso crediti o garanzie alla società in amministrazione straordinaria in misura particolarmente elevata.

Anche per il gruppo societario insolvente è centrale la nozione di controllo; tuttavia l'art. 3. l. cit. conteneva una definizione di controllo più estesa di quella prevista dall'art. 2359 c.c.

In primo luogo, il gruppo insolvente era qualificato come tale anche in base a rapporti di controllo orizzontale, e cioè l'estensione della procedura era prevista anche per le società controllate dalla controllante dell'ente ammesso all'amministrazione straordinaria.

In secondo luogo, il limite alla configurabilità del controllo indiretto esterno, posto dall'art. 2359 comma 2 c.c., veniva a cadere nell'ambito del gruppo insolvente perché l'articolo 3 l. cit. si riferiva genericamente al controllo indiretto, senza prevedere limiti.

Vi erano, poi, due ulteriori indici sintomatici dell'appartenenza di una società al gruppo insolvente.

Il primo si basava sulla sostanziale coincidenza degli organi amministrativi tale da determinare una comunanza di attività direttiva. In base a tale indice una società era assoggettata alla procedura di amministrazione straordinaria di un'altra società quando, pur non avendosi completa coincidenza fra i membri dei vari organi amministrativi, la prima risultava sottoposta alla direzione unitaria della seconda. Ne conseguiva che, anche in caso di completa coincidenza degli organi di amministrazione, non si procedeva all'estensione dell'amministrazione straordinaria se veniva fornita la prova dell'insussistenza della direzione unitaria.

Il secondo indice era finalizzato ad inglobare nella procedura concorsuale il c.d. polmone finanziario del gruppo insolvente. A tale scopo rientrava nella procedura anche la società che, istituzionalmente, forniva capitale di credito alla società in amministrazione, rilevando solo la società che effettuava i finanziamenti in favore della società già ammessa, e non viceversa. Pertanto, se la società in amministrazione straordinaria effettuava finanziamenti di pari rilevanza nei confronti di una società terza,

questa era assoggettabile alla procedura solo in base ai primi tre criteri sopra illustrati.

Con l'estensione della procedura di amministrazione straordinaria alle altre società del gruppo, nei confronti del gruppo insolvente divenivano applicabili una serie di norme previste dalla l. 3 aprile 1979 n. 95.

Le più importanti riguardavano l'azione revocatoria c.d. aggravata e la responsabilità della capogruppo per direzione unitaria.

La prima era una particolare ipotesi di revocatoria fallimentare, disciplinata dal comma terzo dell'art. 3 l. cit., che prevedeva una significativa estensione temporale del periodo sospetto entro il quale gli atti del debitore sono revocabili ad opera del commissario straordinario. La norma disponeva che, contro le società del gruppo - anche non insolventi - poteva essere esercitata azione revocatoria ai sensi dei primi tre numeri del comma primo dell'art. 67 legge fallimentare, per atti posti in essere nei cinque anni anteriori alla sentenza dichiarativa di insolvenza della società in amministrazione straordinaria, ed ai sensi del comma 1 numero 4 e secondo comma del medesimo articolo, per atti posti in essere nei tre anni antecedenti la dichiarazione di insolvenza <sup>(35)</sup>.

La maggiore severità della disciplina della revocatoria fallimentare in caso di gruppo insolvente era derivata proprio dalla constatazione che all'interno di un gruppo societario vi è una più marcata interconnessione economica delle varie unità strutturali. Questa *ratio* giustificava pienamente anche il fatto che l'azione revocatoria c.d. aggravata potesse essere esperita anche nei confronti delle società che facevano parte del gruppo, ma non procedura, perché non insolventi.

La seconda conseguenza dell'estensione della procedura al gruppo era rappresentata dalla responsabilità per direzione unitaria che incombe sugli amministratori della capogruppo.

L'ultimo comma dell'art. 3 l. cit. recitava: « (...) ove si verifichi l'ipotesi di una direzione unitaria, gli amministratori delle società che hanno esercitato tale direzione rispondono in solido con gli

---

<sup>(35)</sup> La disciplina della legge fallimentare contestuale all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, prevedeva un periodo sospetto, rispettivamente, di due anni ed un anno.

*amministratori della società in amministrazione straordinaria dei danni cagionati alla società stessa».*

Tramite tale norma, se la direzione unitaria del gruppo aveva prodotto un danno alla controllata, la conseguente responsabilità, che normalmente sarebbe ricaduta solo sugli amministratori di quest'ultima, risaliva la catena del gruppo sino a raggiungere gli effettivi centri decisionali della politica d'impresa del gruppo.

La direzione unitaria -che della direzione e del coordinamento dell'art. 2497 c.c. è una progenitrice- rappresentava, quindi, il momento organizzativo dell'impresa di gruppo attuato tramite i collegamenti societari delle molteplici unità.

Il fenomeno del gruppo societario è contemplato anche dalla vigente normativa, sostitutiva della c.d. legge Prodi, in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza <sup>(36)</sup>. La nuova legge (d.lgs. 8 luglio 1999 n. 270) mantiene l'impostazione della precedente, ma non senza significative innovazioni. Al gruppo insolvente sono dedicati ben undici articoli (80-91).

L'art. 80 d.lgs. cit. contiene la definizione di gruppo ed introduce quella di procedura madre; la norma dispone testualmente: «1. *Ai fini dell'applicazione delle disposizioni del presente capo si intendono:*

---

<sup>(36)</sup> Sulla regolamentazione del gruppo nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi v. ALESSI, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, Milano, 2000, *passim*; DACCÒ, *commento agli artt. 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89 e 91 in La nuova disciplina della amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, a cura di CASTAGNOLA-SACCHI, Torino, 2000, *passim*; LO CASCIO, *Commentario alla legge sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, Milano, 2000, *passim*; MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare (e alla legge sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi)*, Padova, 2000, p. 1083 ss.; RONDINONE, *commento all'art. 90, in La nuova disciplina della amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, op. cit., *passim*; SANTONI, *L'amministrazione straordinaria delle società e dei gruppi*, in *La riforma dell'amministrazione straordinaria*, a cura di BONFATTI-FALCONE, Roma, 2000, p. 93, *passim*; PAVONE LA ROSA, *Il gruppo di imprese nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2000, I, p. 481, *passim*; ID., *La responsabilità degli amministratori della controllante nella crisi del gruppo societario*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 793, *passim*; FUNARI, *Il concetto di gruppo fra diritto societario e diritto fallimentare*, in *Soc.*, 2005, p. 641 ss.

a) per "procedura madre", la procedura di amministrazione straordinaria di un'impresa che ha i requisiti previsti dagli articoli 2 e 27, facente parte di un gruppo;

b) per "imprese del gruppo":

1) le imprese che controllano direttamente o indirettamente la società sottoposta alla procedura madre;

2) le società direttamente o indirettamente controllate dall'impresa sottoposta alla procedura madre o dall'impresa che la controlla;

3) le imprese che, per la composizione degli organi amministrativi o sulla base di altri concordanti elementi, risultano soggette ad una direzione comune a quella dell'impresa sottoposta alla procedura madre.

2. Agli effetti del comma 1, lettera b), numeri 1) e 2), il rapporto di controllo sussiste, anche con riferimento a soggetti diversi dalle società, nei casi previsti dall'art. 2359, primo e secondo comma, del codice civile.».

Gli indici di appartenenza al gruppo non si discostano da quelli previsti dall'art. 3 l. 3 aprile 1979 n. 95, se non per quanto segue.

I criteri *sub* 1) e 3) si riferiscono alle imprese, mentre in precedenza erano menzionate le sole società; in tal modo è possibile coinvolgere nel gruppo insolvente un'impresa individuale che funga da capogruppo e le altre imprese del gruppo esercitate in forma individuale.

Inoltre, il criterio *sub* 3) dà rilevanza alla "direzione comune", non più alla "stessa direzione", che è possibile -ma non necessario- desumere in base alla composizione degli organi amministrativi o da altri concordanti elementi. Si ritiene che "concordanti elementi" possano essere considerati i rilevanti finanziamenti o le garanzie previste dalla previgente disciplina come autonomo indice dell'appartenenza al gruppo.

Differenti elementi innovativi sono contenuti nell'ultimo comma dell'art. 80 d.lgs. cit.

Innanzitutto, vi si richiama espressamente la nozione di controllo prevista dall'art. 2359 c.c. che implica l'irrilevanza del controllo indiretto esterno, ai fini del giudizio sull'appartenenza al gruppo; viene così ristretto l'ambito del gruppo insolvente rispetto alla previgente disciplina ove, proprio la non menzione del citato articolo, aveva

condotto gli interpreti a dare rilevanza a quella tipologia di controllo ai fini della delimitazione dei confini del gruppo insolvente

Nel medesimo comma, inoltre, il legislatore annovera fra i soggetti sottoposti al controllo anche i soggetti differenti dalle società. Il riferimento è, necessariamente, alle imprese individuali. L'inserimento di tale precisazione ottiene l'effetto di includere nel gruppo insolvente quelle imprese non esercitate in forma societaria che, comunque, sono sottoposte a controllo esterno.

Similmente alla previgente normativa, i più importanti istituti applicabili al gruppo insolvente sono la c.d. revocatoria aggravata e la responsabilità degli amministratori della controllante in caso di abuso di direzione unitaria.

Per quanto riguarda l'azione revocatoria c.d. aggravata, l'art. 91 d.lgs. cit. riproduce, sostanzialmente, la previgente disciplina allargando il novero dei soggetti legittimati alla proposizione dell'azione che ricomprende, oggi, anche il curatore dell'impresa o della società del gruppo dichiarata insolvente <sup>(37)</sup>.

Vi sono, invece, dei cambiamenti, rispetto alla disciplina della c.d. legge Prodi, nell'atteggiarsi della responsabilità della capogruppo.

In primo luogo, la disciplina attuale si applica in favore della società del gruppo insolvente, indipendentemente dall'estensione alla stessa della disciplina di amministrazione straordinaria.

In secondo luogo, è attualmente necessario un abuso della direzione unitaria, non più il mero esercizio della stessa.

In ultimo, si richiede, per la configurazione della responsabilità, un nesso eziologico fra le direttive impartite dagli amministratori della controllante -nelle quali si sostanzia l'abuso della direzione unitaria- e i danni subiti dalla società del gruppo dichiarata insolvente.

In conclusione, è necessario sottolineare che la disciplina sopra descritta trova applicazione anche nella procedura di amministrazione

---

<sup>(37)</sup> Da notare che, in seguito alla riforma dell'art. 67 legge fallimentare operata dal d.l. 14 marzo 2005 n. 35, il divario fra disciplina revocatoria comune e revocatoria aggravata risulta aumentato, posto che nella revocatoria *ex art. 67 legge fallimentare* la durata del periodo sospetto è stata dimezzata in tutte le ipotesi.

straordinaria c.d. speciale, di cui alla l. 18 febbraio 2004 n. 39, in virtù di un esplicito richiamo previsto dall'art. 8 <sup>(38)</sup>.

---

<sup>(38)</sup> Per completezza si deve osservare che il gruppo societario è preso in considerazione dall'art. 5 del d.l. 23 dicembre 2003 n. 347, rubricato *Operazioni necessarie per la salvaguardia del gruppo*, ove si dispone che il Commissario può essere autorizzato ad effettuare cessioni ed utilizzo di beni finalizzate alla ristrutturazione del gruppo e che il Commissario può essere autorizzato, fino all'approvazione del programma di ristrutturazione, al compimento delle operazioni o delle categorie di operazioni necessarie per la salvaguardia della continuità dell'attività aziendale delle imprese del gruppo. In generale sulla disciplina del gruppo societario nell'amministrazione straordinaria speciale v. DACCÒ, *Commento all'art. 3, commi 3 e 3-bis*, in *La legge Marzano*, a cura di CASTAGNOLA-SACCHI, Torino, 2006, p. 88, *passim*.

## SEZIONE SECONDA

### LA PATOLOGIA DEL GRUPPO SOCIETARIO. PROFILI CRIMINOLOGICI DELL'IMPRESA DI GRUPPO

#### *1. Premessa. La struttura organizzativa dell'impresa di gruppo come fattore criminogeno.*

Il gruppo societario si presta ad una duplice lettura: può essere visto come fenomeno virtuoso che genera posti di lavoro, risorse per la ricerca scientifica, nuove tecnologie per la produzione; oppure può essere interpretato come contesto criminogeno, cioè come substrato che genera una pluralità indefinita di comportamenti penalmente rilevanti <sup>(39)</sup>.

La seconda chiave di lettura emerge con vigore ogniqualvolta il gruppo societario si colloca al centro dei più significativi scandali finanziari che scuotono i mercati di numerose nazioni industrializzate (fra i più noti: Tyco International, Enron e Worldcom negli Stati Uniti, Vivendi Universal in Francia, Ahold in Olanda, Cirio e Parmalat in Italia).

Limitandosi ad un esempio recente, il crack Parmalat, che ha prodotto un dissesto pari ad € 13,2 miliardi <sup>(40)</sup>, ha coinvolto una moltitudine di società <sup>(41)</sup>, interessate, tra l'altro, da uno dei fenomeni tipici in cui si esternalizza il contesto criminogeno del gruppo, vale a

---

<sup>(39)</sup> In questo senso v. CONTI, *Responsabilità penale*, op. cit., v. nota 33, p. 437 ss.; MILITELLO, *Attività del gruppo e comportamenti illeciti: il gruppo come fattore criminogeno*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, p. 368.

<sup>(40)</sup> Fonte: Relazione del Commissario straordinario, citata da CHIARUTTINI - consulente del Pubblico Ministero nel processo per le vicende Parmalat che viene celebrato dinnanzi al Tribunale di Milano- nella propria relazione.

<sup>(41)</sup> Scorrendo il bilancio consolidato di Parmalat Finanziaria S.p.a. relativo all'esercizio 2002, si contano, salvo errori, 214 società controllate direttamente od indirettamente, sparse nei cinque continenti.



dire un trasferimento di ricchezza fra le varie società del gruppo che risulta in un danno per i creditori di alcune società <sup>(42)</sup>.

Questi avvenimenti, come si diceva, spingono alla ricerca di una spiegazione che chiarisca il processo eziologico che porta, così sovente e con tali nefandi risultati, alla realizzazione di condotte criminali all'interno dell'impresa organizzata, anche in forma di gruppo societario.

Volendo cercare di analizzare, in chiave criminologica, i comportamenti illeciti dei soggetti interni al gruppo, sembra utile impostare l'analisi su tre livelli.

Il primo è quello della singola *persona*, considerata individualmente, il secondo è quello dell'*ambiente* ove il singolo membro opera -l'organizzazione societaria-, ed il terzo è rappresentato dal particolare contesto di 'organizzazione di organizzazioni' che è il *gruppo di società*.

## *2. Le scelte illecite dei membri dell'organizzazione produttiva: la dimensione individuale.*

Nonostante non sia stato il primo studioso ad occuparsi del crimine perpetrato dagli esponenti più illustri di imprese commerciali <sup>(43)</sup>, Edwin H. Sutherland è il pioniere indiscusso delle moderne teorie criminologiche in materia di delinquenza economica <sup>(44)</sup>.

A Sutherland si deve la concettualizzazione della categoria del *White collar crime*, definito come «reato commesso da una persona rispettabile e di elevata condizione sociale nel corso della sua occupazione» <sup>(45)</sup>.

---

<sup>(42)</sup> V., ancora, CONTI, *Responsabilità penale*, op. cit., v. nota 33, p. 439 ss.

<sup>(43)</sup> Ad esempio, una netta presa di posizione circa le affinità fra il delinquente economico ed il delinquente di strada è riscontrabile nell'opera *Sin and society* del sociologo E. A. ROSS, edita nel 1907.

<sup>(44)</sup> Come è noto, la pubblicazione della principale opera di Sutherland, intitolata *White collar crime*, risale al 1940, ma la versione priva di censure è apparsa solo nel 1983.

<sup>(45)</sup> SUTHERLAND, *Il crimine dei colletti bianchi. La versione integrale*, Milano, 1987, p. 8. La terminologia *white collar crime*, come esplicitamente indicato dall'A. alla nota 8 della citata pagina, si ispira all'opera *An autobiography of a*

Il *white collar crime* è una tipologia di crimine che si discosta completamente dal paradigma tradizionale del reato quale fatto illecito commesso da un soggetto appartenente ad una classe sociale meno agiata; questo assunto rappresenta il primo elemento innovatore del pensiero di Sutherland rispetto alla teoria criminologica allora dominante che ravvisava una relazione diretta tra criminalità e povertà<sup>(46)</sup> oppure che identificava le cause dell'agire criminale in patologie individuali di carattere biologico<sup>(47)</sup>.

In estrema sintesi, i fattori che vengono posti in luce dall'analisi di Sutherland sono: *i)* la frequenza e l'incidenza del *white collar crime*, *ii)* la scarsa percezione del danno subito da parte delle vittime del *white collar crime* e la difficoltà di reazione delle stesse e *iii)* la sostanziale carenza di stigmatizzazione dei comportamenti illeciti dei *white collar criminals*.

*i)* Sutherland dimostra che il crimine del colletto bianco, giovandosi dello scarso allarme sociale che dallo stesso deriva, si verifica con una frequenza estremamente rilevante<sup>(48)</sup>.

Inoltre, l'Autore suggerisce che il costo, in termini monetari, del crimine dei colletti bianchi sia molto maggiore del costo del crimine 'tradizionale'<sup>(49)</sup>.

*ii)* La seconda caratteristica del *white collar crime* è di risultare praticamente inoffensivo agli occhi della vittima che, normalmente, non ha i mezzi per reagire ed ottenere il ristoro dei danni subiti.

---

*white collar worker*, scritta dall'allora presidente della *General Motors*. Per un'attenta analisi dell'opera di Sutherland, v. FORTI, *Normatività ed empiria nel lavoro del criminologo. Il "caso" Sutherland*, in *Riv. it dir. proc. pen.*, 1987, p. 364, *passim*.

<sup>(46)</sup> In tema v. PONTI, *Compendio di criminologia*, Milano, 1999, p. 129.

<sup>(47)</sup> Cfr. SUTHERLAND, *Il crimine*, op. cit., v. nota 45, p. 5.

<sup>(48)</sup> Ciò avviene attraverso l'analisi delle decisioni adottate contro le settanta maggiori società allora operanti negli Stati Uniti. Per una quantificazione numerica v. SUTHERLAND, *Il crimine*, op. cit., v. nota 45, p. 19 ss. (tabella 3).

<sup>(49)</sup> SUTHERLAND, *Il crimine*, op. cit., v. nota 45, p. 11. Questo assunto, che è stato ripreso e dimostrato con nuovi dati da altri studiosi (v. per tutti, BALKAN-BERGER-SCHMIDT, *Crime and deviance in America*, Belmont (California), 1980, p. 167 ss.), trova conferma anche nei recenti crack finanziari. Ad esempio, nella vicenda Cirio, secondo la relazione dei Commissari giudiziali (pubblicata sul sito internet [www.cirio.it](http://www.cirio.it), in particolare p. 73) il danno patito dai risparmiatori ammonta a circa € 1.125 milioni.

Il *white collar crime* è in grado di segmentare il proprio ingente costo finanziario tra i vari azionisti, consumatori, ecc. In tal modo la singola vittima non subisce un danno di proporzioni sufficienti a rendere ragionevole l'avvio di un'azione individuale. In aggiunta, è estremamente improbabile che le vittime abbiano i mezzi e la capacità di coalizzarsi per porre in essere un'azione comune <sup>(50)</sup>.

iii) Il crimine dei colletti bianchi è, al contrario del crimine della strada, solamente lambito dallo stigma della sanzione penale. L'analisi di Sutherland individua tre fattori che concorrono a determinare la non applicazione della pena ai criminali dai colletti bianchi <sup>(51)</sup>.

Il primo è l'elevato *status* sociale del criminale dal colletto bianco, che induce i rappresentanti della pubblica accusa ad utilizzare un più mite metro di giudizio; il secondo è il fatto che il fenomeno di sostituzione della sanzione penale con altri strumenti non penali <sup>(52)</sup> ha trovato più rapida diffusione nell'ambito dei *white collar crimes* che nelle altre tipologie di crimine; il terzo viene individuato nella eterogeneità della reazione della collettività di fronte ai crimini dei colletti bianchi, derivante dalla difficoltà di valutarne la dannosità complessiva, dall'assenza di una valutazione negativa uniforme da parte dei mezzi di comunicazione di massa <sup>(53)</sup> e dalla diffusa ignoranza della normativa che li reprime a causa della novità e della legislazione in materia penal-economica.

---

<sup>(50)</sup> SUTHERLAND, *Il crimine*, op. cit., v. nota 45, p. 300 ss. Illuminante, in tal senso, è la dichiarazione ivi riportata dall'A., dell'ambiguo finanziere Daniel Drew (1797-1879) il quale, dopo aver illustrato le ripercussioni subite ad opera dell'industriale Vanderbilt a causa di una riuscita speculazione ai danni dello stesso, conclude: «*Se il denaro l'avessi tolto a degli sconosciuti, il guadagno complessivamente sarebbe stato lo stesso ma i danneggiati, sparsi per tutto il paese, non sarebbero riusciti a mettersi insieme ed a reagire*».

<sup>(51)</sup> SUTHERLAND, *Il crimine*, op. cit., v. nota 45, p. 67 ss.

<sup>(52)</sup> Ad es. l'istituto della *probation* negli Stati Uniti. Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, pur con significative differenze, il pensiero corre immediatamente alle misure alternative alla detenzione.

<sup>(53)</sup> Secondo l'A. dovuta principalmente al fatto che i mass media sono controllati da uomini d'affari che rientrano nella categoria del *white collar criminal*: «*L'atteggiamento della società nei confronti del borseggio non sarebbe molto compatto se gran parte delle informazioni riguardanti questo reato fossero fornite al pubblico direttamente dai suoi autori*». SUTHERLAND, *Il crimine*, op. cit., v. nota 45, p. 70.

Ma il pregio dell'indagine di Sutherland consiste anche nell'aver individuato numerose analogie che intercorrono fra il criminale economico ed il delinquente professionale comune <sup>(54)</sup>.

Innanzitutto entrambe le tipologie di criminali sono tendenzialmente recidive, per cui è possibile dedurre che la criminalità economica è abituale come quella professionale.

Inoltre, come il delinquente professionale comune, il criminale dal colletto bianco che viola la legge nel suo campo di attività non subisce un giudizio sfavorevole da parte dei propri colleghi.

In ultimo, il criminale dal colletto bianco prova e manifesta il suo disprezzo per la regolamentazione statale della propria attività economica e per i funzionari pubblici che sono preposti a garantirne il rispetto. Anche questo è un profilo di somiglianza con il criminale professionale comune.

Per cercare di dare una spiegazione al fenomeno da lui osservato, Sutherland utilizza due teorie.

La prima, e la più importante, è la teoria delle associazioni differenziali, elaborata dallo stesso Sutherland negli anni '30 <sup>(55)</sup>.

*«Secondo la teoria dell'associazione differenziale, il comportamento criminale è appreso a contatto con individui che definiscono tale comportamento favorevolmente e in isolamento da altri individui che di esso danno una definizione sfavorevole; nelle condizioni adatte, una certa persona tiene un comportamento criminale solo se le definizioni favorevoli superano quelle sfavorevoli»* <sup>(56)</sup>.

In base a questa teoria il criminale economico apprende il comportamento criminale -e le tecniche di realizzazione del reato- dai membri dell'organizzazione economica in cui è inserito; l'agire criminale viene posto in essere perché all'interno di quella comunità prevalgono le interpretazioni contrarie alla legge e non è motivato da un insieme di bisogni o di valori <sup>(57)</sup>.

---

<sup>(54)</sup> SUTHERLAND, *Il crimine*, op. cit., v. nota 45, p. 289 ss.

<sup>(55)</sup> in tema v. PONTI, *Compendio*, op. cit., v. nota 46, p. 124 ss.

<sup>(56)</sup> SUTHERLAND, *Il crimine*, op. cit., v. nota 45, p. 305.

<sup>(57)</sup> In questo senso v. CERETTI, *Studi sulla personalità del delinquente dal colletto bianco*, in *Rass. crim.*, 1987, p. 299 ss; sul tema cfr. RACITI, *Il criminale economico nella ricerca criminologica: dall'opera di Sutherland alle più recenti formulazioni teoretiche*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2005, p. 678 ss. In realtà nell'opera di Sutherland alla teoria delle associazioni differenziali si affianca, in modo complementare, la teoria della disorganizzazione sociale: «La

La teoria del *white collar crime*, incentrata sull'individuo che si pone in relazione con gli altri individui che operano nel suo contesto professionale, ha sicuramente il merito di aver svelato al pubblico ed agli studiosi della scienza criminologica un settore della criminalità del tutto ignorato.

Tuttavia, essa non è perfetta, e le prime osservazioni critiche furono rapidamente espresse, accompagnate da nuove definizioni del *white collar crime* <sup>(58)</sup>. In effetti, un punto problematico della teoria di Sutherland è proprio la definizione che egli propone del *white collar crime* <sup>(59)</sup>.

Come è stato efficacemente sintetizzato: «*Sutherland's most widely accepted definition of white-collar crime, however, said nothing at all regarding corporate or organizational conduct*» <sup>(60)</sup>; quello che alla visione di Sutherland sembra mancare è la giusta ponderazione della rilevanza dell'impatto della struttura organizzativa dell'impresa sull'agire del singolo delinquente dal colletto bianco.

L'illustre Autore si limita ad individuare due tipologie di organizzazione alle quali i colletti bianchi danno vita, al fine di perpetrare i propri illeciti <sup>(61)</sup>.

---

*disorganizzazione sociale può essere di due tipi: l'anomia, o mancanza di regole che orientino il comportamento in generale o specifiche forme di comportamento dei membri della società; e l'organizzarsi all'interno della società di gruppi in conflitto relativamente a condotte specifiche*» (SUTHERLAND, *Il crimine*, op. cit., v. nota 45, p. 322); tuttavia è lo stesso A. a porre in dubbio la validità della teoria, posto che manca una nozione di disorganizzazione sociale che prescindere da implicazioni etiche che ne pregiudicano il contenuto analitico.

<sup>(58)</sup> Cfr. CLINARD, *Criminological theories of violation of wartime regulations*, in *Am. soc. rev.*, 1946, p. 258, *passim*; TAPPAN, *Who is the criminal?*, in *Am. soc. rev.*, 1947, p. 96, *passim*; HARTUNG, *White-collar offenses in the wholesale meat industry in Detroit*, in *Am. j. soc.*, 1950, p. 25 *passim*.

<sup>(59)</sup> In questo senso v. RACITI, *Il criminale economico*, op. cit., v. nota 57, p. 681 ss. alla quale si rimanda per l'illustrazione dei punti centrali delle note critiche di Tappan (v. nota precedente).

<sup>(60)</sup> WHEELER-ROTHMAN, *The organization as weapon in white-collar crime*, in *Mich. l. rev.*, 1981-1982, p. 1403 ss.

<sup>(61)</sup> Sutherland, op. cit., v. nota 45, p. 292, distingue tra associazioni formali (come accordi di cartello, associazioni industriali, lobby di pressione politica) ed informali (che si reggono sul consenso che gli uomini d'affari ricevono dai loro colleghi nell'aggirare la legge che limita l'iniziativa economica).

Se ciò è indubbiamente vero, è altrettanto corretto affermare che l'agire criminale di un colletto bianco è influenzato dall'organizzazione di persone all'interno della quale egli si colloca per svolgere la propria professione.

Per cercare di contemplare anche questo aspetto, il paradigma del *white collar crime* è stato affinato tramite la scomposizione in due categorie: *occupational crime* e *corporate crime* <sup>(62)</sup>.

La prima categoria comprende gli illeciti posti in essere da membri dell'organizzazione in vista di un personale tornaconto, mentre la seconda riguarda i comportamenti criminosi attuati per raggiungere gli scopi dell'organizzazione, piuttosto che gli scopi individuali.

Sebbene possano sorgere delle difficoltà nel distinguere dette categorie <sup>(63)</sup>, esse hanno un importante denominatore comune: attribuiscono il corretto rilievo all'organizzazione d'impresa all'interno della quale nasce e si sviluppa la criminalità d'impresa.

Oggetto di studi diventa, quindi, la dimensione collettiva della criminalità d'impresa.

### 3. (Segue): La dimensione collettiva.

Lo studio del *corporate crime*, definito come criminalità economica commessa in vista degli obiettivi dell'organizzazione d'impresa <sup>(64)</sup>, ha dato vita ad un ricco filone di studi circa il ruolo che l'organizzazione societaria ricopre nell'eziologia dei comportamenti criminali tenuti dai propri membri.

---

<sup>(62)</sup> In tema v., *ex multis*, CLINARD-YEAGER, *Corporate crime*, London-New York, 1980, p. 17 ss.; CLINARD, *Corporate ethics and crime*, Beverly Hills-London-New Dehli, 1982, p. 12 ss.; WHEELER-ROTHMAN, *The organization*, op. cit., v. nota 60 p. 1404 ss.; JAMIESON, *The organization of corporate crime*, Thousand Oaks-London-New Dehli, 1994, p. 3 ss. Per un catalogo delle varie definizioni di *white collar crime* che si sono via via aggiunte a quella originaria di Sutherland si rimanda a RACKMILL, *Understanding and sanctioning the white collar offender*, in *Fed. probation*, 1992, p. 26 ss.

<sup>(63)</sup> In tema v. CLINARD-YEAGER, *Corporate crime*, op. cit., v. nota 62, p. 19.

<sup>(64)</sup> In questo senso v. CLINARD-YEAGER, *Corporate crime*, op. cit., v. nota 62, p. 18.

Come è stato notato <sup>(65)</sup>, i primi a dare inizio alla nuova fase di analisi del rapporto fra il singolo *corporate criminal* e l'organizzazione che lo circonda, non sono stati cultori della sociologia o della criminologia, bensì studiosi del diritto <sup>(66)</sup>.

Da allora, lo sviluppo della letteratura in materia di *corporate crime* ha seguito, principalmente, due canali.

**a)** Si è andata attestando una corrente di pensiero che si focalizza sulla figura del membro dell'organizzazione, individuandone la capacità di agire in base a scelte di tipo razionale, anche nel porre in essere condotte criminali <sup>(67)</sup>.

Le teorie che rientrano in questo filone sono sicuramente tributarie dell'approccio razionale al crimine suggerito dalla disciplina dell'analisi economica del diritto, applicata al diritto penale, che si è sviluppata a partire da un fondamentale scritto di Gary Becker del 1968 <sup>(68)</sup>.

---

<sup>(65)</sup> BRAITHWAITE, *White collar crime*, in *Ann. rev. sociol.*, 1985, p. 3.

<sup>(66)</sup> Cfr. STONE, *Where the law ends: the social control of corporate behaviour*, New York, 1975, *passim* e COFFEE, *Beyond the shut-eyed sentry: toward a theoretical effective view of corporate misconduct and effective legal response*, in *Va. l. rev.*, 1977, p. 1099, *passim*.

<sup>(67)</sup> In tema v., *ex multis*, KRIESBERG, *Decision making model and the control of corporate crime*, in *Yale l. j.*, 1976, p. 1091, *passim*; KAGAN-SCHOLTZ, *The criminology of corporations and regulatory enforcement strategies*, in *Enforcing regulation*, a cura di HAWKINS-THOMAS, Boston, 1987, p. 79, *passim*; BAYSINGER, *Organization theory and the criminal liability of organizations*, in *B. U. l. rev.*, 1991, p. 341, *passim*; PATERNOSTER-SIMPSON, *A rational choice theory of corporate crime*, in *Five advances in criminological theory: routine activity and rational choice*, a cura di CLARKE-FELSON, New Brunswick, 1993, p. 37, *passim*; ID., *Sanction threats and appeals to morality: testing a rational choice model of corporate crime*, in *Law & society rev.*, 1996, p. 549, *passim*; COHEN-SIMPSON, *The origins of corporate criminality: rational individual and organizational actors*, in *Debating corporate crime*, a cura di LOFQUIST, Cincinnati, 1997, p. 33, *passim*; RACITI, *Il criminale economico*, op. cit., v. nota 57, p. 692 ss.

<sup>(68)</sup> BECKER, *Crime and punishment: an economic approach*, in *Journal of political economy*, 1968, pag. 169, *passim*; per i caratteri generali dell'analisi economica del diritto penale, nella letteratura anglosassone, v., per tutti, POSNER, *Economic analysis of law*, New York, 2003, pag. 220 ss.; nella dottrina italiana il tema dell'analisi economica del diritto penale è stato sostanzialmente trascurato fino al fondamentale lavoro di PALIERO, *L'economia della pena (un work in progress)*, in *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di DOLCINI-PALIERO, Milano, 2006, vol. I, p. 539, *passim* (ora anche in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1336, *passim*), v. anche MONTANI, *Economic crimes. Diritto penale ed economia: prove di dialogo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006, p. 909, *passim*.

In estrema sintesi, Becker ritiene che un soggetto pone in essere condotte criminali solo se i benefici attesi che ne derivano superano i costi attesi.

In tal modo è possibile stabilire una relazione di proporzionalità inversa tra numero di condotte illecite da un lato, e probabilità della condanna, costo atteso della condanna ed altri fattori residuali (i disagi di un arresto, il mancato guadagno derivante dal non aver posto in essere un'attività lecita, ecc.), dall'altro (69).

Similmente, il *rationale* comune alla teoria della scelta razionale è che il *corporate criminal* porrà in essere condotte illecite solo in vista di benefici maggiori dei costi (70).

Preliminarmente, è necessario risolvere un'apparente contraddizione che sembra inficiare questa teoria. Ci si domanda quale sia il motivo che spinge un agente razionale a perseguire gli scopi della propria organizzazione societaria in modo illecito visto che la stessa ne trarrà il maggiore beneficio, mentre il rischio della sanzione penale è principalmente a carico del singolo agente (71).

In altri termini, perché un dirigente dovrebbe sopportare il rischio della sanzione penale quando gli eventuali benefici della condotta illecita sono a vantaggio della società, cioè degli azionisti?

In realtà, frequentemente, i benefici incamerati dalla società si riverberano direttamente od indirettamente, sui membri dell'organizzazione societaria (72). Un esempio in tal senso è fornito dai piani di *stock option*: il manager, agendo illecitamente, aumenta il valore delle azioni per le quali possiede l'opzione, traendone un vantaggio indiretto; ma una maggiore redditività della società può significare anche una corresponsione di *bonus* o gratifiche.

---

(69) BECKER, *Crime and punishment*, op. cit., v. nota 68, p. 177, ove la relazione di proporzionalità inversa viene formalizzata in termini analitici.

(70) Cfr. gli autori citati alla precedente nota 67, v., in particolare, COHEN-SIMPSON, *The origins of corporate criminality*, op. cit., v. nota 67, p. 35 ss.; PATERNOSTER-SIMPSON, *Sanction threats and appeals to morality*, op. cit., v. nota 67, p. 553 ss.

(71) Cfr. COFFEE, *Corporate crime and punishment, a non-Chicago view of the economics of criminal sanctions*, in *Am. crim. l. rev.*, 1980, p. 419, *passim*.

(72) V. PATERNOSTER-SIMPSON, *A rational choice theory*, op. cit., v. nota 67, p. 40 ss. In una diversa prospettiva si è sostenuto gli azionisti «non necessariamente beneficiano delle azioni criminali che i manager delle società intraprendono per loro conto» (MACEY, *Agency theory and the criminal liability of organizations*, in *B. U. l. rev.*, 1991, p. 334).



La scelta di porre in essere un illecito si basa, quindi, sul calcolo dell'utilità attesa, direttamente od indirettamente, dal singolo agente.

L'utilità attesa si compone di diversi elementi: un guadagno in termini monetari, un miglioramento della propria posizione in termini di *status* all'interno dell'organizzazione societaria, ed un miglioramento della qualità della vita <sup>(73)</sup>.

Anche sul versante dei costi attesi, le teorie della scelta razionale hanno fornito diverse indicazioni.

Sono tenute in considerazione dall'agente razionale: il costo della sanzione e la probabilità che la stessa venga irrogata, la perdita di reputazione nel caso in cui l'illecito venga scoperto (che corrisponde ad una diminuzione dello *status*) ed un complessivo peggioramento della qualità della vita, dovuto al verificarsi dei due precedenti fattori <sup>(74)</sup>.

L'analisi costi/benefici conduce alla scelta di porre, o meno, in essere il comportamento criminale; in questo modello appare evidente il ruolo deterrente della sanzione penale, che incide direttamente sulla decisione dell'agente.

Il paradigma della scelta razionale si è evoluto grazie ad una più profonda analisi delle dinamiche motivazionali che influiscono sull'agente.

Un contributo all'analisi del contesto in cui avviene il soppesamento dei costi e dei benefici è fornito dalle teorie in materia di rapporto di agenzia tra azionisti ed amministratori <sup>(75)</sup>.

Secondo questa teoria gli azionisti sono orientati al rischio perché sono in grado di diversificare il loro investimento complessivo, con i relativi rischi. Al contrario i *manager* sono avversi al rischio perché tendono a conservare il loro posto di lavoro ed il loro livello di reddito non cimentandosi in operazioni rischiose che possono deprimere gli affari della società.

Ne consegue che i *manager*, non tendono a porre in essere comportamenti criminali a favore dell'impresa perché questi costituiscono un rischio <sup>(76)</sup>.

---

<sup>(73)</sup> Cfr. BAYSINGER, *Organization theory*, op. cit., v. nota 67, p. 353; COHEN-SIMPSON, *The origins of corporate criminality*, op. cit., v. nota 67, p. 36.

<sup>(74)</sup> ID. op. cit., loc. cit.

<sup>(75)</sup> In tema v., per tutti, JENSEN-MECKLING, *Theory of the firm: managerial behaviour, agency costs and ownership structure*, in *Fin. econ.*, 1976, p. 305, *passim*.

Detto diversamente: l'avversione al rischio propria dei *manager* incide sul calcolo costi/benefici -che presenta sempre un margine d'incertezza- dando maggior peso alla componente dei costi.

In particolari circostanze, tuttavia, i *manager* diventano più propensi al rischio degli azionisti; ciò avviene nei momenti di crisi societaria quando lo spettro dell'insolvenza prefigura agli azionisti la perdita di una frazione del proprio capitale investito ed ai funzionari della società la perdita della loro fonte di reddito (77).

La propensione al rischio si traduce in una diversa valutazione dei parametri del calcolo costi/benefici, facendo lievitare l'apprezzamento dei benefici.

In questo modello l'organizzazione societaria non gioca un ruolo fondamentale; sebbene sia vero che verso i propri scopi sono teleologicamente orientate le condotte illecite dei suoi membri, è in base ad un calcolo costi/benefici effettuato a livello individuale che la condotta viene effettivamente posta in essere.

Si profila un aspetto problematico del modello in discussione: difficilmente i singoli agenti, calati all'interno di un'organizzazione complessa, possiedono tutte le informazioni necessarie per operare il calcolo costi/benefici.

In questo senso la razionalità è limitata dalla necessità di attivare i meccanismi propri delle organizzazioni atti ad acquisire le informazioni necessarie per decidere (78).

Ma ciò non garantisce che il singolo *manager* possa comunque porre in essere una decisione razionale grazie alle complete informazioni in suo possesso; come è stato efficacemente osservato «*l'immagine di una scelta razionale 'al primo colpo', effettuata da un singolo individuo ben informato, deriva dall'assumere che le discussioni prescrittive su come i manager dovrebbero decidere siano anche descrittive del come essi decidono effettivamente*» (79).

---

(76) MACEY, *Agency theory*, op. cit., v. nota 72, p. 320 ss.

(77) ID., op. cit., p. 326 ss.

(78) In questo senso v. ERMANN-RABE, *Organizational process (not rational choices) produce most corporate crime*, in *Debating corporate crime*, a cura di LOFQUIST, Cincinnati, 1997, p. 57 ss.

(79) ID., p. 59. Il problema della razionalità limitata sembra tormentare tutte le discipline che, similmente al modello in questione, assumono che l'uomo sia un razionale massimizzatore della propria utilità. In tema v. DENOZZA, *Norme efficienti*, Milano, 2002, p. 122 ss.

Il singolo agente, seppure razionale, deve confrontarsi con l'organizzazione ove opera che tende ad influenzarne le preferenze e, conseguentemente, ciò che egli percepisce come razionale <sup>(80)</sup>.

**b)** Una seconda teoria privilegia l'analisi dell'effetto delle dinamiche dell'organizzazione societaria sul comportamento -illecito- dei propri membri.

Il punto di partenza di questa teoria è la constatazione che l'organizzazione societaria possiede una duplice valenza: strumento per efficiente conduzione dell'attività di impresa e, contemporaneamente, ineludibile fattore criminogeno <sup>(81)</sup>.

Conseguentemente, si diffonde la consapevolezza che l'organizzazione lecita può avere una intrinseca connotazione deviante <sup>(82)</sup>.

Gli studiosi che si sono occupati di questo fenomeno hanno individuato una serie di fattori che fondano la devianza dell'organizzazione.

Un primo fattore è costituito dai possibili effetti negativi collegati al raggiungimento degli scopi dell'organizzazione.

Le grandi imprese, che sono generalmente condotte in forma societaria tramite una complessa organizzazione interna, hanno un solo scopo istituzionale, in vista del quale vengono costituite ed in ragione del quale sono mantenute in esercizio: la massimizzazione dei profitti <sup>(83)</sup>.

Non si può negare che insieme alla massimizzazione dei profitti convivano molteplici scopi, quali crescita delle dimensioni dell'impresa, aumento della reputazione societaria, aumento dell'influenza socio-

---

<sup>(80)</sup> In questi termini, VAUGHAN, *Rational choice, situated action and the social control of organizations*, in *Law & soc. rev.*, 1998, p. 33.

<sup>(81)</sup> GROSS, *Organizational crime: a theoretical perspective*, in *Studies in symbolic interaction*, a cura di DENZIN, Greenwich (Conn.), 1978, p. 56 ss.

<sup>(82)</sup> In tema v. REISS, *Organizational deviance*, in *Ohio Valley Sociologist*, 1965, p. 60, *passim*; ERMANN-LUNDMANN, *Corporate deviance*, New York, 1982, p. 16 ss. Il concetto di devianza esprime la difformità del comportamento di un soggetto dall'insieme delle norme che vengono fatte proprie dai membri di un gruppo sociale; in tema v. PONTI, *Compendio*, op. cit., v. nota 46, p. 114 ss.

<sup>(83)</sup> In questo senso v. CLINARD, *Corporate ethics and crime*, op. cit., v. nota 62, p. 17 ss.; PEARCE-TOMBS, *Hazards, law and class: contextualizing the regulation of corporate crime*, in *Soc. & legal studies*; 1997, p. 80 ss.; cfr. PALIERO, *Problemi e prospettive della responsabilità penale dell'ente nell'ordinamento italiano*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1996, p. 1174 ss.

politica dell'ente; va però rilevato che detti obiettivi possono essere raggiunti solo perseguendo una politica di massimizzazione del profitto d'impresa <sup>(84)</sup>.

La continua ricerca del profitto da parte dell'organizzazione è un fattore che spinge i propri membri a comportarsi illecitamente, tendendo al raggiungimento dell'obiettivo con tutti gli strumenti disponibili, anche quelli illegali <sup>(85)</sup>.

Anzi, seguendo il modello di Merton <sup>(86)</sup>, l'enfasi sul raggiungimento dell'obiettivo dell'impresa farà sì che, in carenza di mezzi leciti, l'agente si orienti ad utilizzare mezzi illeciti, piuttosto che ad astenersi dal compiere un'operazione profittevole <sup>(87)</sup>.

Un secondo fattore è riconducibile alla complessità tipica dell'organizzazione delle grandi imprese industriali.

Con l'aumentare della propria dimensione, l'impresa è costretta ad espandere la propria organizzazione interna, delegando poteri ed adottando procedure operative necessarie per coordinare le varie subunità. Inoltre l'impresa necessita di figure professionali altamente specializzate per gestire il proprio sviluppo tecnologico.

Nell'espansione della struttura organizzativa, tuttavia, sono insiti dei potenziali effetti criminogeni che scaturiscono dai tre elementi sopra accennati: dimensioni, delega di poteri e funzioni, specializzazione <sup>(88)</sup>.

---

<sup>(84)</sup> Cfr. JAMIESON, *The organization of corporate crime*, op. cit., v. nota 62, p. 8 ss.

<sup>(85)</sup> In questo senso v. BALKAN-BERGER-SCHMIDT, *Crime and deviance*, op. cit. v. nota 49, p. 175.

<sup>(86)</sup> Secondo Merton un fattore di devianza è costituito dall'anomia. L'anomia è, nel pensiero dell'A., un'incongruità fra gli obiettivi che una determinata società propone e le possibilità lecite per il loro raggiungimento. Se la società esercita pressione sul conseguimento degli obiettivi condivisi senza fornire sufficienti mezzi legittimi per il loro raggiungimento, i consociati tenderanno ad utilizzare i mezzi tecnicamente più efficienti a loro disposizione, indipendentemente dalla loro legittimità. V. MERTON, *Teoria e struttura sociale*, Bologna, 1966, *passim*.

<sup>(87)</sup> In tema v. BRAITHWAITE, *White collar crime*, op. cit., v. nota 65, p. 8; PUNCH, *Dirty business*, London-Thousand Oaks- New Dehli, 1996, p. 223; DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, Milano, 2002, p. 261 ss.

<sup>(88)</sup> In questo senso v. CLINARD-YEAGER, *Corporate crime*, op. cit., v. nota 62, p. 44 ss.; VAUGHAN, *Toward understanding unlawful organizational behavior*, in *Mich. l. rev.*, 1982, p. 1393 ss.; PUNCH, *Dirty business*, op. cit., v. nota 87, p. 222.

La specializzazione è sovente accompagnata dalla segregazione delle conoscenze che ne derivano. Questo fenomeno, che nasce per permettere all'organizzazione di perdurare nonostante l'avvicendamento del personale, genera una situazione di segretezza all'interno dell'organizzazione: nessuno detiene completa conoscenza delle operazioni che vengono effettuate dalle varie subunità. Ne risulta un sostanziale oscuramento del comportamento, lecito od illecito, dell'organizzazione <sup>(89)</sup>.

La delega di poteri e funzioni provoca una frammentazione della responsabilità dei vari attori dell'organizzazione, contribuendo alla creazione di un clima di generale irresponsabilità. Le persone al vertice si collocano a notevole distanza dal luogo dove la politica d'impresa da loro voluta si esteriorizza in un fatto illecito; specularmente, a causa della segmentazione delle operazioni dell'organizzazione, i soggetti che si collocano nei quadri intermedi non sono in grado di percepire il disvalore complessivo della politica d'impresa <sup>(90)</sup>.

Un altro effetto della delega di poteri e funzioni è la carenza di autorità, formalizzato nella legge della diminuzione del controllo <sup>(91)</sup>: quanto più grande diventa un'organizzazione, tanto minore è il controllo sulle sue azioni esercitato dai vertici.

Ne deriva che, nelle grandi organizzazioni, le subunità possono porre in essere comportamenti illeciti, eventualmente di concerto con altre subunità, attendendosi, ragionevolmente, che non vi sia un'autorità dell'organizzazione che abbia il potere sufficiente per impedire un comportamento illecito delle subunità coinvolte <sup>(92)</sup>.

La dimensione dell'organizzazione, in ultimo, funge da volano, moltiplicando gli effetti criminogeni derivanti dagli altri fattori; inoltre maggiori sono le dimensioni della società, maggiore è la possibilità per

---

<sup>(89)</sup> Così VAUGHAN, *Toward understanding*, op. cit., v. nota 88, p. 1394; sul ruolo della segretezza nell'organizzazione societaria v. anche GRUNER, *Corporate crime and sentencing*, Chesterfield, 1994, p. 29 ss.

<sup>(90)</sup> In questo senso v. CLINARD-YEAGER, *Corporate crime*, op. cit., v. nota 62, p. 44 ss.; LEE-ERMANN, *Pinto "madness" as a flawed landmark narrative: an organizational and network analysis*, in *Social problems*, 1999, p. 30, *passim*.

<sup>(91)</sup> Eleborata da DOWNS, *Inside bureaucracy*, p. 143, citato da COFFEE, *Beyond the shut-eyed sentry*, op. cit., v. nota 66, p. 137.

<sup>(92)</sup> In questi termini, VAUGHAN, *Toward understanding*, op. cit., v. nota 88, p. 1395.

la stessa di far valere la propria influenza ed il proprio potere per scongiurare un'eventuale azione penale nei suoi confronti <sup>(93)</sup>.

Un terzo, importante, fattore che può contribuire alla devianza dell'organizzazione societaria è la cultura d'impresa.

Questa è una particolare forma di cultura che si crea all'interno dell'organizzazione d'impresa che, in risposta alla decentralizzazione dell'attività produttiva, tende a creare un sotto-sistema sociale che promuove la coesione e l'identità <sup>(94)</sup>.

L'organizzazione societaria, per poter perdurare, ha l'intrinseca necessità di uniformare il comportamento dei propri numerosissimi membri; il che avviene adattando il comportamento dei membri alle proprie aspettative <sup>(95)</sup>.

Vi sono diversi strumenti per ottenere il desiderato comportamento conforme: ricompense (promozioni) o punizioni (licenziamento); ma soprattutto la conformità deriva dall'influenza che la cultura societaria esercita sui membri dell'organizzazione, senza che gli stessi se ne rendano conto <sup>(96)</sup>.

Questo fenomeno di socializzazione alla cultura d'impresa dei membri dell'organizzazione si spiega anche attraverso la chiave di lettura offerta dalle teorie sulla burocrazia di ispirazione weberiana. La spersonalizzazione dell'individuo, che diventa solo una posizione, ed il suo continuo trasferirsi da una posizione all'altra, rende meno efficienti i legami esterni che avrebbero una funzione di contropinta rispetto alla conformità alle aspettative dell'organizzazione. Per i *manager*, inoltre, la totale devozione all'organizzazione, in termini di ore lavorate e di trasferimenti nelle varie sedi di lavoro, rende ancora meno pressanti le esigenze ed i legami esterni quali, ad es., famiglia ed amici e promuove un sentimento di attaccamento e di dipendenza dalla società <sup>(97)</sup>.

Inoltre, l'organizzazione «*definisce gli obiettivi che sono da raggiungere e i modi in cui questi obiettivi devono essere raggiunti. Fornisce una gamma di comportamenti che devono essere utilizzati in*

---

<sup>(93)</sup> In questo senso v. PUNCH, *Dirty business*, op. cit., v. nota 87, p. 222.

<sup>(94)</sup> Cfr. PUNCH, *Dirty business*, op. cit., v. nota 87, p. 224.

<sup>(95)</sup> In questo senso v. COLEMAN, *The criminal elite*, New York, 1985, p. 212.

<sup>(96)</sup> ID., op. cit., p. 213 ss.

<sup>(97)</sup> In tema v. CLINARD-YEAGER, *Corporate crime*, op. cit., v. nota 62, p. 63 ss.

*risposta a determinate situazioni e insegna agli impiegati come indirizzare la propria attenzione verso certi aspetti del loro ambiente lavorativo e come ignorarne degli altri. Questa rete di definizione spesso fa apparire come normale parte della routine giornaliera le attività eticamente riprovevoli, od illegali»* (98).

A ben vedere, si profila una situazione che Sutherland aveva già teorizzato nel suo modello di associazione differenziale. La cultura d'impresa può essere vista come il collante di fondo che mantiene alta la prevalenza delle definizioni favorevoli all'illecito rispetto a quelle sfavorevoli, fino a farle scomparire del tutto.

Il fenomeno di annullamento delle definizioni negative prodotto dalla cultura d'impresa può essere definito come normalizzazione della devianza. Vi sono diversi fattori, *rectius* elementi della cultura d'impresa, che contribuiscono a questo risultato: il desiderio di conseguire profitti, espansione, potere; il desiderio di sicurezza, (sia a livello societario, che a livello individuale); la paura dell'insuccesso; la lealtà di gruppo; la diffusione della responsabilità nell'organizzazione, l'etnocentrismo societario (in relazione ai limiti nella considerazione delle volontà e dei desideri del pubblico) (99).

Alla normalizzazione della devianza sono improntate anche le c.d. tecniche di neutralizzazione. Queste sono degli strumenti linguistici che hanno lo scopo di stemperare il rimprovero mosso dai consociati ai membri dell'organizzazione per la violazione della legge. Le tecniche di neutralizzazione, diffuse dalla cultura d'impresa, possono intervenire prima della commissione del fatto, rendendo ancora più evanescente la percezione dell'illecito da parte del membro dell'organizzazione (100).

---

(98) COLEMAN, *The criminal elite*, op. cit., v. nota 95, p. 216.

(99) Così, sostanzialmente, STONE, *Where the law ends*, op. cit., v. nota 66, p. 236.

(100) In tema v. SHOVER-BRYANT, *Theoretical explanation of corporate crime*, in *Understanding corporate criminality*, a cura di BLANKENSHIP, New York-Londra, 1993, p. 157 ss. Gli A. propongono una classificazione delle tecniche di neutralizzazione: negazione della propria responsabilità (qualcun'altro nell'organizzazione è responsabile), negazione dell'esistenza del danno (nessuno è danneggiato), negazione dell'irresponsabilità della vittima (i danneggiati sono responsabili per quello che gli è accaduto), condanna degli accusatori (quelli che ci accusano non hanno il diritto morale o legale di farlo), appello a più elevati interessi (non sono colpevole perché ho agito per perseguire scopi più importanti), appello alla necessità (sono stato costretto a farlo per progredire nella società).

Una cultura d'impresa con queste caratteristiche porta, attraverso i meccanismi sopra descritti, ad incoraggiare le azioni criminali dei membri dell'organizzazione -in particolare quelli adibiti a mansioni esecutive- a discapito della percezione degli effetti di detti comportamenti su azionisti, clienti, creditori e, in generale, *stakeholders*.

Una volta che una cultura d'impresa deviante risulta radicata e condivisa dai membri dell'organizzazione, la stessa può perseverare nel compimento degli illeciti indipendentemente dalla pressione per il raggiungimento del profitto o da altri fattori esterni alla società <sup>(101)</sup>.

L'organizzazione d'impresa, quindi, è in grado di influenzare il comportamento dei suoi membri; si discute se essa stessa sia costretta a subire la pressione di fattori esterni che ne condizionano l'effetto deviante.

Ci si riferisce a variabili esogene, quali, ad esempio, l'andamento del mercato, la scarsità di materie prime, la scadente situazione finanziaria della società e la diffusione di comportamenti illeciti nei propri concorrenti.

La risposta deve essere negativa: benché vi siano degli studi che mettono in relazione queste variabili con il compimento di attività illecite da parte delle società <sup>(102)</sup>, è opinione diffusa tra gli studiosi del *corporate crime* che l'organizzazione d'impresa non risenta, nella sua funzione criminogena, di dette variabili esterne <sup>(103)</sup>.

Il modello della scelta razionale ed il modello dell'organizzazione deviante non esistono in universi paralleli, al contrario possono contemporaneamente contribuire a spiegare il fenomeno della criminalità nell'organizzazione d'impresa.

Motivato a porre in essere un'operazione -che egli considera moralmente giustificabile in base ad una certa cultura d'impresa- in vista di un vantaggio per la propria società, ed indirettamente per se

---

<sup>(101)</sup> V., ancora, CLINARD-YEAGER, *Corporate crime*, op. cit., v. nota 62, p. 60.

<sup>(102)</sup> V., ad es., BAUCUS-NEAR, *Can illegal corporate behavior be predicted? An event history analysis*, in *Academy of management j.*, 1991, p. 9, *passim*, le quali, pur con una certa circospezione, suggeriscono che il comportamento criminale avviene più frequentemente nelle grandi società, con buoni risultati finanziari ed in un contesto di abbondanza di risorse.

<sup>(103)</sup> In questo senso v. CLINARD, *Corporate ethics and crime*, op. cit., v. nota 62, p. 144 ss.; PUNCH, *Dirty business*, op. cit., v. nota 87, p. 220.



stesso <sup>(104)</sup>, l'agente razionale può avvantaggiarsi di alcune caratteristiche dell'organizzazione d'impresa.

Dal punto di vista dei risultati dell'azione illecita, l'organizzazione societaria costituisce uno strumento particolarmente adatto a potenziare le proporzioni ed il ritorno economico dell'illecito <sup>(105)</sup>.

Inoltre, l'organizzazione societaria tende a stemperare la cognizione della sussistenza dell'illecito, rendendo più probabile il consolidamento del profitto del reato.

In primo luogo la stessa percezione dell'accadimento di un reato da parte degli intranei dell'organizzazione è incerta: la segmentazione delle attività provocata dalla delega di poteri e funzioni, la segretezza indotta dalla specializzazione e la normalizzazione della devianza ad opera di una cultura d'impresa criminogena rendono estremamente remota l'ipotesi che un membro dell'impresa -o gli organi interni di controllo- si rendano conto dell'esistenza e delle caratteristiche complessive dell'azione delittuosa.

Ma l'organizzazione societaria è in grado di mascherare l'esistenza del fatto illecito anche agli occhi del pubblico e degli organi di controllo esterno.

È sempre l'alto grado di segmentazione dell'organizzazione, facilitata dalle notevoli dimensioni complessive e dalla delega di poteri e funzioni, che rende difficile scorgere un'attività illecita, piuttosto che un singolo frammento della stessa, apparentemente innocuo.

In conclusione, si può affermare che importanti fattori eziologici del *corporate crime* sono la dimensione e la complessità dell'organizzazione d'impresa. Rimangono da valutare le conseguenze di un'organizzazione d'impresa strutturata secondo il modello dell'impresa di gruppo.

---

<sup>(104)</sup> La misura del vantaggio individuale, tuttavia, può essere utilmente valutata nel panorama dell'industria italiana, che presenta assetti societari chiusi e, frequentemente, amministratori che sono anche gli azionisti di maggioranza.

<sup>(105)</sup> WHEELER-ROTHMAN, *The organization as weapon*, op. cit., v. nota 60, *passim*.

#### 4. (Segue): La dimensione metacollettiva.

Si è già detto che l'impresa di gruppo rappresenta, per l'imprenditore, uno strumento per minimizzare e diversificare ulteriormente il rischio d'impresa.

In questo senso, il gruppo di società non è altro che una forma organizzativa particolarmente articolata perché ogni singola subunità dell'organizzazione d'impresa -una società- racchiude al suo interno un'organizzazione, spesso molto complessa.

La dottrina penalistica italiana ha da tempo intuito che il gruppo di società può essere un fattore criminogeno <sup>(106)</sup>, ma le profonde ragioni di questo fenomeno, praticamente, non sono state indagate.

Il fenomeno è estremamente complesso e, in questa sede, non si possono che abbozzare alcune ipotesi.

Una prima indicazione utile è fornita dagli studi in materia di *corporate crime*. Nella scienza penalistica e criminologica anglosassone non è dato espresso risalto alla tematica del gruppo di società come elemento criminogeno; tuttavia, dalla lettura delle fonti <sup>(107)</sup>, si evince che il gruppo di società è assimilato -negli effetti criminogeni- all'organizzazione d'impresa.

Pertanto la letteratura anglosassone non tende ad ignorare il problema del gruppo criminogeno, semmai non conferisce allo stesso autonoma dignità rispetto al problema dell'organizzazione d'impresa criminogena.

Questa impostazione riflette un assunto di fondo: il gruppo di società è certamente un fattore criminogeno, ma per gli stessi motivi per cui tale caratteristica è posseduta anche dall'organizzazione d'impresa di una sola società. Ciò che sembra variare è la *magnitudo* dell'effetto criminogeno, che aumenta in caso di gruppi di società.

---

<sup>(106)</sup> Cfr. CONTI, *Responsabilità penale*, op. cit., v. nota 33, *passim*; MILITELLO, *Attività del gruppo e comportamenti illeciti*, op. cit., v. nota 39, *passim*; STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, p. 459, *passim*.

<sup>(107)</sup> È frequente che vi siano dei riferimenti specifici alle società controllanti o controllate come parte dell'organizzazione d'impresa. V., ad es., CLINARD-YEAGER, *Corporate crime*, op. cit., v. nota 62, p. 17; CLINARD, *Corporate ethics and crime*, op. cit., v. nota 62, p. 18; PUNCH, *Dirty business*, op. cit., v. nota 87, p. 63-64.

L'organizzazione in forma di gruppo di società sembra poter approfondire gli effetti dannosi della condotta illecita, che risultano distribuiti verso i portatori d'interesse di tutte, o quasi, le società del gruppo.

Contemporaneamente il gruppo è maggiormente efficiente nel nascondere la condotta illecita, i cui elementi fondanti vengono distribuiti fra le varie società del gruppo e, nuovamente, segmentati all'interno dell'organizzazione delle stesse.

Una seconda ipotesi, complementare alla precedente, è che le operazioni commerciali fra le varie organizzazioni societarie del gruppo possano essere effettuate in modo da rendere più agevole la commissione di un illecito.

In particolare, i sistemi tramite i quali le operazioni vengono poste in essere fra le varie organizzazioni societarie sono estremamente formalizzati e complessi. Inoltre delle operazioni commerciali viene dato conto tramite strumenti di controllo di gestione estremamente complicati.

La complessità nell'effettuazione e nella rendicontazione delle varie operazioni fra organizzazioni è un potenziale fattore criminogeno anche per soggetti che non appartengono allo stesso gruppo di società <sup>(108)</sup>.

Ma fra organizzazioni appartenenti allo stesso gruppo questa attitudine diventa ancora maggiore, posto che la complessità dei sistemi e delle annotazioni delle operazioni infragruppo possono essere congiuntamente incrementati dalle parti, per rendere estremamente complessa la percezione della condotta illecita -che si sostanzia nell'operazione infragruppo- e la sua successiva ricostruzione.

Questi due possibili fattori che contribuiscono a spiegare l'effetto criminogeno del gruppo di società. Rimane l'auspicio che la scienza penalistica e criminologica affronti esaurientemente l'argomento, offrendo, così, spunti per eventuali interventi legislativi finalizzati ad aumentare la deterrenza della normativa vigente.

---

<sup>(108)</sup> In questo senso v. VAUGHAN, *Transaction systems and unlawful organizational behavior*, in *Social problems*, 1982, p. 373, *passim*.

## SEZIONE TERZA

### LA REGOLAMENTAZIONE PENALE DELLA FASE PATOLOGICA DELL'IMPRESA DI GRUPPO

#### *1. Il diritto penale ed i gruppi di società, fra interessi in conflitto ed illecita allocazione del rischio d'impresa.*

Come si è visto, la scelta imprenditoriale di organizzare l'attività produttiva sotto forma di impresa di gruppo consente di ridurre il rischio d'impresa, ma si può tradurre nella costruzione di una struttura predisposta alla commissione di illeciti, anche penali.

Ed infatti il diritto penale sostanziale non è affatto estraneo al gruppo societario.

Pur operando in una cornice legislativa esigua <sup>(109)</sup>, la dottrina e la giurisprudenza penalistica si sono dovute confrontare, parafrasando il titolo di un noto scritto, con il *conflitto endemico* che si crea fra gli interessi che fanno capo al gruppo societario ed i diversi interessi di cui sono portatrici le singole società del gruppo.

È più che intuitivo che le società del gruppo, create in vista del raggiungimento degli obiettivi dell'impresa di gruppo, appena vengono in essere si fanno portatrici anche di altri interessi, che sono penalmente tutelati. Questi interessi attengono a tutto ciò che la singola società possiede in virtù della propria attività economica o dell'assetto giuridico: creditori, amministratori, raggiungimento del proprio fine sociale ecc.

Ne consegue che quando l'impresa di gruppo opera in modo da offendere gli interessi tutelati della singola società, l'ordinamento penale reagisce.

---

<sup>(109)</sup> Esplicitamente, prima della riforma del diritto penale societario, era dedicata dal legislatore penale specifica attenzione al gruppo di società solo nel caso del gruppo bancario.

Un caso paradigmatico di quanto sopra descritto è rappresentato dal perseguimento di un interesse diverso da quello della propria società da parte di un amministratore.

Il conflitto di interessi è una fattispecie legata a doppio filo al fenomeno del gruppo societario <sup>(110)</sup>.

Prima della riforma del 2002, il vecchio art. 2631 c.c. <sup>(111)</sup> puniva le ipotesi di infedeltà gestoria dell'amministratore che perseguiva un interesse altrui rispetto all'interesse sociale, eventualità che si verifica anche nel momento in cui l'amministratore privilegia l'interesse di gruppo (*i.e.* la politica dell'impresa di gruppo) a discapito dell'interesse della propria società.

Attualmente, pur con la mutata oggettività giuridica, la stessa valenza può essere attribuita all'art. 2634 c.c. <sup>(112)</sup>.

Oltre che di interessi in conflitto, il gruppo societario è portatore endemico della tendenza ad allocare il rischio dell'impresa di gruppo sui creditori di una singola società.

In altri termini, l'impresa di gruppo può accentrare le perdite su di una sola società, giuridicamente autonoma, dalla quale vengono drenate le risorse economiche.

L'illecita distribuzione del rischio d'impresa è una forma di conflitto di interessi <sup>(113)</sup>. Il sistematico svuotamento di una società è, ovviamente, in contrasto con l'interesse sociale di detta società, ma persegue l'interesse di gruppo.

---

<sup>(110)</sup> V., per tutti, FOFFANI, *Gruppi di società e conflitto di interessi: profili penalistici*, in *I gruppi di società*, a cura di BALZARINI-CARCANO-G. MUCCIARELLI, vol. II, Milano, 1996, p. 1249, *passim*.

<sup>(111)</sup> In tema v., *ex multis*, PEDRAZZI, *Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1953, p. 529, *passim*; ROMANO, *Profili penalistici del conflitto d'interessi dell'amministratore di società per azioni*, Milano, 1967; FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa*, Milano, 1997, *passim*.

<sup>(112)</sup> Il conflitto di interessi, nella nuova norma, si attegga quale elemento selettivo delle condotte tipiche; v., *ex multis*, FOFFANI, *Le infedeltà*, op. cit., v. nota 6, p. 351 ss.; MILITELLO, *L'infedeltà patrimoniale (art. 2634)*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A. GIARDA-SEMINARA, Padova, 2002, p. 483 ss.

<sup>(113)</sup> In questo senso v. MANGANO, *Il gruppo di imprese ovvero dal conflitto di interessi alla bancarotta patrimoniale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2000, p. 105, *passim*.

Nel momento in cui interviene l'insolvenza l'ordinamento penale reagisce per proteggere gli interessi dei creditori della c.d. scatola vuota; la fattispecie di riferimento non è più il vecchio art. 2631 c.c. -o l'attuale art. 2634 c.c.-, bensì la bancarotta patrimoniale.

All'analisi delle condotte di bancarotta patrimoniale, poste in essere per perseguire un'illecita allocazione del rischio d'impresa all'interno del gruppo societario, è dedicato il prosieguo del presente lavoro.

## **CAPITOLO II**

# **DISCIPLINA PENALISTICA DEL FALLIMENTO DEL GRUPPO SOCIETARIO**

*Sommario:* SEZIONE PRIMA: L'estensione monosoggettiva: rassegna delle fattispecie rilevanti. - 1. La bancarotta fraudolenta patrimoniale. - 2. La bancarotta fraudolenta societaria. - 2.1. L'art. 223 comma 1 l.f. - 2.2. L'art. 223 comma 2 n. 1 l.f. - 2.3. L'art. 223 comma 2 n. 2. l.f. 3. La bancarotta preferenziale: cenni. - 4 La bancarotta semplice. SEZIONE SECONDA: L'estensione plurisoggettiva (o metacollettiva) del diritto penale della crisi del gruppo societario. - 1. Premessa. Le operazioni infragruppo. - 2. Le operazioni infragruppo come condotte distrattive - 3. Le operazioni infragruppo e le altre ipotesi di bancarotta rilevanti. - 4. La responsabilità dell'amministratore della *holding* per le operazioni infragruppo. - 5. Conclusioni (provvisorie): unità anche giuridica del gruppo di società?

### SEZIONE PRIMA

#### L'ESTENSIONE MONOSOGGETTIVA: RASSEGNA DELLE FATTISPECIE RILEVANTI

##### *1. La bancarotta fraudolenta patrimoniale.*

Tra le varie fattispecie di bancarotta previste dalla legge fallimentare, un ruolo di rilievo, nell'ottica dei rapporti infragruppo, deve essere attribuito alla bancarotta fraudolenta patrimoniale (art. 216 comma 1 n. 1 l.f.) che, per effetto del richiamo operato dall'art. 223 comma 1 l.f., si applica anche nell'ambito delle imprese organizzate in forma societaria.

Tuttavia, vi sono alcune condotte previste dalla citata disposizione che non rivestono il medesimo interesse perché non ricomprendono le modalità tipiche con le quali avvengono quelle operazioni infragruppo che provocano una diminuzione della garanzia patrimoniale dell'impresa societaria fallita.

Ci si riferisce, in primo luogo, alle ipotesi di occultamento e dissimulazione dei beni dell'impresa, che non verranno comprese nella presente rassegna perché, non realizzando il fenomeno di drenaggio di risorse tipico del diritto penal-fallimentare dei gruppi, non dimostrano specifico interesse ai fini del presente lavoro. Le medesime considerazioni valgono per la condotta di dissipazione.

Saranno di seguito esposte, quindi, le caratteristiche essenziali delle fattispecie di bancarotta patrimoniale fraudolenta per distrazione, distruzione ed esposizione o riconoscimento di passività inesistenti.

Tutte le ipotesi di cui sopra hanno in comune l'oggettività giuridica. I delitti di bancarotta patrimoniale sono delitti di pericolo concreto <sup>(114)</sup> di offesa al bene giuridico dell'integrità della garanzia dei crediti offerta dall'intero patrimonio del debitore <sup>(115)</sup>.

La condotta di distrazione consiste, in generale, nel rendere indisponibile agli organi concorsuali un bene dell'imprenditore <sup>(116)</sup>.

Tuttavia sull'esatta nozione di distrazione non vi è concordia, né in dottrina né in giurisprudenza.

---

<sup>(114)</sup> Sulla bancarotta come reato di pericolo concreto v. PEDRAZZI, *Commento all'art. 216*, in PEDRAZZI-SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, a cura di GALGANO, Bologna-Roma, 1995, p. 11 ss.; GIULIANI-BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Milano, 1999, p. 188 ss.;

<sup>(115)</sup> Anche per l'individuazione del bene giuridico tutelato, si accede alla teoria di Pedrazzi, v. PEDRAZZI, *Commento all'art. 216*, op. cit., v. nota 114, p. 3 ss. Per l'esposizione delle varie tesi sull'oggettività giuridica della bancarotta si rimanda a SANTORIELLO, *I reati di bancarotta*, Torino, 2002, p. 6 ss.

<sup>(116)</sup> Sulla nozione di distrazione v., in generale, CARRERI, *I reati di bancarotta*, Milano, 1993, p. 85 ss.; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, leggi complementari*, vol. II, a cura di CONTI, Milano, 1995, p. 58 ss.; PEDRAZZI, *Commento all'art. 216*, op. cit., v. nota 114, p. 53 ss.; SANTORIELLO, *I reati*, op. cit., v. nota 115, p. 57 ss.; BRICCHETTI-TARGETTI, *Bancarotta e reati societari*, Milano, 2003, p. 53 ss.; COCCO, *Commento all'art. 216 l.f.*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di PALAZZO-PALIERO, Padova, 2003, p. 891 ss.



Secondo una prima tesi la distrazione coincide con la fuoriuscita del bene dal patrimonio dell'imprenditore <sup>(117)</sup>: sarebbe quindi sufficiente e necessario, per integrare l'ipotesi in esame, apprendere il bene e trasferirlo al di fuori del patrimonio aggredibile dai creditori, senza che vi sia un adeguato corrispettivo che bilanci la diminuzione patrimoniale intercorsa.

Secondo una diversa opinione la distrazione consiste nel distogliere un bene appartenente al patrimonio dell'imprenditore dalla sua destinazione naturale che, nel contesto giuridico delle procedure concorsuali, coincide con la garanzia della copertura delle passività <sup>(118)</sup>.

La tesi preferibile è sicuramente la seconda. La prima opinione non prende in considerazione le vicende dei beni dell'imprenditore diverse dagli atti di disposizione materiale che, tuttavia, incidono sulla possibilità per i creditori di soddisfarsi su detti beni, come la costituzione di un diritto reale di garanzia.

Inoltre, un determinato bene può essere sottratto all'attivo fallimentare senza che si verifichi un'estromissione dal patrimonio dell'imprenditore, bensì un semplice spostamento geografico, come nel caso del bene trasferito all'estero che non può essere recuperato dagli organi della procedura per difetto di giurisdizione.

Su di un punto, invece, vi è diffusa concordia: la distrazione costituisce una categoria residuale rispetto alla distruzione, dissipazione, dissimulazione ed occultamento previste dalla medesima norma <sup>(119)</sup>.

---

<sup>(117)</sup> In questo senso v. PUNZO, *Il delitto di bancarotta*, Torino, 1953, p. 136 ss., NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955, p. 210 ss. (precisando che la condotta distrattiva deve aggravare lo stato d'insolvenza); PAJARDI-FORMAGGIA TERNI DE' GREGORI, *I reati fallimentari*, Milano, 1994, p. 84 ss.; in giurisprudenza v. Cass. pen., sez. V, 1/2/1988, in *Cass. pen.*, 1989, p. 680 ss.; Cass. pen., sez. V, 3/8/1993, in *Cass. pen.*, 1995, p. 1633 ss.

<sup>(118)</sup> In questo senso v. PEDRAZZI, *Commento all'art. 216*, op. cit., v. nota 114, p. 54 ss.; LA MONICA, *Manuale di diritto penale commerciale*, Milano, 1993, p. 297 ss.; GIULIANI-BALESTRINO, *La bancarotta*, op. cit., v. nota 114, p. 291 ss.; in giurisprudenza v. Cass. pen., sez. V, 25/4/1990, in *Foro it.*, 1990, II, p. 601 ss.; Cass. pen., sez. V, 4/11/1993, in *Cass. pen.*, 1995, p. 1040 ss.; Cass. pen., sez. V, 14/12/1993, in *Cass. pen.*, 1995, p. 1635 ss.

<sup>(119)</sup> V., per tutti, LA MONICA, *Manuale*, op. cit., v. nota 118, p. 298. Sarebbe quindi, logico intraprendere la ricognizione delle condotte tipiche non

Pertanto, condizione necessaria -ma non sufficiente- affinché le condotte del fallito siano qualificate distrattive, è che queste non possano essere ricondotte ad una delle altre condotte tipizzate di riduzione dell'attivo previste dall'art. 216 comma 1 n. 1 l.f.

La principale, ma non esclusiva, modalità tramite la quale l'effetto distrattivo si realizza è, non a caso, l'alienazione di un bene del patrimonio dell'imprenditore.

Bisogna, tuttavia distinguere gli atti a titolo oneroso dagli atti a titolo gratuito.

L'unica ipotesi che non presenta problemi di sorta è l'alienazione a titolo oneroso, nel caso in cui l'imprenditore sia beneficiario di un'adeguata controprestazione che ripristini la garanzia patrimoniale nei confronti dei creditori. Tuttavia l'entità della controprestazione può non essere facilmente valutabile, con la conseguenza che i confini del fatto tipico devono essere tracciati in relazione al singolo episodio.

La giurisprudenza e la dottrina, comunque, hanno fornito utili indicazioni in proposito.

È pacifico che il rapporto sinallagmatico deve essere integrale e non fittizio <sup>(120)</sup>, ma non è necessario che la contropartita ricevuta lasci inalterate le aspettative di facilità di realizzazione del credito da parte dei creditori <sup>(121)</sup>.

Inoltre, per quanto riguarda il valore intrinseco della prestazione ricevuta dal fallito, oltre che del prezzo di mercato si deve tener conto del valore che il bene assume una volta inserito nell'organizzazione d'impresa, sicché l'adeguatezza della controprestazione «*si apprezza nel vivo del singolo contesto patrimoniale: non trascurando le*

---

seguendo l'ordine previsto dalla legge fallimentare all'art. 216 comma 1 n.1; il diverso ordine contemplato nel presente lavoro si giustifica in base all'importanza che le condotte distrattive -rispetto alle altre- assumono in relazione alle operazioni infragruppo e ricalca la sequenza prevista dalla norma incriminatrice di riferimento. Per l'illustrazione delle caratteristiche essenziali delle condotte diverse dalla distrazione, che eccetto per quanto verrà detto in seguito in tema di distruzione, non sono prese in considerazione nel presente lavoro, si rimanda a ANTOLISEI, *Manuale*, op. cit., v. nota 116, p. 57 ss. ed alla bibliografia ivi citata.

<sup>(120)</sup> V. Cass. pen., sez. V, 6/11/1996, in *Cass. pen.*, 1998, p. 648 ss.

<sup>(121)</sup> Come nel caso dell'acquisto di un bene pagato in contanti. In tema v. PEDRAZZI, *Commento all'art. 216*, op. cit., v. nota 114, p. 57.

*contropartite indirette che l'imprenditore può ragionevolmente aspettarsi»* <sup>(122)</sup>.

In ultima analisi, gli atti a titolo oneroso rientrano nella nozione di distrazione se non vi è proporzione nel sinallagma, neppure alla luce di oggettive ragioni d'impresa.

Passando alla categoria degli atti di disposizione patrimoniale a titolo gratuito, questi sono *tendenzialmente* catalogabili nell'insieme degli atti distrattivi, in quanto provocano un'inevitabile riduzione della garanzia patrimoniale offerta ai creditori.

Ma è anche possibile che l'atto a titolo gratuito comporti dei vantaggi patrimoniali indiretti, in questo caso non è integrato il fatto tipico <sup>(123)</sup>.

Al di fuori dei casi di alienazione di beni dell'imprenditore, la distrazione si può verificare in diverse circostanze.

Oltre alle già accennate ipotesi del trasferimento di beni dell'imprenditore all'estero <sup>(124)</sup> ed alla concessione di garanzie reali su beni dell'impresa per debiti di terzi <sup>(125)</sup>, vi sono numerose ipotesi di comportamenti che, pur non costituendo atti di ablazione di beni dell'imprenditore, devono essere considerati atti distrattivi.

La giurisprudenza fornisce una serie di esempi: i) prestazione di fidejussioni avulse dall'attività d'impresa, che risultino in una diminuzione del patrimonio della stessa a danno dei creditori <sup>(126)</sup>; ii) compensazione tra un debito dell'amministratore verso la società ed i crediti da lui vantati nei confronti della stessa <sup>(127)</sup>; iii) manomissione di un bene oggetto di *leasing* che ne ha impedito l'acquisizione all'attivo fallimentare <sup>(128)</sup>.

---

<sup>(122)</sup> ID. op. cit., loc. cit. Nel medesimo senso v. Cass. pen., sez. V, 1/2/1982, in *Cass. pen.*, 1983, p. 2097 ss.

<sup>(123)</sup> In questo senso v. SANTORIELLO, *I reati*, op. cit., v. nota 115, p. 59, che porta come esempi i vantaggi che possono derivare da finanziamenti a fondo perduto finalizzati a pubblicizzare l'azienda o finanziamenti a partiti politici che mirano a creare un clima favorevole allo sviluppo dell'attività imprenditoriale.

<sup>(124)</sup> V. LA MONICA, *Manuale*, op. cit., v. nota 118, p. 298.

<sup>(125)</sup> V. PEDRAZZI, *Commento all'art. 216*, op. cit., v. nota 114, p. 55.

<sup>(126)</sup> Cass. pen., sez. V, 22/2/2005 n. 6462, in *Jurisdata*.

<sup>(127)</sup> Cass. pen., sez. V, 14/10/1999, n. 14380, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2000, p. 476.

<sup>(128)</sup> Cass. pen., sez. V, 10/5/1988, Ardossi.

Le condotte distrattive hanno un preciso rilievo nella dinamica dei rapporti infragruppo perché, nella maggior parte dei casi, sono lo strumento per trasferite in modo illecito le risorse di una società del gruppo ad un'altra <sup>(129)</sup>.

La bancarotta fraudolenta patrimoniale per distruzione si configura in caso di annullamento materiale di un bene dell'imprenditore.

È necessario che alla distruzione fisica del bene corrisponda una distruzione di valore economico, tale da contribuire alla diminuzione della funzione di garanzia del patrimonio del quale il bene faceva parte <sup>(130)</sup>.

La distruzione del bene può essere totale o parziale ma si configura solo in caso di beni aventi un valore economico apprezzabile, sempreché non si tratti di beni la cui utilizzazione nell'attività d'impresa ne comporti fisiologicamente la distruzione.

Vi può essere distruzione anche per i beni immateriali, come nel caso di una rinuncia ad un diritto di privativa industriale o di una remissione di debito <sup>(131)</sup>.

La condotta di distruzione può essere integrata sia tramite un'azione, che in modo omissivo, ex art. 40 capoverso c.p.; la posizione di garanzia dell'imprenditore si fonda sull'art. 1175 c.c. che impone al debitore di comportarsi con correttezza nei confronti dei propri creditori. Pertanto è responsabilità dell'imprenditore non solo la conservazione in buono stato dei propri beni (merci deperibili, impianti industriali, ecc.), ma anche la tutela del proprio patrimonio con difese di ordine giuridico dalle pretese altrui (come nel caso della resistenza alle pretese infondate) <sup>(132)</sup>.

Nell'ambito dei rapporti di gruppo la bancarotta fraudolenta per distruzione deve essere presa in considerazione nel caso in cui vi siano delle rinunce ingiustificate a diritti vantati da una società nei confronti

---

<sup>(129)</sup> Cfr., *ex multis*, Cass. pen., sez. V, 29/12/1999 n. 14690, in *Dir. prat. soc.*, 2000, p. 87; Cass. pen., sez. V, 20/8/2002 n. 29896, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2789; Cass. pen., sez. V, 6/6/2003, in *Foro it.*, 2004, II, p. 528 ss.

<sup>(130)</sup> V. ANTOLISEI, *Manuale*, op. cit., v. nota 116, p. 61.

<sup>(131)</sup> ID., p. 62, *contra* NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, op. cit., v. nota 117, p. 19, che equipara la rinuncia ad un trasferimento gratuito della titolarità del bene oggetto del diritto piuttosto che alla sua distruzione.

<sup>(132)</sup> V. PEDRAZZI, *Commento all'art. 216*, op. cit., v. nota 116, p. 61. Nega che la distruzione possa avvenire in forma omissiva NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, op. cit., v. nota 117, p. 194 ss.

della consociata, oppure quando le manovre della *holding* hanno come effetto di diminuire il valore della partecipata e come conseguenza di distruggere il valore della partecipazione <sup>(133)</sup>.

La bancarotta fraudolenta patrimoniale può sussistere anche in seguito all'esposizione od al riconoscimento di passività inesistenti.

L'evento consistente nella riduzione della garanzia offerta dal patrimonio del debitore può essere prodotto non solo sottraendo delle voci attive tramite condotte distrattive o distruttive, ma anche aumentando fittiziamente l'entità delle voci passive.

Infatti, col crescere delle componenti passive, si assottiglia la quota pro-capite di patrimonio attivo del debitore sulla quale i creditori possono rivalersi.

Quest'ipotesi si differenzia dalle precedenti condotte di bancarotta, nel senso che se la diminuzione dell'attivo patrimoniale può essere sia effettiva (distruzione, ma anche dissipazione) che fittizia (distrazione, ma anche dissimulazione e occultamento), l'aumento del passivo può essere solo fittizio.

Se l'imprenditore espone o riconosce passività effettive, non si configura il fatto tipico di bancarotta fraudolenta patrimoniale <sup>(134)</sup>.

Del pari, la condotta non è integrata se l'esposizione non riguarda un rapporto patrimoniale obbligatorio passivo, bensì la sussistenza di un titolo di prelazione inesistente; in questo caso si avrà un'ipotesi di bancarotta preferenziale ai sensi dell'art. 216 comma 3 l.f.

Tornando alla lettera della legge, la norma prevede due modalità di aumento fittizio del passivo: l'esposizione, che avviene unilateralmente ad opera del debitore, ed il riconoscimento, che presuppone il concorso del falso creditore.

Il riconoscimento può essere esplicito, ad es. tramite la consegna al falso creditore di un apposito documento, o può avvenire per fatti concludenti, ad es. prestando acquiescenza ad una pretesa simulata.

---

<sup>(133)</sup> Sono stati rinvenuti gli estremi della bancarotta per distruzione nel caso di storno di fondi da consociate estere che, deprimendone il valore, ha provocato la distruzione di elementi attivi del patrimonio della società italiana. V. Cass. pen., sez. V, 27/4/1983, in *Giust. pen.*, 1984, III, p. 331 ss.

<sup>(134)</sup> Semmai potrebbe configurarsi il delitto di ricorso abusivo al credito. In questo senso v. PEDRAZZI, *Commento all'art. 216*, op. cit., v. nota 116, p. 61; ma v. anche la differente opinione di PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, Palermo, 1957, p. 106.

La condotta si realizza pienamente quando il messaggio decettivo circa la consistenza del passivo perviene a destinazione dei terzi interessati <sup>(135)</sup> che sono, tipicamente, gli organi della procedura (fallimentare, di concordato preventivo o di amministrazione straordinaria).

Anche le condotte di aumento fittizio del passivo possono avere un rilievo nello svolgimento dei rapporti patologici di gruppo, ad esempio nel caso in cui una società riconosca dei debiti inesistenti verso altra società del gruppo, attività prodromica allo sviamento di risorse, nel caso intervenga la sentenza dichiarativa di fallimento prima dell'effettivo travaso e che la controllante chieda l'ammissione al passivo per quel credito, riconosciuto dal fallito <sup>(136)</sup>.

Passando all'analisi dell'elemento soggettivo che deve sorreggere le condotte di bancarotta patrimoniale fraudolenta, l'unica indicazione in argomento fornita dalla legge è relativa alle condotte di esposizione o riconoscimento di passività inesistenti.

Nel caso di fittizio accrescimento del passivo, quindi, è esplicitamente richiesto il dolo specifico dell'intenzione di recare pregiudizio ai creditori; dal punto di vista intellettuale questa modalità di integrazione del fatto tipico appare correttamente indirizzata verso la piena consapevolezza da parte dell'agente della dannosità della condotta per la comunità dei suoi creditori <sup>(137)</sup>.

Non altrettanto può dirsi per tutte le altre condotte previste dall'art. 216 comma 1 n. 1 l.f.: in base al testo dell'art. 216 comma 1 n. 1 l.f. la distrazione e la distruzione (e dissipazione, occultamento, dissimulazione), sono ascrivibili soggettivamente a titolo di dolo generico.

In questa direzione si muove l'opinione giurisprudenziale che, in modo univoco, ritiene sufficiente il dolo generico per l'integrazione

---

<sup>(135)</sup> In questo senso v. SANTORIELLO, *I reati*, op. cit., v. nota 115, p. 68.

<sup>(136)</sup> Ipotesi che, a quanto consta, non è stata affrontata dalla giurisprudenza di legittimità. Per la necessità, ai fini della configurazione del fatto tipico, della domanda di ammissione al passivo da parte del creditore fittizio, v., per tutte, Cass. pen., sez. V, 3/10/1989, in *Cass. pen.*, 1991, p. 1623 ss.

<sup>(137)</sup> La ragione dell'introduzione del dolo specifico in quest'ipotesi sarebbe da ricercare nella necessità di differenziazione con il reato di cui all'art. 220 l.f.; in tema v. BRICCHETTI-TARGETTI, *Bancarotta*, op. cit., v. nota 116, p. 83 ss.

delle condotte di diminuzione fittizia dell'attivo <sup>(138)</sup>, attribuendo la responsabilità per i fatti di bancarotta fraudolenta patrimoniale a chi, con coscienza e volontà di porre in essere il fatto tipico di distrazione, distruzione ecc. e con la consapevolezza dell'appartenenza del bene all'impresa, cagiona l'evento dannoso.

La tesi giurisprudenziale non ha, tuttavia, mai trovato il consenso della dottrina prevalente <sup>(139)</sup>, preoccupata dalla necessità di evitare l'espansione del campo di applicazione dell'art. 216 comma 1 n. 1 l.f. ad ipotesi difficilmente offensive perché poste in essere in un momento in cui nulla lasciava presagire il futuro stato d'insolvenza dell'impresa.

Per delimitare correttamente la sfera di applicabilità della norma in questione, sono state avanzate diverse soluzioni interpretative.

In primo luogo, si è cercato di recuperare la necessità del dolo specifico osservando che la mancata menzione dell'ulteriore scopo di recare danno ai creditori non solo mal si concilia con la concezione storica della bancarotta fraudolenta come condotta a danno dei creditori <sup>(140)</sup>, ma anche risulta incoerente rispetto alla sistematica dell'art. 216 comma 1 n. 1 l.f. che prevede tipologie di condotta alternative, ma equivalenti dal punto di vista del disvalore e della reazione sanzionatoria <sup>(141)</sup>.

In base a dette considerazioni, nonostante il silenzio della legge, dovrebbe risultare fondata la necessità dell'ulteriore scopo di recare pregiudizio ai creditori anche nelle condotte distrattive, distruttive, di occultamento, ecc.

---

<sup>(138)</sup> La giurisprudenza è oramai pacificamente schierata in questo senso, v. Cass. pen., sez. V, 29/6/1983, in *Cass. pen.*, 1984, p. 2058; Cass. pen., sez. V, 15/5/1997, n. 4472, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1997, p. 1372; Cass. pen., sez. V, 28/11/2000 n. 12241 in *Dir. prat. soc.*, 2001, p. 83; Cass. pen., sez. V, 20/8/2002 n. 29896, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2789. Per la medesima opinione in dottrina v. PUNZO, *Il delitto*, op. cit., v. nota 117, p. 103 ss.

<sup>(139)</sup> Per una rassegna delle varie tesi dottrinali v. CARRERI, *I reati*, op. cit., v. nota 116, p. 112 ss.

<sup>(140)</sup> In questo senso v. LANZI, *Tutela penale del credito*, Padova, 1979, p. 223; DE SIMONE in *Diritto penale commerciale, I: I reati nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali*, a cura di CARLETTI, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, diretta da BRICOLA-ZAGREBELSKY, Torino, 1990, p. 54.

<sup>(141)</sup> V. LA MONICA, *Manuale*, op. cit., v. nota 118, p. 301.

A risultati analoghi perviene la tesi, riconducibile a Nuvolone <sup>(142)</sup>, che ritiene che le condotte tipiche possano sussistere solo in caso di decozione dell'impresa.

Si sostiene che l'imprenditore, nello svolgimento regolare dell'attività d'impresa, è legittimato a disporre dei propri beni come meglio ritiene; tuttavia, con l'insorgere dello stato d'insolvenza, il suo intero patrimonio deve essere destinato al soddisfacimento dei creditori.

Ne consegue che l'imprenditore può porre in essere atti di disposizione patrimoniale penalmente rilevanti solo dal momento in cui diviene insolvente.

Ulteriore conseguenza è che il dolo che accompagna la spogliazione del proprio patrimonio, necessariamente implicito nella commissione dell'atto, comprende anche il procurare nocumento ai creditori.

In altri termini il dolo specifico è *in re ipsa*; utilizzando le parole dell'illustre Autore: «*la bancarotta fraudolenta patrimoniale è un reato a dolo specifico implicito, dolo specifico consistente nella volontà di defraudare del dovuto i creditori o in uno scopo che con essa necessariamente coincide, sottraendosi agli obblighi che derivano dall'insolvenza*» <sup>(143)</sup>.

Una seconda, importante, tesi dottrinale che cerca di conciliare il testo della legge con le esigenze di garanzia dell'imprenditore è quella espressa da Pedrazzi <sup>(144)</sup>.

La tesi dell'illustre Autore muove dalla constatazione che il dolo del reato di bancarotta deve abbracciare sia l'evento immediato, la diminuzione dell'attivo provocata da una delle condotte tipiche, che l'evento mediato, consistente nella riduzione della garanzia offerta dal

---

<sup>(142)</sup> NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, op. cit., v. nota 117, p. 66 ss.; ID., *Fallimento (Reati in materia di)*, voce dell' *Enc. dir.*, vol XVI, Milano, 1967, p. 481 ss.; in tema v. CASAROLI, *Il dolo delle bancarotte fraudolente fra dubbi interpretativi e rigore giurisprudenziale*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, vol. II, Milano, 1991, p. 310 ss.

<sup>(143)</sup> NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, op. cit., v. nota 117, p. 484.

<sup>(144)</sup> PEDRAZZI, *Commento all'art. 216*, op. cit., v. nota 116, p. 73 ss. e, da ultimo, PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, in AA. VV., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2000, p.132 ss.



patrimonio del debitore al di sotto del livello sufficiente per il soddisfacimento dei creditori <sup>(145)</sup>.

Fatta questa premessa, è possibile affermare che il dolo, indipendentemente da alcuna forma di volizione ulteriore non richiesta dalla legge, deve avere per oggetto anche l'evento mediato di diminuzione eccessiva della garanzia patrimoniale, il quale deve essere previsto e voluto.

Inoltre si può ritenere integrato l'elemento soggettivo anche tramite le forme del dolo eventuale quando l'agente si rappresenta l'insufficienza del proprio patrimonio a soddisfare le ragioni creditorie accettandone, secondo la formula tradizionale, il rischio <sup>(146)</sup>.

Nonostante la raffinatezza delle costruzioni dottrinali ed il loro evidente intento di non estendere a dismisura l'area di punibilità per l'imprenditore, la giurisprudenza, come si diceva, è orientata sull'interpretazione letterale dell'art. 216 comma 1 n. 1 l.f. <sup>(147)</sup>.

Ne risulta un quadro complesso, ove il diritto vissuto nelle aule dei tribunali rischia di prevaricare un valore costituzionalmente protetto come la libertà di iniziativa economica, attribuendo responsabilità penali per atti di gestione dell'impresa che possono esulare da ogni contenuto di offensività.

Sarebbero, quindi, da accogliere i suggerimenti della dottrina ed in particolare la tesi che, ampliando l'oggetto del dolo alla consapevolezza del venir meno della garanzia patrimoniale, non pone alcun problema di riviviscenza di un dolo specifico cancellato dalla norma e raggiunge l'obbiettivo di separare ragionevolmente la tutela penale delle ragioni creditorie dall'autonomia nella gestione dell'impresa.

---

<sup>(145)</sup> Questa riflessione appare del tutto conforme alla regola generale che richiede che il dolo abbracci tutti gli elementi del fatto tipico. A tale ultimo proposito, v. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2003, p. 310 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2004, p. 322; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2006, p. 256 ss.

<sup>(146)</sup> Anche se, nella sistematica dell'A., la presenza del dolo eventuale degrada alcune condotte di bancarotta fraudolenta a condotte di bancarotta semplice. V. PEDRAZZI, *Commento all'art. 216*, op. cit., v. nota 116, p. 77 ss.

<sup>(147)</sup> Anche se sono presenti sporadiche sentenze ove si sottolinea la necessità della consapevolezza da parte dell'agente del danno al ceto creditorio: Cass. pen., sez. V, 13/3/1980, in *Riv. pen.*, 1980, p. 888 ss.; Cass. pen., sez. V, 26/6/1991, in *Cass. pen.*, 1991, p. 828.

Analoghe valutazioni valgono nel caso di condotte distrattive, distruttive o di esposizione o riconoscimento di passività inesistenti poste in essere dopo l'intervento della sentenza dichiarativa di fallimento.

L'emanazione della sentenza dichiarativa di fallimento non influisce sulla struttura delle condotte tipiche e sull'oggettività giuridica del reato di bancarotta <sup>(148)</sup>, bensì, con riguardo alla distrazione, amplia notevolmente l'area del penalmente illecito, a causa dello spossessamento dei beni che la legge prevede a carico del fallito.

Infatti, il fallito che compie un atto di disposizione dei propri beni in contrasto con le finalità della procedura, tendenzialmente sottrae gli stessi agli organi fallimentari e, quindi, ai creditori; la condotta di distrazione non sarà integrata nei casi in cui il fallito utilizza un bene per pagare un credito privilegiato o un credito della massa oppure quando dispone di un bene che in base alla legge fallimentare (art. 46) non è destinato al soddisfacimento dei creditori concorsuali <sup>(149)</sup>.

## *2. La bancarotta fraudolenta societaria.*

L'art. 216 l.f. si rivolge ad un modello di impresa monosoggettiva ove l'imprenditore è sia il titolare dell'attività economica organizzata sia il responsabile della relativa gestione.

Già ai tempi della redazione della legge fallimentare, tuttavia, era ben evidente che il modello organizzativo dell'attività economica più efficiente ed appetibile è l'impresa collettiva; il legislatore ne ha tenuto conto ed ai fatti di bancarotta commessi all'interno di società commerciali <sup>(150)</sup> sono dedicate due disposizioni: l'art. 223 l.f., che

---

<sup>(148)</sup> In questo senso: PEDRAZZI, *Commento all'art. 216*, op. cit., v. nota 116, p. 107 ss. e LA MONICA, *I reati fallimentari*, Milano, 1999, p. 227 ss. (seppur con significative differenze circa il bene giuridico protetto).

<sup>(149)</sup> In tema v. SANTORIELLO, *I reati*, op. cit., v. nota 115, p. 122 ss.

<sup>(150)</sup> Per precisione bisogna sottolineare che l'art. 222 l.f. prevede una forma di responsabilizzazione penale per i soci illimitatamente responsabili, che sono equiparati all'imprenditore, ma solo in relazione a società in nome collettivo e società in accomandita semplice.

disciplina le ipotesi di bancarotta fraudolenta societaria e l'art 224 l.f. che regola la bancarotta semplice societaria <sup>(151)</sup>.

S'impone, di seguito, una breve analisi delle ipotesi di bancarotta fraudolenta societaria, sempre nell'ottica dei possibili rapporti con le operazioni infragruppo; le condotte di bancarotta semplice saranno analizzate nel successivo terzo paragrafo.

### 2.1. L'art. 223 comma 1 l.f.

Il legislatore fallimentare adatta la norma penale -dettata per l'imprenditore individuale- alla dimensione dell'impresa collettiva tramite un richiamo integrale alle condotte previste dall'art. 216 l.f.

Ovviamente muta il soggetto attivo: non più imprenditore, ma amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori.

Gli amministratori, in quanto organi preposti agli atti di gestione della società, sono i destinatari principali delle norme in materia di bancarotta societaria.

Nelle società di persone l'ufficio di amministrazione spetta, tendenzialmente, a tutti i soci, come *pendant* della regola della responsabilità illimitata. Tuttavia, nella società in nome collettivo lo statuto può disporre diversamente, mentre nella società in accomandita semplice anche soci con responsabilità illimitata - accomandatari- possono essere esclusi dal compito di amministrare la società. Diversamente, nelle società di capitali gli amministratori sono nominati nell'atto costitutivo della società oppure vengono eletti dall'assemblea.

Con l'introduzione dei nuovi modelli di amministrazione e controllo, la nozione di amministratore rilevante ai sensi dell'art. 223 comma 1 l.f. deve essere estesa anche ai membri del consiglio di gestione previsto dal sistema dualistico (art. 2409 *octies* c.c.) e, a maggior ragione, ai membri del consiglio di amministrazione del sistema monistico (art. 2409 *sexiesdecies* c.c.).

---

<sup>(151)</sup> Si adotta la dizione proposta da GIULIANI-BALESTRINO, da ultimo in *La bancarotta*, op. cit., v. nota 114, p. 391 ss.; la terminologia più risalente (attribuibile a LONGHI, *Bancarotta ed altri reati societari*, Milano, 1930, *passim*) qualifica queste ipotesi con la dizione *bancarotta impropria*, in contrapposizione alla bancarotta propria degli artt. 216 e 217 l.f.

Inoltre rispondono di bancarotta fraudolenta societaria anche gli amministratori giudiziali nominati ai sensi dell'art. 2409 comma 3 c.c. ed i commissari nominati dall'autorità di vigilanza per alcune categorie di cooperative di cui all'art. 2545 *sexiesdecies* c.c.

La giurisprudenza, al fine dell'attribuzione della responsabilità penale, ha, da tempo, equiparato agli amministratori regolarmente nominati i c.d. amministratori di fatto <sup>(152)</sup>.

Questi sono i soggetti che, pur non ricoprendo alcun ruolo gestorio all'interno della società, esercitano un potere di decisione tipico degli amministratori.

Qualsiasi persona che abbia, di fatto, esercitato l'attività amministrativa della società, partecipando alla gestione, risponde del reato di cui agli artt. 223 e 216 l.f. a titolo di diretto destinatario delle norme incriminatrici e non a titolo di concorso, in qualità di *extraneus*, con l'amministratore di diritto inerte.

La corrente giurisprudenziale sull'amministratore di fatto, che aveva trovato importanti critiche in dottrina <sup>(153)</sup>, è stata recepita dal legislatore della riforma del diritto penale societario che, nell'art. 2639 c.c., ha stabilito che, ai fini dell'attribuzione della responsabilità penale, al titolare della funzione prevista dalla legge è equiparato chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici della funzione. Sebbene questa norma si applichi solo al complesso di norme incriminatrici in materia societaria, La Suprema corte ne ha, correttamente, evidenziato il ruolo di conferma dell'analoga impostazione in materia di reati fallimentari <sup>(154)</sup>.

---

<sup>(152)</sup> Sulla responsabilità penale dell'amministratore di fatto, la giurisprudenza si è abbondantemente espressa, v. Cass. pen., sez. V, 23/5/1979, in *Cass. pen.*, 1980, p. 1468; Cass. pen., sez. V, 10/7/1984, in *Cass. pen.*, 1986, p. 1389; Cass. pen., sez. V, 28/6/1993, in *Riv. pen. ec.*, 1995, p. 262; Cass. pen., sez. V, 23/2/1995, n. 3506, in *Cass. pen.*, 1996, p. 944; Cass. pen., sez. V, 17/1/1996, n. 3333, in *Cass. pen.*, 1997, p. 547; Cass. pen., sez. V, 25/11/1997, in *Riv. pen.*, 1998, p. 617; Cass. pen., sez. V, 19/10/1999, n. 14103, in *Dir. prat. soc.*, 2000, p. 86.

<sup>(153)</sup> PEDRAZZI, *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. soc.*, 1962, p. 220, *passim*, nonché in *Commento all'art. 216*, op. cit., v. nota 116, p. 263 ss.

<sup>(154)</sup> Cass. pen., sez. V, 5/6/2003 n. 36630, in *Riv. pen.*, 2004, p. 197.

I direttori generali sono soggetti che, ricoprono uffici direttivi della società, svolgendo mansioni di alta amministrazione <sup>(155)</sup>.

Secondo il codice civile, la disciplina della responsabilità degli amministratori si estende ai direttori generali che sono nominati dall'assemblea o previsti per disposizione dello statuto (art. 2396 c.c.), di qui la tesi che ritiene responsabile di bancarotta solo chi ha ricevuto un'investitura dall'assemblea oppure in una clausola statutaria <sup>(156)</sup>.

È, tuttavia, opinione dominante che il direttore generale vada individuato in base a criteri di effettività, con riguardo alle funzioni svolte in concreto, prescindendo da etichettature formali <sup>(157)</sup>.

I sindaci sono organi di controllo che vigilano sul corretto svolgimento dell'attività sociale, nell'interesse della società, dei soci e dei creditori sociali <sup>(158)</sup>.

Essi sono penalmente responsabili di bancarotta in quanto violino il dovere di vigilanza, connesso alla carica ed imposto dalla legge, rendendo possibile il compimento del delitto in questione da parte di altro soggetto dotato di poteri operativi. Si tratta di una responsabilità che si fonda sul modello del reato omissivo improprio <sup>(159)</sup>.

Ne derivano due importanti indicazioni: solo i soggetti regolarmente investiti della carica saranno chiamati a rispondere non essendo configurabile la posizione del sindaco di fatto <sup>(160)</sup>; non rispondono

---

<sup>(155)</sup> In tema v. BORGIOI, *I direttori generali nelle società per azioni*, Milano, 1975, *passim*.

<sup>(156)</sup> PEDRAZZI, *Gestione d'impresa*, op. cit., v. nota 153, p. 267 ss. e *Commento all'art. 216*, op. cit., v. nota 116, p. 270 ss.

<sup>(157)</sup> In questo senso v. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, op. cit., v. nota 117, p. 47 ss.; CONTI, *Diritto penale commerciale, II: Reati fallimentari*, Torino, 1991, p. 82 ss.; MANGANO, *Disciplina penale del fallimento*, Milano, 1993, p. 87 ss.

<sup>(158)</sup> In generale sui doveri di vigilanza dei sindaci dopo la riforma del diritto societario v., *ex multis*, RIGOTTI, *Doveri del collegio sindacale*, in *Collegio sindacale. Controllo contabile*, a cura di GHEZZI, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da MARCHETTI-BIANCHI-GHEZZI-NOTARI, Milano, 2005, p. 159, *passim*; cfr., inoltre, PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni: posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Milano, 2003, *passim*.

<sup>(159)</sup> V., nello specifico settore fallimentare, PEDRAZZI, *Commento all'art. 216*, op. cit., v. nota 116, p. 273; F. MUCCIARELLI, *I profili penali della responsabilità dei sindaci*, in *Le responsabilità nel fallimento societario*, a cura di FERRO, Milano, 2001, p. 366, *passim*.

<sup>(160)</sup> Che però è ammessa dalla maggioranza della dottrina, v., fra gli altri, PUNZO, *La bancarotta impropria e gli altri reati previsti dalla legge fallimentare*,

coloro che svolgono funzioni di controllo esterne o differenti da quelle del collegio sindacale.

Le riflessioni di cui sopra suggeriscono che alla posizione del sindaco, invece, deve essere equiparata la posizione del membro degli organi di controllo nei modelli dualistico e monistico. Pertanto il consigliere di sorveglianza e membro del comitato di controllo sulla gestione possono essere chiamati a rispondere del delitto di cui all'art. 223 comma 1 l. f.

Il liquidatore è colui che, una volta realizzatasi una causa di scioglimento della società, procede alla cessione dei cespiti attivi del patrimonio sociale e, con il risultante, si occupa del pagamento dei debiti ed della distribuzione del rimanente fra i soci, in vista dell'estinzione dell'ente.

Il ruolo del liquidatore è assimilabile a quello dell'amministratore, ma mentre quest'ultimo amministra la società in vista della creazione di un utile da distribuire tra i soci, il primo gestisce la società in vista della definizione dei rapporti con i terzi. Conseguentemente, sono previsti una serie di divieti, tra cui quello di intraprendere nuove operazioni.

Qualora nelle società di persone, sfruttando la facoltà conferita dalla legge, sia omessa la procedura di liquidazione, la responsabilità penale ricade su coloro che si occupano di esaurire i rapporti patrimoniali pendenti <sup>(161)</sup>.

Parlando di soggetti attivi del reato di bancarotta societaria, sembra doveroso spendere un accenno alle problematiche che sorgono in caso di concorso fra soggetti qualificati.

Un significativo esempio di questa forma di responsabilità è costituito dalla figura del sindaco.

Si è visto che il sindaco risponde per non aver impedito la realizzazione del fatto illecito da parte di altri soggetti sui quali aveva il compito di vigilare; allo stesso modo i membri di un organo collegiale possono essere puniti a titolo di bancarotta fraudolenta societaria se

---

Padova, 1957, p. 27; CASAROLI, *Bancarotta propria ed impropria, note su alcuni punti-chiave in tema di soggetto attivo del reato*, in *Ind. pen.*, 1979, p. 241; ANTOLISEI, *Manuale*, op. cit., v. nota 116, p. 120 (con rimando al vol. I). Nel senso del testo v. PEDRAZZI, *Commento all'art. 216*, op. cit., v. nota 116, p. 273.

<sup>(161)</sup> In tema v. SANTORIELLO, *I reati*, op. cit., v. nota 115, p. 158.

omettono di impedire l'evento dannoso, in concorso con coloro che effettivamente l'hanno cagionato.

Breve: si tratta di un'ipotesi di concorso di persone per omesso impedimento, di cui debbono essere verificati rigorosamente i presupposti per non scadere in una responsabilità di posizione, con conseguente pericolo di violazione del principio costituzionale di colpevolezza.

In estrema sintesi bisogna verificare che vi sia un obbligo giuridico di impedire l'evento, che il garante avrebbe avuto la possibilità materiale di impedire l'evento dannoso e che l'omissione del garante sia sorretta, a livello psicologico, dallo stesso elemento soggettivo di colui che commette il delitto di bancarotta <sup>(162)</sup>.

La giurisprudenza ritiene che, una volta fondata la posizione di garanzia dell'amministratore sull'art. 2392 c.c. <sup>(163)</sup> e del sindaco sull'art. 2403 c.c. <sup>(164)</sup>, sia possibile muovere un rimprovero per il soggetto che non ha impedito la verificazione dell'evento dannoso, pur avendo la generica consapevolezza del compimento di fattispecie di reato da parte di un altro soggetto qualificato <sup>(165)</sup>.

---

<sup>(162)</sup> Per l'esatta configurazione dei presupposti della responsabilità del componente dell'organo collegiale v., per tutti, ALESSANDRI, *Impresa (Responsabilità penali)*, voce del *Dig. disc. pen.*, vol. VI, Torino, 1992, p. 214 ss., anche per le relative indicazioni bibliografiche.

<sup>(163)</sup> Che mantiene inalterata la sua valenza anche nella formulazione successiva alla riforma, v., nella dottrina civilistica, NAZZICONE, *Commento all'art. 2392*, in NAZZICONE-PROVIDENTI, *Società per azioni, Amministrazione e controlli (artt. 2380-2409-noviesdecies)*, Milano, 2003, p. 181, *passim*; SPIOTTA, *Commento all'art 2392*, in *Il nuovo diritto societario, Vol. I*, diretto da COTTINO-BONFANTE-CAGNASSO-MONTALENTI, Bologna, 2004, p. 762, *passim*. Per analoga opinione v. LANZI, *La responsabilità penale degli organi di gestione*, in AA. VV., *La riforma del diritto societario profili civili e penali*, Milano, 2004, pag. 249 ss.

<sup>(164)</sup> Che, per quanto riguarda gli obblighi di vigilanza dei sindaci sull'osservanza della legge, è rimasto invariato; cfr. AMBROSINI, *Commento agli artt. 2403-2406 c.c.*, in *Il nuovo diritto societario, Commento al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61, art. 1*, diretto da COTTINO-BONFANTE-CAGNASSO-MONTALENTI, Bologna, 2004, vol. I, p. 894, *passim*.

<sup>(165)</sup> Cfr. Cass. pen., sez. V, 21/11/1989, in *Riv. pen. ec.*, 1991, p. 489; Cass. pen., sez. V, 27/4/2000, n. 5619, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1622; Cass. pen., sez. V, 1/7/2002, n. 29896, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2789. Per una descrizione dell'atteggiamento della giurisprudenza nel caso del Banco Ambrosiano, v. CRESPI, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 1149 ss.

In questa sede non è possibile dare conto esaurientemente delle critiche mosse dalla dottrina all'impostazione della giurisprudenza<sup>(166)</sup>, tuttavia si impongono alcune brevi osservazioni.

Innanzitutto, nell'opinione giurisprudenziale, vi è un chiaro svilimento del ruolo del dolo nel processo di ascrizione soggettiva perché la circostanza della generica consapevolezza della commissione di illeciti in capo ai soggetti attivi inerti viene sovente affermata, in termini di dolo eventuale, in base alla considerazione che il mancato esercizio dell'attività di vigilanza comporta il rischio della commissione di illeciti da parte di altri soggetti<sup>(167)</sup>.

In tal modo, però, si instaura una forma di presunzione di sussistenza del dolo che non si cura dell'accertamento della seconda componente, necessaria, del dolo eventuale e cioè quella volitiva. Sebbene nel caso del dolo eventuale l'elemento volitivo assuma dei contorni sfumati, la sua presenza, almeno in termini di accettazione del rischio, è necessaria e rappresenta l'elemento discriminante fra un atteggiamento psicologico di natura dolosa ed uno di natura colposa<sup>(168)</sup>.

Se non vi è alcuna relazione di natura volitiva, neppure in termini di accettazione del rischio, la verifica di quell'evento in concreto è attribuibile ad un'inerzia che si connota psicologicamente come colposa. L'agente infatti, pur rappresentandosi il possibile evento dannoso, non si attiva per impedirne la verifica, non perché abbia manifestato un certo grado di *compiacimento* nei confronti della sua verifica, ma perché non si è (colposamente) preoccupato di agire in senso antagonista<sup>(169)</sup>.

---

<sup>(166)</sup> In merito alle quali si rimanda all'approfondita analisi di Pedrazzi, in *Commento all'art. 223*, op. cit., v. nota 116, p. 276 ss. e alla bibliografia ivi citata.

<sup>(167)</sup> Lo rileva ALESSANDRI, *Parte generale*, in AA. VV., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2000, p. 92.

<sup>(168)</sup> In tema, anche per le esaustive indicazioni bibliografiche, si rimanda all'approfondita analisi di CERQUETTI, *La rappresentazione e la volontà dell'evento nel dolo*, Torino, 2004, p. 274 ss.

<sup>(169)</sup> Sul fatto che il dolo eventuale così come delineato dalla giurisprudenza maggioritaria sia sostanzialmente una forma di colpa (con previsione) vedi il *revirement* di Cass. pen sez. V, 26/11/1999, n. 14745, in *Cass. pen.*, 2000, p. 3061 secondo cui: «(omissis) *la ricostruzione effettuata dall'impugnata sentenza* (conforme alla giurisprudenza dominante) (omissis) *in sostanza afferma una responsabilità colposa che può valere solo ai fini delle*



Inoltre, non è da ritenere scontato che anche uno scrupoloso intervento del soggetto cui spettano i doveri di vigilanza sia in grado di spezzare il decorso causale che porta alla realizzazione dell'evento <sup>(170)</sup>.

In particolare, i poteri impeditivi, che si sostanziano principalmente nel ricorso all'Autorità giudiziaria, non sempre possono essere esercitati in tempo utile per giungere ad interrompere il nesso causale, e, in questi frangenti, si rivelano ininfluenti sulla realizzazione dell'evento dannoso.

Pertanto, l'indagine, caso per caso, circa la sussistenza della concreta possibilità di impedire la verifica dell'evento «*deve essere rigorosa, deve evitare il ricorso a facili presunzioni e va condotta lungo la direttrice del principio costituzionale di personalità della responsabilità penale secondo il quale solo ciò che è riferibile alla sfera di effettivo controllo del soggetto può essere oggetto di rimprovero al medesimo*» <sup>(171)</sup>.

Questo suggerimento non sembra essere stato recepito dalla giurisprudenza prevalente che si accontenta di verificare che sia stata omessa una forma di reazione <sup>(172)</sup>.

Dal punto di vista delle condotte tipiche, l'art. 223 comma 1 l.f. si limita a richiamare integralmente l'art. 216 della medesima legge.

Per effetto di detto richiamo, le condotte di bancarotta previste per l'impresa individuale sono trasportate nell'ambito dell'impresa collettiva; conseguentemente si pone il problema di valutare se il velo della personalità giuridica contribuisca a dettare una nuova fisionomia delle condotte di bancarotta fraudolenta patrimoniale.

Ad esempio, secondo una teoria, il concetto di distrazione assume un significato leggermente differente se importato nell'ambito societario.

---

*obbligazioni civili*». V., altresì G. CHIARAVIGLIO, *Concorso del sindaco di società commerciali nel reato dell'amministratore e dolo eventuale*, in *Riv. dott. commercialisti*, 1992, p. 191, *passim*.

<sup>(170)</sup> Anzi, secondo un'autorevole tesi, prima della riforma i sindaci non avrebbero avuto poteri impeditivi sufficientemente incisivi da poter prevenire la verifica di un evento lesivo prodotto dagli amministratori; pertanto non si configurerebbe *tout court* la responsabilità del sindaco a titolo di consorsio omissivo. V. PEDRAZZI, *Commento all'art. 223*, op. cit., v. nota 116, p. 285 ss.

<sup>(171)</sup> BRICCHETTI-TARGETTI, *Bancarotta*, op. cit., v. nota 116, p. 23.

<sup>(172)</sup> V. la giurisprudenza citata alla nota 165.

Nell'impresa individuale la confusione del patrimonio dell'imprenditore e del patrimonio dell'impresa rende possibile l'utilizzo di beni dell'impresa per scopi propri dell'imprenditore. Diversamente, nelle società commerciali, l'amministratore è vincolato al rispetto dell'oggetto sociale: non gli è concesso di utilizzare i beni sociali in un modo che non sia finalizzato al raggiungimento dell'oggetto sociale.

Pertanto il concetto di distrazione in ambito societario comprenderebbe sia gli atti che comportano una diminuzione della funzione di garanzia del patrimonio sociale, che gli atti che, pur lasciando inalterata la garanzia patrimoniale, vengano indirizzati ad un fine extrasociale <sup>(173)</sup>.

Questa impostazione ha un importante risvolto pratico: l'utilizzo di risorse della società per il perseguimento di scopi extrasociali, che normalmente rientra nella nozione di appropriazione indebita <sup>(174)</sup>, sarà invece da considerare come bancarotta per distrazione se la società successivamente fallisce <sup>(175)</sup>.

A ben vedere questa tesi presuppone che l'oggettività giuridica della bancarotta propria e della bancarotta impropria siano differenti, perché, secondo la tesi illustrata, dalla bancarotta impropria scompare la lesione dell'integrità della garanzia patrimoniale come bene protetto. O, meglio, essa è solo eventuale, potendo configurarsi il reato anche in presenza di una condotta che non necessariamente implica una diminuzione della funzione di garanzia del patrimonio sociale.

Ma questo sarebbe possibile se la bancarotta impropria fosse una figura del tutto autonoma; al contrario l'art. 223 comma 1 l.f. richiama *in toto* l'art. 216 l.f., e, quindi, anche la sua oggettività giuridica <sup>(176)</sup>.

Ne consegue che, anche nel contesto di un'impresa collettiva, le condotte distrattive si configurano come tali solo se idonee ad intaccare la garanzia patrimoniale <sup>(177)</sup>.

---

<sup>(173)</sup> In questo senso v. SANTORIELLO, *I reati*, op. cit., v. nota 115, p. 178 ss.

<sup>(174)</sup> La giurisprudenza, dopo un'iniziale presa di posizione in senso contrario, si è ora assestata in senso conforme al testo; v. Cass. pen., sez. II, 4/4/1997 n. 5136, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1435., 1991, p. 489 ss.; Cass. pen., sez. V, 21/1/1998, n. 1245, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 301 ss.

<sup>(175)</sup> Anche in assenza di un rapporto di causalità, non richiesto dall'art. 216 comma 1 l.f., fra l'atto distrattivo ed il dissesto che provoca il fallimento.

<sup>(176)</sup> In senso conforme v., PEDRAZZI, *Commento all'art. 223*, op. cit., v. nota 116, p. 291.

Perciò gli atti di disposizione di beni patrimoniali operati dall'amministratore al di fuori dell'oggetto sociale sono da considerarsi atti di appropriazione indebita se, anche in caso di fallimento, non incidono sulla garanzia per i creditori.

Correlativamente, si avrà un'ipotesi di bancarotta se gli atti di appropriazione indebita sono anche idonei a diminuire la garanzia patrimoniale, ma solo in caso di fallimento <sup>(178)</sup>.

Per quanto riguarda le altre condotte, la loro trasposizione nel contesto della bancarotta societaria, non desta particolari problemi, pertanto si rimanda a quanto precedentemente esposto in sede di rassegna dell'art. 216 comma 1 n.1 l.f.

L'art. 223 comma 1 l.f. ha un ruolo di assoluta centralità nell'economia del presente lavoro perché le operazioni infragruppo, che sono finalizzate ad un'illecita dislocazione del rischio d'impresa, posseggono necessariamente una dimensione societaria che non può essere colta dal solo art. 216 comma 1 n.1 l.f., essendo necessaria, per l'appunto, l'estensione operata dall'art. 223 comma 1 l.f.

La bancarotta societaria fraudolenta, in particolare per distrazione, è la figura principale all'interno della quale si inquadrano le operazioni illecite infragruppo.

Infatti, gli atti endogruppo finalizzati al trasferimento di cespiti attivi da una società all'altra sono risultano, nell'assoluta prevalenza dei casi, in atti distrattivi il cui effetto è quello di trasferire delle risorse da una società del gruppo ad un'altra, senza adeguata contropartita.

## 2.2. *L'art. 223 comma 2 n. 1. l.f.*

Aspetto peculiare della bancarotta patrimoniale societaria è costituito dall'ampliamento delle ipotesi base dell'art. 216 comma 1

---

<sup>(177)</sup> In questo senso v. GIULIANI-BALESTRINO, *La bancarotta*, op. cit., v. nota 114, p. 257 ss.; cfr. LA MONICA, *Manuale*, op. cit., v. nota 118, p. 445 ss.

<sup>(178)</sup> La giurisprudenza più recente qualifica quest' ipotesi come reato complesso. V. Cass. pen., sez. V, 4/4/2003, n. 37567, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3518.

n.1 l.f., alle quali vengono affiancate ulteriori modalità di aggressione al bene protetto.

La prima è contenuta nell'art. 223 comma 2 n. 1 l.f. che punisce amministratori, direttori generali, liquidatori e sindaci che hanno cagionato il dissesto della società, commettendo uno dei fatti previsti dagli artt. 2621, 2622, 2626, 2627, 2628, 2629, 2632, 2633 e 2634 del codice civile.

Questa disposizione è stata oggetto di una recente modifica (d.lgs. 11 aprile 2002 n. 61), tramite la quale il legislatore delegato ha recepito alcune indicazioni critiche che la dottrina aveva espresso sulla previgente norma.

Le perplessità della dottrina avevano principalmente come oggetto la costruzione della fattispecie legislativa che lasciava margini di dubbia costituzionalità nell'ipotesi della c.d. bancarotta presunta<sup>(179)</sup>.

Con questa dizione si soleva definire l'anticipazione della soglia di rilevanza penale della bancarotta a fatti che costituivano semplici ipotesi di reati societari (artt. 2621, 2622, 2623, 2628 e 2630 c.c. nella formulazione *ante* d.lgs. 11 aprile 2002 n. 61).

Il vecchio art. 223 comma 2 n. 1 l.f. dettava, infatti, una duplice presunzione *juris et de jure*.

Innanzitutto, non vi era spazio per una verifica circa la sussistenza di un nesso causale tra la fattispecie codicistica richiamata e la produzione del fallimento, neanche per ipotesi delittuose molto distanti nel tempo; inoltre era sottratta alla valutazione del caso concreto l'effettiva lesività della condotta in relazione al bene protetto dal delitto di bancarotta, nemmeno a livello del pericolo.

In buona sostanza, nell'ipotesi in esame, la tutela del bene garanzia patrimoniale era affidata ad una fattispecie di pericolo astratto, differentemente da tutte le altre ipotesi di bancarotta fraudolenta patrimoniale.

Per effetto della riforma del diritto penale societario, l'art. 223 comma 2 n. 1 l.f. si presenta radicalmente modificato.

Nella nuova formulazione, la disposizione in esame delinea un reato di danno, che si identifica nella causazione del dissesto, al quale

---

<sup>(179)</sup> V., per tutti, PEDRAZZI, *Commento all'art. 223*, op. cit., v. nota 116, p. 309.

si richiede che il reato societario presupposto <sup>(180)</sup> offra un contributo causale.

In aggiunta, la selezione delle fattispecie penal-societarie rilevanti sembra, rispetto alla previgente norma <sup>(181)</sup>, maggiormente ancorata ad un criterio di lesività al capitale sociale, e, conseguentemente, di lesività alla garanzia patrimoniale offerta ai creditori.

Principiando l'analisi del vigente art. 223 comma 2 n. 1 l.f. proprio dai reati presupposto, il legislatore delegato del 2002 ha scelto, come fattispecie rilevanti, entrambe le ipotesi di false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622 c.c.); l'indebita restituzione dei conferimenti (art. 2626 c.c.); l'illegale ripartizione di utili e riserve (art. 2627 c.c.); le illecite operazioni sulle azioni o quote o della società controllante (art. 2628 c.c.); le operazioni in pregiudizio ai creditori (art. 2629 c.c.); la formazione fittizia del capitale (art. 2632 c.c.); l'indebita ripartizione dei bei sociali effettuata dai liquidatori (art. 2633 c.c.) e l'infedeltà patrimoniale (art. 2634 c.c.).

Si deve osservare che, comunque, il legislatore non ha rinunciato ad inserire fattispecie di reato che poco -o nulla- hanno a che fare con l'aggressione all'integrità del capitale sociale.

Ci si riferisce, principalmente, all'art. 2621 c.c. la cui realizzazione non appare in grado di apportare alcun contributo in termini di produzione del dissesto, differentemente dall'ipotesi di false comunicazioni che producono un danno patrimoniale (art. 2622 c.c.), anch'essa richiamata dalla norma in commento <sup>(182)</sup>.

Di converso, non sembra condivisibile la scelta di escludere dal catalogo dei reati presupposto l'art. 2635 c.c. dato che lo stesso presenta evidenti profili di omogeneità di tutela con l'art. 2634 c.c., che invece è menzionato dall'art. 223 comma 2 n. 1 l.f.

---

<sup>(180)</sup> Sul nuovo art. 223 comma 2 n. 1 l.f. come reato complesso v. F. MUCCIARELLI, *La bancarotta societaria impropria*, in *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di ALESSANDRI, Milano, 2002, p. 445.

<sup>(181)</sup> Rileva la discrasia fra oggettività giuridica della bancarotta e oggettività giuridica di numerose figure richiamate dal vecchio art. 223 comma 2 n. 1 l.f. ANTOLISEI, *Manuale*, op. cit., v. nota 116, p. 61

<sup>(182)</sup> In questo senso, v. F. MUCCIARELLI, *La bancarotta*, op. cit., v. nota 180, p. 447; *contra* v. MANGIONE, *La bancarotta fraudolenta impropria*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A. GIARDA-SEMINARA, Padova, 2002, p. 616 ss.

Per quanto riguarda, invece, il legame eziologico -oggi necessario- fra la realizzazione di uno dei reati presupposto e la causazione dell'evento, il fatto tipico sussisterà solo quando la lesione dell'integrità del capitale sociale, provocata dal reato societario, sia talmente significativa da modificare l'equilibrio patrimoniale della società, portandola in uno stato di dissesto<sup>(183)</sup>.

L'evento-dissesto, che ha sostituito l'evento-fallimento della precedente formulazione, può essere identificato con l'insolvenza di cui all'art. 5 l.f., che consiste nell'impossibilità di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni<sup>(184)</sup>.

Pertanto, ai fini della commissione del fatto tipico, non è più necessario che lo stato di insolvenza venga accertato giudizialmente; il tipo è integrato anche prima dell'intervento del Tribunale fallimentare.

Tuttavia, in mancanza della sentenza dichiarativa di insolvenza, è carente una condizione per la punibilità del medesimo fatto.

Infatti l'inciso presente al primo comma dell'art. 223 l.f., che stabilisce che sono puniti i soggetti qualificati di «società dichiarate fallite», costituisce un limite alla sussistenza del reato che pervade tutta la norma; pertanto anche nel caso dell'art. 223 comma 2 n. 1 l.f., la punibilità è vincolata alla formale apertura di una procedura di fallimento<sup>(185)</sup>.

---

<sup>(183)</sup> Cfr. ANGELINI, *Il reato di bancarotta fraudolenta impropria innovato dalla nuova disciplina degli illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 352 ss.; PAVAN, *Art. 223, II co., n. 1, l.f.: la pietra nello stagno*, in *Ind. pen.*, 2005, p. 1087 ss.

<sup>(184)</sup> Cfr. PEDRAZZI, *Commento all'art. 224*, op. cit., v. nota 116, p. 335. Nel senso del testo v. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, op. cit., v. nota 117, p. 396; MANGANO, *Disciplina penale*, op. cit., v. nota 157, p. 101 e, sostanzialmente, MANGIONE, *La bancarotta fraudolenta*, op. cit., v. nota 182, p. 621; *contra* PUNZO, *La bancarotta impropria*, op. cit., v. nota 160, p. 196. Non si può tacere, tuttavia, che la recente riforma dell'art. 218 l.f. (l. 28 dicembre 2005 n. 262), prevedendo alternativamente una dissimulazione dello stato di dissesto o di insolvenza, pare avallare l'opposta opinione che tende a distinguere fra insolvenza e dissesto. Tuttavia, sembra difficile poter derivare dal novellato art. 218 l.f. una precisa volontà del legislatore in tal senso; semmai si intravede una frettolosa preoccupazione di non lasciare vuoti di tutela, che porta ad una sovrabbondanza di definizioni legislative e alla duplicazione della norma incriminatrice già contenuta nell'art. 225 l.f.

<sup>(185)</sup> In questo senso v. F. MUCCIARELLI, *La bancarotta*, op. cit., v. nota 180, p. 449. La contraria opinione legittimerebbe risultati aberranti, come quello di ammettere la punizione a titolo di bancarotta in caso di un dissesto cagionato, ma successivamente ripianato.

Dal punto di vista soggettivo, il criterio di ascrizione è il dolo generico, che consiste nella rappresentazione del dissesto quale conseguenza del reato societario posto in essere, e nella volontà -o nell'accettazione del rischio- della sua verifica (186). È comunque necessario che l'agente integri soggettivamente anche il reato presupposto, con la forma di dolo richiesta dalla singola fattispecie (187).

La nuova formulazione della norma, orientata causalmente alla produzione del dissesto -sul quale deve ricadere necessariamente il dolo- risulta, tuttavia, problematica nella distinguibilità della stessa dalle ipotesi di cui al numero successivo del medesimo comma dell'art. 223 l.f. (188).

Infatti, attualmente le due ipotesi si pongono in rapporto di sostanziale identità, posto che le stesse presentano numerosi elementi comuni: i soggetti attivi, l'evento (non essendo particolarmente d'aiuto, per la distinzione dei due reati, la consacrazione del dissesto nella sentenza dichiarativa di fallimento necessaria per le ipotesi dell'art. 223 comma 2 n. 2) e l'elemento soggettivo.

L'unico elemento di differenziazione risiede nella descrizione delle condotte, che nell'ipotesi della bancarotta per precedente reato societario è vincolata alla realizzazione dei fatti previsti dalle varie norme richiamate, mentre il successivo n. 2 si presenta reato a forma libera.

Si profila, quindi, un rapporto di specialità fra le due norme essendo la tipizzazione delle condotte tipiche elemento specializzante del n. 1 rispetto al n. 2 (189).

Tuttavia, non riesce agevole la comprensione della *ratio* di tale scelta legislativa, posto che le due norme in esame prevedono una pena identica; un motivo di differenziazione potrebbe risiedere nel fatto

---

(186) Cfr. MICHELETTI, *Riformulazione delle norme sui reati fallimentari che richiamano reati societari*, in *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, a cura di GIUNTA, Torino, 2002, p. 273; SGUBBI, *Profili penali della riforma delle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2003, p. 953.

(187) V. F. MUCCIARELLI, *La bancarotta*, op. cit., v. nota 180, p. 449 ss.

(188) V. LANZI, *La nuova bancarotta fraudolenta per precedente reato societario*, in *Dir. prat. soc.*, 2002, 10, p. 19 ss.; CADOPPI, *Riformulazione delle norme sui reati fallimentari che richiamano reati societari*, in *I nuovi reati societari*, a cura di LANZI-CADOPPI, Padova, 2002, p. 262 ss.

(189) In questo senso, v. LANZI, op. cit., p. 20.

che il n. 1, norma speciale, prevedendo un richiamo alla tipicità di alcuni illeciti societari, stabilisce la responsabilità per bancarotta solo nel caso siano integrati anche gli altri elementi del tipo differenti dalla condotta <sup>(190)</sup>.

### 2.3. L'art. 223 comma 2 n. 2. l.f.

L'art. 223 comma 2 n. 2 l.f. stabilisce che sono puniti amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori che hanno cagionato, con dolo o per effetto di operazioni dolose, il fallimento della società.

Come nell'ipotesi del numero precedente del comma secondo dell'art. 223 l.f., le condotte di bancarotta rilevano in quanto dimostrino un legame causale con il dissesto dell'impresa, ma, nel caso attualmente in esame, è necessario che lo stato di decozione sia consacrato nell'apposito provvedimento giurisdizionale del Tribunale fallimentare <sup>(191)</sup>. Ne consegue che l'eventuale revoca della sentenza dichiarativa di fallimento estingue il delitto.

Inoltre la causazione dell'evento-fallimento può avvenire sia in forma commissiva che in forma omissiva, eventualmente secondo il modello del concorso nel reato omissivo improprio <sup>(192)</sup>. Si pensi ad un amministratore che rimane inerte pur in presenza di una serie di indici di grave difficoltà dell'impresa oppure ad un sindaco che non si attiva per evitare le conseguenze delle operazioni dolose poste in essere dagli amministratori.

---

<sup>(190)</sup> V. più diffusamente, per la particolare ipotesi di bancarotta da precedente infedeltà patrimoniale, *infra* cap. III, sez. II, par. 2.

<sup>(191)</sup> In questo senso v. SANTORIELLO, *I reati*, op. cit., v. nota 115, p. 204 ss.; PEDRAZZI, *Commento all'art. 223*, op. cit., v. nota 116, p. 315 ss. Conseguentemente, secondo PEDRAZZI, il tipo è integrato anche quando la sentenza di fallimento sia relativa ad uno stato di insolvenza simulato (V. *Commento all'art. 223*, op. cit., v. nota 116, p. 315, e la bibliografia ivi citata).

<sup>(192)</sup> V. la dottrina citata alla nota precedente, nonché NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, op. cit., v. nota 117, p. 378 ss. Secondo LA MONICA, *Manuale*, op. cit., v. nota 118, p. 480 ss., l'integrazione della condotta in forma omissiva non può avvenire nell'ipotesi della causazione del fallimento con operazioni dolose.



Dal punto di vista delle condotte, le espressioni «con dolo» e «per effetto di operazioni dolose», benché assonanti, hanno significati profondamente differenti.

Cagionare con dolo il fallimento significa porre in essere delle condotte tali da provocare il fallimento della società, avendo come scopo la verifica dell'evento in senso naturalistico, che è rappresentato dall'emissione della sentenza dichiarativa di fallimento.

L'opinione prevalente ritiene correttamente che un elemento soggettivo strutturato sulla volontà di pervenire alla dichiarazione di fallimento, implica necessariamente che sia oggetto di volizione anche la verifica dell'evento in senso giuridico, cioè la lesione del bene tutelato<sup>(193)</sup>.

Si delinea, in tal modo, un sistema di tutela del bene protetto che retrocede, rispetto a quanto previsto dal primo comma dell'art. 223 l.f. per effetto del richiamo al precedente art. 216, dal pericolo al danno.

In questo senso la bancarotta per causazione dolosa del fallimento è una norma di chiusura del sistema perché punisce -sebbene al livello del danno- tutte quelle condotte che non rientrano nella tutela anticipata prevista dall'art. 223 comma 1 l.f. (ad es. una deliberata *mala gestio*, priva di condotte finalizzate alla riduzione dell'attivo, ma orientata a provocare il fallimento della società).

Per quanto riguarda la causazione del fallimento per effetto di operazioni dolose<sup>(194)</sup>, l'elemento oggettivo è rappresentato da qualsiasi comportamento illecito volontariamente posto in essere dai soggetti qualificati con abuso dei poteri inerenti la propria qualifica<sup>(195)</sup> dal quale derivi causalmente il fallimento della società.

---

<sup>(193)</sup> V. PEDRAZZI, *Commento all'art. 223*, op. cit., v. nota 116, p. 319 ss.; GIULIANI-BALESTRINO, *La bancarotta*, op. cit., v. nota 114, p. 437 ss.; SANTORIELLO, *I reati*, op. cit., v. nota 115, p. 208 ss.; *contra*, nel senso che basti la volontà del dissesto, v. MACCAGNO BENESSIA, *Reati fallimentari*, voce de *Enc. Giur.*, vol. XIII, Roma, 1992, p. 2 ss.

<sup>(194)</sup> Sul tema, v., *ex multis*, BRICCHETTI-TARGETTI, *Bancarotta*, op. cit., v. nota 116, p. 155 ss.; MANGANO, *La causazione del fallimento*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1991, p. 459, *passim*; CASAROLI, *La causazione dolosa del fallimento delle società da parte degli amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori*, in *Ind. pen.*, 1978, p. 407, *passim*.

<sup>(195)</sup> In questo senso v., per tutti, PEDRAZZI, *Commento all'art. 223*, op. cit., v. nota 116, p. 323 ss.

Più precisamente, secondo la nota formula di Nuvolone, è da considerarsi operazione dolosa «*qualsiasi comportamento delle persone preposte all'amministrazione e al controllo della società, che, implicando un abuso dei poteri o violazione dei doveri inerenti alla loro qualità, rechi pregiudizio ai legittimi interessi dell'ente, dei soci, o dei creditori e sia nel tempo stesso realizzato allo scopo di procurarsi un ingiusto profitto*»<sup>(196)</sup>.

Pertanto, rientrano nel catalogo delle operazioni dolose i reati comuni, i reati societari non ricompresi nell'elencazione di cui all'art. 216, primo comma, n.1, nonché condotte di abuso degli amministratori sul patrimonio sociale che non integrano ipotesi delittuose<sup>(197)</sup>.

Dal punto di vista dell'elemento soggettivo, la norma in esame non richiede che il dolo dell'agente abbia come oggetto l'evento-fallimento (altrimenti non vi sarebbe distinzione con la causazione dolosa), bensì le singole operazioni ad esso legate in via causale.

Di qui, l'opinione prevalente che ritiene che la bancarotta in seguito ad operazioni dolose sia attribuita a titolo di responsabilità oggettiva<sup>(198)</sup>, non rilevando la rappresentazione e la volizione del fallimento della società come conseguenza, seppur mediata, della condotta illecita<sup>(199)</sup>; si profila, quindi, un possibile contrasto con il principio di personalità della responsabilità penale, come esplicitato dalle sentenze della Corte costituzionale nn. 364 e 1085 del 1988.

Come per l'ipotesi di bancarotta per causazione dolosa del fallimento, anche la bancarotta per operazioni dolose è una norma di chiusura perché, una volta intervenuto il fallimento, assicura la punibilità di quei comportamenti che, al momento della loro commissione, non hanno diretta incidenza sull'integrità del patrimonio

---

<sup>(196)</sup> V. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, op. cit., v. nota 117, p. 378.

<sup>(197)</sup> In giurisprudenza, v. Cass. pen., sez. V, 14/1/1985; Cass. pen., sez. V, 8/4/1988, in *Cass. pen.*, 1989, p. 1559; Cass. pen., sez. I, 25/4/1990, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1991, p. 267.

<sup>(198)</sup> V. ANTOLISEI, *Manuale*, op. cit., v. nota 116, p. 131; CARRERI, *I reati*, op. cit., v. nota 116, p. 265; CASAROLI, *La causazione*, op. cit., v. nota 194, p. 453.

<sup>(199)</sup> Nel senso che, invece, l'evento-fallimento deve essere oggetto del dolo in entrambe le ipotesi dell'art. 223 comma 2 n. 2 l.f., v. MANGANO, *La bancarotta societaria*, Padova, 2001, p. 75 ss.

sociale nella sua funzione di garanzia, oppure non sono sorretti dalla volontà di ridurre la capacità della società di adempiere ai propri debiti<sup>(200)</sup>.

Entrambe le ipotesi contenute nell'art. 223 comma 2 n. 2 l.f. rivestono interesse nello studio delle dinamiche di bancarotta nei gruppi di società perché possono rappresentare ulteriori modalità di manifestazione di condotte finalizzate a perseguire una politica di gruppo, nel senso deterioro del termine, che si serve di strumenti illeciti di allocazione del rischio d'impresa; basti pensare alla gestione della controllata in modo deliberatamente rovinoso, al fine di eliminare un *ramo secco* oppure alla captazione delle risorse della controllata tramite atti di appropriazione indebita<sup>(201)</sup>.

### 3. La bancarotta preferenziale: cenni.

Nell'illustrazione delle tipologie di bancarotta che possono avere un preciso ruolo nella repressione delle condotte patologiche del gruppo può essere annoverata anche la bancarotta fraudolenta preferenziale ex art. 216 comma 3 l.f., oggetto di richiamo da parte dell'art. 223 comma 1 della medesima legge.

Quest'ipotesi consiste nel pagamento, da parte degli amministratori della società fallita, di debiti o nella simulazione di titoli di prelazione al fine di favorire un determinato creditore, a danno dei rimanenti.

Si assiste, quindi, ad un mutamento dell'oggettività giuridica del delitto: la bancarotta preferenziale non è posta a tutela della funzione di garanzia del patrimonio dell'imprenditore, perché con il pagamento di un credito si riduce anche una posta passiva del patrimonio. La bancarotta preferenziale, quindi, trova la sua legittimazione nella tutela del bene giuridico della *par condicio creditorum*<sup>(202)</sup>.

---

<sup>(200)</sup> V. PEDRAZZI, *Commento all'art. 223*, op. cit., v. nota 116, p. 323 ss.

<sup>(201)</sup> Diffusamente, sulle operazioni dolose nel contesto del gruppo societario, v. SANDRELLI, *Bancarotta fraudolenta per le società di un gruppo: condotte di distrazione e operazioni dolose ex art. 223 cpv. n. 2 l.f. nelle operazioni «intercompany»*, in *Fall.*, 2000, p. 57 ss.

<sup>(202)</sup> In tema v., *ex multis*, GIULIANI-BALESTRINO, *La bancarotta*, op. cit., v. nota 114, p. 452; ANTOLISEI, *Manuale*, op. cit., v. nota 116, p. 81; PEDRAZZI,

In breve, per quanto riguarda la descrizione delle condotte, il pagamento di un debito assume rilevanza penale nel momento in cui vengono utilizzati beni della società, deprimendo l'attivo.

Tuttavia rientrano nella nozione di pagamenti preferenziali anche l'adempimento della prestazione di fare -in quanto comporti dei costi per la società- e il pagamento effettuato in forza di un titolo giudiziale se il debitore, poi fallito, non ha resistito in giudizio al fine di favorire la controparte processuale <sup>(203)</sup>.

Non sono da considerarsi lesivi del bene giuridico tutelato i pagamenti effettuati ai debitori privilegiati, semprechè l'attivo patrimoniale sia sufficientemente capiente per pagare gli altri privilegiati di pari grado oppure che il bene oggetto di garanzia reale sul debito pagato abbia un valore almeno pari allo stesso <sup>(204)</sup>.

Per quanto riguarda la simulazione di titoli di prelazione, si deve ritenere che il legislatore abbia voluto punire tramite questa fattispecie la creazione di titoli aventi valore nei confronti dei terzi, ma *tamquam non esset* fra le parti <sup>(205)</sup>; la creazione di un titolo di prelazione genuino, ma senza una causa sottostante, rientrerebbe nel campo della distrazione.

Per l'ascrizione soggettiva del delitto è necessario che si configuri un dolo specifico, che consiste nella volontà di attribuire ad un creditore un trattamento ingiustamente più favorevole di quello che verrà riservato agli altri <sup>(206)</sup>.

Delineate in estrema sintesi le caratteristiche essenziali del delitto in esame, si comprende come lo stesso possa avere una rilevanza nell'ambito del diritto penale del fallimento del gruppo societario, anche se solo marginale.

In tema di dinamiche dei rapporti infragruppo è facilmente ipotizzabile che una società controllata, che versa in stato di crisi, sia richiesta dalla controllante di estinguere i debiti vantanti da

---

*Commento all'art. 216*, op. cit., v. nota 116, p. 116 ss.; COCCO, *La bancarotta preferenziale*, Napoli, 1987, p. 63 ss.

<sup>(203)</sup> V., per tutti, ANTOLISEI, *Manuale*, op. cit., v. nota 116, p. 82 ss.

<sup>(204)</sup> ID., op. cit., loc. cit.

<sup>(205)</sup> ID. op. cit., loc. cit.

<sup>(206)</sup> Sull'elemento soggettivo della bancarotta preferenziale, si rimanda, anche per le ulteriori indicazioni bibliografiche, a PEDRAZZI, *Commento all'art. 216*, op. cit., v. nota 116, p. 123 ss.

quest'ultima; oppure che la controllante simuli assieme alla controllata l'esistenza di un titolo di prelazione in modo da risultare maggiormente garantita in caso di fallimento della seconda.

Anche queste ipotesi, a ben vedere, costituiscono un'estrinsecazione di quel conflitto, tipico, fra interessi della società madre ed interessi di cui è portatrice la controllata.

Infatti il pagamento preferenziale o la simulazione del titolo di prelazione rappresentano un modo illecito di allocare il rischio d'impresa; ma, a differenza delle ipotesi di bancarotta patrimoniale, la configurabilità del reato è vincolata alla sussistenza di uno stato di insolvenza quantomeno *incombente* <sup>(207)</sup>.

Pertanto questa tipologia di illecita allocazione del rischio d'impresa riveste un minor interesse per l'analisi dei rapporti patologici di gruppo perché non può esistere in modo generalizzato durante la normale vita del gruppo societario, ma solo nel caso in cui la crisi di una delle società membre suggerisca l'opportunità di chiedere immediatamente il pagamento dei crediti pendenti oppure di assicurarsi un maggior ritorno economico in caso di suo fallimento.

#### 4. La bancarotta semplice.

Il numero di condotte di bancarotta semplice che possono rappresentare uno strumento di attuazione di comportamenti patologici del gruppo societario, è minore rispetto a quanto si è visto in tema di bancarotta fraudolenta.

Principiando dalle condotte di bancarotta semplice patrimoniale, non sembra che le ipotesi di cui all'art. 217 comma 1 numeri 4 e 5 l.f.

---

<sup>(207)</sup> Si attinge alla terminologia di PEDRAZZI (v. *Commento all'art. 216*, op. cit., v. nota 116, p. 118; nel medesimo senso v. ANTOLISEI, *Manuale*, op. cit., v. nota 116, p. 81). Tuttavia è molto diffuso un orientamento ancora più restrittivo che ritiene configurabile il reato solo in caso di insolvenza della società; in quest'ultimo senso v. GIULIANI-BALESTRINO, *La bancarotta*, op. cit., v. nota 114, p. 452; COCCO, *La bancarotta*, op. cit., v. nota 202, p. 157 ss.; NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, op. cit., v. nota 117, p. 241.

-estese all'impresa collettiva dall'art. 224 l.f. <sup>(208)</sup>- possano rivestire specifico interesse nell'ottica del gruppo societario.

Quanto detto risulta di palmare evidenza per il caso di inadempimento di obbligazioni nascenti da un precedente concordato, mentre, relativamente all'inerzia del soggetto qualificato che aggrava il dissesto astenendosi dal richiedere il proprio fallimento, è la natura esclusivamente colposa <sup>(209)</sup> del delitto ad escludere che la condotta possa essere espressione di un'illecita politica di gruppo.

Allo stesso modo e per le stesse ragioni, non riveste interesse, ai limitati fini del presente lavoro, la bancarotta semplice societaria prevista dall'art. 224 comma 2 n.2.

Ed alle medesime conclusioni si deve pervenire per quanto riguarda la bancarotta semplice documentale: sembra difficile ritenere che l'ipotesi in parola possa costituire uno strumento di trasferimento di cespiti attivi da una società del gruppo all'altra, in violazione dei diritti dei creditori.

Pertanto queste ipotesi non verranno ricomprese in questa breve ricognizione del delitto di bancarotta semplice.

L'analisi delle condotte rilevanti, quindi, deve prendere le mosse dall'art. 217 comma 1 n. 2 l.f.; questa norma stabilisce che è punito l'imprenditore che ha consumato una notevole parte del suo patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti.

Il primo problema che si pone, dovendo analizzare detta ipotesi di bancarotta nell'ottica dell'impresa collettiva ex art. 224 comma 1 n.1 l.f., è costituito dal fatto che l'art. 217 l.f. parla di consumazione del patrimonio dell'imprenditore, mentre l'analoga condotta dell'amministratore dovrebbe avere come oggetto materiale il patrimonio della società.

---

<sup>(208)</sup> Va precisato che l'opinione comune esclude che il richiamo operato dall'art. 224 l.f. possa riguardare anche l'ipotesi di spese personali o familiari eccessive di cui all'art. 217 comma 1 n. 1 l.f. perché, al contrario del patrimonio sociale, il patrimonio personale dei soggetti qualificati non è vincolato alla funzione di garanzia. In tema v., per tutti, ANTOLISEI, *Manuale*, op. cit., v. nota 116, p. 122 ss.

<sup>(209)</sup> In questo senso, v. PEDRAZZI, *Commento all'art. 217*, op. cit., v. nota 116, p. 149 ss.; SELLAROLI, *Considerazioni sull'elemento psicologico del delitto di bancarotta semplice*, in *Giust. pen.*, 1961, II, p. 781 ss.; PAGLIARO, *Il delitto*, op. cit., v. nota 134, p. 94 ss.; NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, op. cit., v. nota 117, p. 94 ss.

A tale proposito, tuttavia, è assolutamente pacifico che, la conversione della condotta di reato riferita all'impresa individuale nell'omologa condotta perpetrata in ambito societario, faccia sì che il patrimonio che ne costituisce oggetto materiale divenga quello dell'impresa societaria <sup>(210)</sup>.

Per operazioni di pura sorte devono intendersi quelle operazioni, se rientranti nell'oggetto sociale <sup>(211)</sup>, il cui esito non è controllabile, ma nemmeno prevedibile, dall'agente <sup>(212)</sup>; la manifesta imprudenza, invece, è caratterizzata dall'assunzione di un livello di rischio esorbitante il normale rischio imprenditoriale, e cioè dalla sproporzione fra probabilità ed entità dell'utile, da un lato, e probabilità del danno, dall'altro <sup>(213)</sup>.

Affinché si configuri il fatto tipico è necessario che dalle operazioni come sopra descritte derivi causalmente l'evento di consumazione di una notevole parte del patrimonio.

Per quanto riguarda l'elemento soggettivo, il delitto in esame è integrabile sia a titolo di colpa che di dolo eventuale <sup>(214)</sup>.

---

<sup>(210)</sup> In questo senso, v. Cass. pen., sez. V, 5/2/1997, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1997, p. 1375 ss.; Cass. pen., sez. V, 5/12/1996, in *Cass. pen.*, 1998, p. 1781 ss.

<sup>(211)</sup> Contrariamente per quanto avviene nella richiamata ipotesi dell'art. 217 comma 1 n.2 l.f. (v. PEDRAZZI, *Commento all'art. 217*, op. cit., v. nota 116, p. 155 ss.; SANTORIELLO, *I reati*, op. cit., v. nota 115, p. 229 ss.), le operazioni manifestamente imprudenti o di pura sorte *non rientranti nell'oggetto sociale* sono da considerarsi atti distrattivi. In tema v. PEDRAZZI, *Commento all'art. 224*, op. cit., v. nota 116, p. 329.

<sup>(212)</sup> In questi termini si esprimono dottrina e giurisprudenza dominante, v., *ex multis*, PEDRAZZI, *Commento all'art. 217*, op. cit., v. nota 116, p. 157 ss.; GIULIANI-BALESTRINO, *La bancarotta*, op. cit., v. nota 114, p. 345; SANTORIELLO, *I reati*, op. cit., v. nota 115, p. 229 ss.

<sup>(213)</sup> Si rimanda agli Autori citati alla nota precedente.

<sup>(214)</sup> In completa adesione alla teoria elaborata da Pedrazzi che ritiene imputabili a titolo di colpa e di dolo eventuale le condotte di cui ai primi tre numeri del comma primo dell'art. 217 l.f. sulla base di considerazioni circa la sovrapposibilità di dette condotte con quelle disciplinate dall'art. 216 comma 1 l.f. e circa la necessaria continuità delle ipotesi di bancarotta fraudolenta e di bancarotta semplice. V. PEDRAZZI, *Commento all'art. 217*, op. cit., v. nota 116, p. 157 ss. Nel senso che l'ipotesi di bancarotta in esame sia punibile a titolo di colpa v. anche PUNZO, *Il delitto*, op. cit., v. nota 117, p. 209 ss.; CONTI, *Diritto penale*, op. cit., v. nota 157, p. 264 ss.

La bancarotta semplice per operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti ha una precisa rilevanza nell'ambito dei gruppi societari.

Infatti, in questa categoria di illeciti penali, possono essere ricomprese le operazioni derivanti da una politica di gruppo che impone ad alcune società controllate la partecipazione ad operazioni il cui risultato economico dipende da fattori completamente esterni alla sfera di influenza degli organi di amministrazione della singola società, e da loro nemmeno prevedibile <sup>(215)</sup>.

Allo stesso modo, si pensi alle operazioni in cui è coinvolto tutto il gruppo, che possono comportare l'assunzione di un rischio esorbitante per la singola società partecipante al gruppo <sup>(216)</sup>.

La seconda ipotesi di bancarotta semplice rilevante è quella prevista dall'art. 217 comma 1 n. 3, che punisce la commissione di operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento.

Questa fattispecie presuppone uno stato di crisi irreversibile, a causa del quale le operazioni poste in essere dagli amministratori della società potranno, al massimo, ritardare la dichiarazione di fallimento, con un ulteriore danno per i creditori.

Le operazioni di grave imprudenza, finalizzate a procrastinare il più possibile il momento in cui verrà accertato giudizialmente lo stato di insolvenza, sono difficilmente distinguibili da quelle manifestamente imprudenti di cui si è detto sopra.

Secondo una parte della dottrina <sup>(217)</sup>, non sarebbe possibile affatto distinguere fra manifesta imprudenza e grave imprudenza, con la conseguenza che l'unico elemento di differenziazione fra la bancarotta di cui al numero 2 del comma 1 dell'art. 216 e quella del numero successivo sarebbe l'obbiettivo di ottenere un utile dall'operazione imprudente, presente nella prima ipotesi, ma sostituito dalla volontà di ritardare il fallimento nella seconda.

---

<sup>(215)</sup> In questo senso, v. 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. 1052 ss.

<sup>(216)</sup> ID., op. cit., loc. cit.

<sup>(217)</sup> In questo senso v., in particolare, SANTORIELLO, *I reati*, op. cit., v. nota 115, p. 232 ss.; nonché CONTI, *Diritto penale*, op. cit., v. nota 157, p. 254 ss.; GIULIANI-BALESTRINO, *La bancarotta*, op. cit., v. nota 114, p. 346 ss.



Altri autori <sup>(218)</sup>, in aderenza al tenore letterale della legge, hanno differenziato le due fattispecie sotto il profilo oggettivo, predicando che l'imprudenza, per essere manifesta, deve essere percepibile dall'osservatore esterno <sup>(219)</sup>, mentre ciò non è necessario per l'imprudenza grave.

Come già accennato, la norma in esame richiede che le operazioni di grave imprudenza siano finalizzate a ritardare il fallimento; si delinea, quindi, un elemento soggettivo di matrice colposa -operazioni di *grave imprudenza*-, ma, data la natura dei rischi assunti in una situazione di per sé critica, il soggetto attivo non sarà immune da una rappresentazione dell'evento dannoso e agirà in stato di colpa cosciente o di dolo eventuale; tuttavia, se il soggetto agisse al fine di recare un danno ai creditori, si avrebbe un'ipotesi di bancarotta fraudolenta <sup>(220)</sup>.

Nell'esemplificazione delle possibili condotte rilevanti, si suole far riferimento all'analoga disposizione del codice di commercio del 1882 - art. 856 n. 3- che elencava come condotte tipiche gli acquisti finalizzati alla rivendita della merce al di sotto del prezzo corrente e il ricorso a prestiti od altri mezzi rovinosi per procurarsi credito.

Nell'ottica dei rapporti infragruppo assumono notevole importanza le operazioni di ricorso rovinoso al credito, specialmente quando lo stesso è fornito da un'altra società del gruppo.

In questo caso, tuttavia, la fase patologica del gruppo non agisce come strumento per depauperare direttamente i creditori della controllata attraverso operazioni finalizzate al trasferimento altrove dei

---

<sup>(218)</sup> V. PEDRAZZI, *Commento all'art. 217*, op. cit., v. nota 116, p. 157 ss.; ANTONIONI, *La bancarotta semplice*, Napoli, 1962, p. 153 ss.; PAGLIARO, *Il delitto*, op. cit., v. nota 134, p. 125 ss;

<sup>(219)</sup> In questo senso v. PEDRAZZI, op. ult. cit.

<sup>(220)</sup> V. PEDRAZZI, *Commento all'art. 217*, op. cit., v. nota 116, p. 164. La questione dell'elemento soggettivo in questa ipotesi di reato è estremamente dibattuta: in senso conforme al testo v. anche NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, op. cit., v. nota 117, p. 79 ss.; BRICOLA, *Dolus in re ipsa: osservazioni in tema di oggetto ed accertamento del dolo*, Milano, 1960, p. 170 ss.; MEZZASALMA, *L'elemento psicologico nel delitto di bancarotta semplice*, Milano, 1970, p. 91 ss. Propendono, invece, per la configurazione di un reato doloso: PAGLIARO, *Il delitto*, op. cit., v. nota 134, p. 94 ss.; ANTONIONI, *La bancarotta*, op. cit., v. nota 218, p. 161ss.; COCCO, *I rapporti tra banca ed impresa in crisi: problemi di responsabilità penale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1989, p. 554 ss.; CONTI, *Diritto penale*, op. cit., v. nota 157, p. 276 ss.

cespiti attivi del patrimonio sociale, o che pervengono direttamente a questo risultato (come nel caso appena illustrato della partecipazione ad operazioni che per la controllata possono definirsi manifestamente imprudenti o di pura sorte).

Nell'ipotesi in esame, la diminuzione della garanzia patrimoniale della controllata si realizza a causa della concessione di credito - rovinoso- operata su indicazione della controllante, o direttamente dalla stessa <sup>(221)</sup>.

---

<sup>(221)</sup> In tema, anche per la distinzione fra mezzi di credito buoni e rovinosi, nonché per quella fra mezzi intrinsecamente rovinosi e relativamente rovinosi, v. COCCO, *I confini*, op. cit., v. nota 215, p. 1059 ss.

## SEZIONE SECONDA

### L'ESTENSIONE PLURISOGGETTIVA (O METACOLLETTIVA) DEL DIRITTO PENALE DELLA CRISI DEL GRUPPO SOCIETARIO

#### *1. Premessa: le operazioni infragruppo.*

Nel perseguimento degli scopi tipici dell'impresa di gruppo, che sono la differenziazione del rischio d'impresa e la limitazione della responsabilità patrimoniale dell'imprenditore <sup>(222)</sup>, è pur necessario che l'attività di direzione e coordinamento si estrinsechi attraverso la movimentazione di flussi finanziari fra le varie unità che compongono l'organizzazione del gruppo societario; la presente sezione è dedicata all'analisi dei riflessi penal-fallimentaristici delle operazioni infragruppo.

Si pensi all'ipotesi di un prestito, accordato dalla controllante alla controllata, per iniziare una nuova attività produttiva; oppure alla garanzia onerosa prestata dalla controllante in favore della controllata, necessaria per la stipulazione di un contratto da parte di quest'ultima; oppure alla stipulazione di un contratto di locazione fra la controllata, proprietaria di un immobile, e la controllante che in detto immobile ha la propria sede.

In tutti questi casi richiamati a fini esemplificativi vi è una fisiologica attuazione di operazioni commerciali, che comportano un flusso finanziario fra società del medesimo gruppo, il cui scopo è quello di perseguire l'interesse di tutti gli enti societari coinvolti <sup>(223)</sup>.

In altri termini, vi sono frequenti ipotesi nelle quali non si verifica quel fenomeno, precedentemente tratteggiato <sup>(224)</sup>, di conflitto fra

---

<sup>(222)</sup> V. *supra*, il Prologo.

<sup>(223)</sup> Ovviamente, nelle ipotesi menzionate, si assume che il compenso per i servizi resi da una società all'altra abbia un valore corrispondente a quello di mercato.

<sup>(224)</sup> V. *supra*, cap. I, sez. III, par. 1.

l'interesse perseguito dalla controllante e l'interesse perseguito -suo malgrado- dalla controllata.

Tuttavia, in special modo nell'ambito fallimentare, è relativamente frequente rintracciare in giurisprudenza delle decisioni che hanno per oggetto operazioni infragruppo il cui effetto è quello di operare un'illecita ripartizione del rischio d'impresa <sup>(225)</sup>.

Scorrendo la casistica giurisprudenziale, le operazioni che più frequentemente sono ritenute fatti di bancarotta sono quelle che comportano una distrazione dei beni compresi nel patrimonio della controllante.

In questo senso, sono state riconosciute condotte distrattive:

- i. il trasferimento di capitali da una società ad un'altra senza che vi sia un rapporto obbligatorio assistito da una reale contropartita e/o da idonee garanzie <sup>(226)</sup>;
- ii. la concessione di crediti o finanziamenti senza tasso di interesse o con un tasso di interesse sensibilmente inferiore a quello di mercato <sup>(227)</sup>;
- iii. la sistematica vendita di beni a prezzo di favore, inferiore al loro valore di mercato <sup>(228)</sup>;
- iv. il prelievo di somme dalla cassa di una società per effettuare un aumento di capitale di un'altra società <sup>(229)</sup>;
- v. il rilascio di fidejussioni verso una società del gruppo, quando la concessione della garanzia è uno strumento anomalo

---

<sup>(225)</sup> V., fra le più recenti, Cass. pen., sez. V, 1/7/2002 n. 29896, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2789 ss.; Cass. pen., sez. V, 26/1/2001 n. 13169, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1532; Cass. pen., sez. V, 1/2/2000 n. 1070, in *Cass. pen.*, 2001, p. 661 ss.; Cass. pen., sez. V, 29/12/1999 n. 14690, in *Dir. prat. soc.*, 2000, 4, p. 87; Cass. pen., sez. V, 14/12/1999, in *Cass. pen.*, 2001, p. 661 ss.; Cass. pen., sez. V, 6/10/1999, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2000, p. 578 ss.; Cass. pen., sez. V, 17/3/1995, in *Cass. pen.*, 1997, p. 218 ss.; Cass. pen., sez. V, 14/5/1993, in *Cass. pen.*, 1995, p. 1633 ss.; Trib. Torino, 25/10/1991, in *Giur. it.*, 1993, II, p. 561 ss.

<sup>(226)</sup> Cass. pen., sez. V, 10/7/1985, in *Cass. pen.* 1987, p. 824 ss.

<sup>(227)</sup> Cass. pen., sez. V, 10/5/1993, in *Riv. pen. ec.*, 1995, p. 65 ss.

<sup>(228)</sup> Trib. Monza, 17/6/1999, in *Giur. it.*, 2000, II, p. 994 ss.

<sup>(229)</sup> Cass. pen., sez. V, 14/5/1976, in *Cass. pen.*, 1978, p. 209 ss.

rispetto all'attività della concedente e non viene realizzato alcun corrispettivo <sup>(230)</sup>;

vi. la fusione delle aziende di due società, nel caso una delle società conferisca il capitale sociale nominale, privo di un reale valore e l'altra conferisca dei beni economicamente valutabili, causando, in tal modo, la diminuzione della garanzia patrimoniale di quest'ultima <sup>(231)</sup>.

Da un punto di vista generale, la Suprema corte ha affermato che sussiste bancarotta per distrazione quando, nei rapporti infragruppo, vi è una destinazione di risorse, senza adeguata contropartita, a vantaggio di una società ed a danno di un'altra <sup>(232)</sup>. Tuttavia non sempre è agevole individuare le ipotesi in cui manchi una seria contropartita; di tale problematica verrà dato conto nel successivo paragrafo.

Constano, però, altre tipologie di operazioni infragruppo che non attengono alla sfera della bancarotta patrimoniale per distrazione, bensì ad altre tipologie di bancarotta, alcune riconosciute dalla giurisprudenza ed altre ipotizzate dalla dottrina più attenta:

i. bancarotta fraudolenta per distruzione, in caso di storno di fondi da consociate estere che deprime il valore della partecipazione della società <sup>(233)</sup>;

ii. bancarotta fraudolenta per causazione dolosa, o tramite operazioni dolose, del fallimento, nel caso di gestione di società del gruppo in modo deliberatamente rovinoso, oppure alla captazione delle risorse di altre società del gruppo tramite atti appropriativi <sup>(234)</sup>;

iii. bancarotta semplice per operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti, che potrebbe configurarsi in caso di partecipazione rovinosa della consociata ad operazioni volute dalla capogruppo il cui risultato economico dipende da fattori

---

<sup>(230)</sup> Trib. Piacenza, 18/5/2004, in *Riv. pen.*, 2005, p. 189 ss. In tema di garanzie infragruppo come condotte distrattive v. anche Trib. Milano, 30/9/2001, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1993, p. 675 ss.

<sup>(231)</sup> Cass. pen., sez. V, 20/11/1995, in *Cass. pen.*, 1997, p. 218 ss.

<sup>(232)</sup> V., da ultima, Cass. pen., sez. V, 5/6/2003, in *Foro it.*, 2004, II, p. 528 ss.

<sup>(233)</sup> Cass. pen., sez. V, 27/4/1983, in *Giust. pen.*, 1984, III, p. 331 ss.

<sup>(234)</sup> V. SANDRELLI, *Bancarotta fraudolenta*, op. cit., v. nota 201, p. 57 ss.

completamente esterni alla sfera di influenza degli organi di amministrazione della società controllata, e da loro nemmeno prevedibile <sup>(235)</sup>;

iv. bancarotta semplice per operazioni gravemente imprudenti finalizzate a ritardare il fallimento, che potrebbe sussistere in caso di rovinosa concessione di credito dalla controllante alla controllata <sup>(236)</sup>.

Le ipotesi di operazioni infragruppo che possono essere sussunte in fatti tipici di bancarotta differenti da quello di bancarotta per distrazione verranno analizzate nel secondo paragrafo della presente sezione.

Nel terzo paragrafo, infine, saranno affrontate le tematiche del concorso nei fatti di bancarotta degli amministratori della *holding*.

## 2. Le operazioni infragruppo come condotte distrattive.

Si è appena accennato al fatto che la giurisprudenza ritiene che si configuri un fatto distrattivo nel momento in cui, nell'ambito di rapporti infragruppo, vi sia un trasferimento di risorse da una società ad un'altra, senza un'adeguata contropartita.

A ben vedere, questa opinione si basa sulla corretta ricostruzione della condotta di distrazione, indipendentemente dalla situazione di rapporto del gruppo.

Come si è già avuto modo di osservare <sup>(237)</sup>, la distrazione si caratterizza per provocare una diminuzione del valore della garanzia offerta dal patrimonio del debitore causata dalla destinazione di un bene ad una finalità diversa rispetto alla medesima funzione di garanzia.

Pertanto, se l'operazione economica ha come risultato l'estromissione di un bene dal patrimonio della società, dal quale deriva l'ottenimento di un beneficio economico che ripristina il valore

---

<sup>(235)</sup> L'ipotesi è stata formulata da COCCO, *I confini*, op. cit., v. nota 215, p. 1052 ss.

<sup>(236)</sup> V., ancora, COCCO, *I confini*, op. cit., v. nota 215, p. 1059 ss.

<sup>(237)</sup> V., *supra*, Cap. II, sez. I, par. 1.

della garanzia patrimoniale, non si configura un'ipotesi di distrazione<sup>(238)</sup>. Più precisamente, viene annullata la carica lesiva della condotta distrattiva<sup>(239)</sup>.

Questa riflessione deve essere ambientata nel contesto del gruppo societario.

Come si è sostenuto, il gruppo societario (ma in questo caso sarebbe più corretto parlare di impresa di gruppo) è uno strumento economico e giuridico attraverso il quale si attua la politica economica di un soggetto imprenditoriale, la c.d. *politica di gruppo*.

La politica di gruppo informa tutto il gruppo societario che viene organizzato ed indirizzato verso un preciso scopo comune, che è la massimizzazione del profitto complessivo.

In generale, la politica di gruppo può avere un duplice ruolo nella valutazione penalistica delle condotte illecite infragruppo: un limite interno oppure un limite esterno alla sussistenza del reato<sup>(240)</sup>.

Si ha un limite interno quando per effetto della politica di gruppo non si configura un fatto conforme al tipo; al contrario, si ha un limite esterno quando, pur essendo integrato il tipo, il reato non è perfetto perché la politica di gruppo determina la mancanza di uno degli altri elementi che concorrono a configurarlo<sup>(241)</sup>.

La politica di gruppo si pone, quindi, come limite esterno alla configurazione del reato, se sussiste il consenso della società che ne è soggetto passivo.

L'applicazione dell'art. 50 c.p., tuttavia, deve essere molto rigorosa<sup>(242)</sup>: la scriminante richiede che tutto il capitale sociale della

---

<sup>(238)</sup> In questo senso, v. PEDRAZZI, *Commento all'art. 216*, op. cit., v. nota 114, p. 56; COCCO, *Commento all'art. 216 l.f.*, op. cit., v. nota 116, p. 893; BRICCHETTI-TARGETTI, *Bancarotta*, op. cit., v. nota 116, p. 54 ss.

<sup>(239)</sup> In questo senso, sostanzialmente, PEDRAZZI, op. ult. cit., p. 55 ss.

<sup>(240)</sup> Questa dicotomia è stata formalizzata da PEDRAZZI, per la prima volta in *Gruppo d'impresa e responsabilità penale*, in AA. VV., *Disciplina giuridica del gruppo d'impresa*, Milano, 1982, p. 157, *passim*. In argomento cfr. BRICOLA, *Lo statuto dell'impresa: profili penali e costituzionali*, in *Imprenditore e legge penale*, Ancona, 1985, p. 98 ss.

<sup>(241)</sup> Cioè, secondo il migliore insegnamento, antigiuridicità, colpevolezza e punibilità. V. MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, op. cit., v. nota 145, p. 141 ss.

<sup>(242)</sup> Nel senso del testo v. PEDRAZZI, op. ult. cit., nonché PEDRAZZI, *Dal diritto penale delle società al diritto penale dei gruppi: un difficile percorso*, in *I gruppi di società*, a cura di BALZARINI-CARCANO-G. MUCCIARELLI, vol. III, Milano, 1996, p. 1775, *passim*.

controllata sia concorde nel subire la violazione del proprio diritto. Ne consegue che, salva l'ipotesi di controllo totalitario, la controllante dovrà raggiungere un accordo in tal senso con tutti i soci della controllata. In aggiunta, il consenso dell'avente diritto può essere prestato solo per diritti di cui egli è effettivamente titolare, perciò, in caso di bancarotta, la causa di giustificazione può operare solo con il consenso di tutti i creditori che fanno affidamento sulla garanzia offerta dal patrimonio del debitore.

Più attinente alle tematiche concorsuali è, quindi, il profilo riguardante il limite interno alla configurabilità del reato nei rapporti infragruppo.

La politica di gruppo si traduce, concretamente, in alcune direttive impartite alle società controllate nel perseguimento di un obiettivo complessivo ma per nulla comune.

Infatti, le singole società possono presentare, una volta completata l'operazione, un saldo passivo; quello che rileva -e che determina la buona riuscita dell'operazione infragruppo- è che il saldo complessivo sia attivo.

Ovviamente se una delle società non trae beneficio dal rapporto di gruppo, ma solo costi, presenterà una situazione patrimoniale peggiore rispetto a quella esistente prima del compimento della transazione infragruppo.

Se quella società viene costantemente penalizzata nell'effettuazione di operazioni di gruppo, si arriverà ad un momento in cui la stessa non sarà più in grado di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni, subendo una dichiarazione di fallimento.

In questa ipotesi il danno derivante dall'insolvenza viene sopportato dai creditori della singola società 'sacrificata' agli interessi di gruppo.

Ma non è affatto scontato che la politica di gruppo abbia sempre questo risultato.

Riprendendo l'esempio appena proposto, è plausibile che la società controllata, che presenta un saldo passivo per la singola operazione, ottenga, anche indipendentemente dalla stessa, delle utilità connesse all'appartenenza al gruppo <sup>(243)</sup>. Il sacrificio imposto alla controllata

---

<sup>(243)</sup> Le esemplificazioni possono essere molteplici: dal trasferimento di *know how*, licenza e brevetti ad un valore inferiore a quello di mercato, alla concessione di garanzie a titolo gratuito; dalla centralizzazione -dei costi- dei



convive con un'utilità che non sarebbe presente nel caso non vi fosse un rapporto di gruppo.

Si intravede la valenza penalistica del limite interno: dal punto di vista della singola società ricevere un beneficio che non trova giustificazione se non dal rapporto di gruppo, elide l'effetto distrattivo della singola operazione sui beni che costituiscono la garanzia patrimoniale.

Questa conclusione risponde a fondate esigenze di carattere generale.

Infatti, se è indubitabile che in campo fallimentare -ma non esclusivamente- non si possa legittimare un comportamento depauperatorio in danno alla singola società in nome dell'appartenenza al gruppo societario, è altrettanto vero che l'esistenza di un gruppo non può risultare ininfluenza nella valutazione della liceità penale delle operazioni delle società che del gruppo fanno parte <sup>(244)</sup> o, peggio, presunzione di illiceità nel trattamento dei creditori della singola società.

Ci si è avvicinati, significativamente, alla tematica dei c.d. vantaggi compensativi di cui agli artt. 2634 comma 3 c.c. e 2497 c.c. che, come è noto, prevedono la possibilità di ritenere compensato un danno inflitto alla controllata con i vantaggi che alla stessa derivano dall'appartenenza al gruppo <sup>(245)</sup>.

Tuttavia, senza anticipare quello che verrà detto in seguito <sup>(246)</sup> si può sin d'ora osservare che i limiti interni alla configurazione del fatto tipico non coincidono perfettamente con i vantaggi compensativi, perché nel caso dell'art. 2634 c.c. i vantaggi possono essere anche solo fondatamente prevedibili e cioè accertabili mediante un giudizio di prognosi postuma fondato sulla loro prevedibilità *ex ante* sulla base delle circostanze conosciute o conoscibili dall'agente al momento del fatto <sup>(247)</sup>, mentre i benefici che annullano l'offesa -configurando un

---

servizi amministrativi, finanziari o di consulenza in capo alla controllante alla sistematica copertura delle perdite.

<sup>(244)</sup> Nel senso del testo v. SANTORIELLO, *I reati*, op. cit., v. nota 115, p. 190 ss.; NAPOLEONI, *Geometrie parallele*, op. cit., v. nota 14, p. 3809.

<sup>(245)</sup> Sul diverso atteggiarsi della clausola dei vantaggi compensativi in sede penale ed in sede civile v., *infra*, cap. III, sez. I, par. 2.

<sup>(246)</sup> V., *infra*, cap. III, sez. II, par. 3.

<sup>(247)</sup> In questo senso, v. MACCARI, *Infedeltà patrimoniale*, in *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, a cura di GIUNTA,

limite interno- devono verificarsi concretamente e la loro sussistenza deve necessariamente essere valutata *ex post* con riferimento al momento in cui l'operazione lesiva veniva posta in essere. Inoltre, la configurabilità di questo limite interno dipende esclusivamente ed originariamente dall'art. 223 comma 1 l.f.: «*con riguardo alle operazioni infragruppo, è la norma incriminatrice in esame (...) e non la settoriale disciplina giuridica dei gruppi a pretendere una valutazione dell'operazione singola inserita nel contesto di gruppo (...). Nel momento in cui, infatti, viene dichiarato il fallimento di una società appartenente ad un gruppo (...) occorre avere riguardo alla circostanza che l'inserimento in un gruppo può comportare non solo conseguenze malefiche ma anche conseguenze benefiche, dato su cui finalmente pone l'accento il nuovo testo dell'art. 2634 c.c., ma che doveva prendersi in considerazione anche in precedenza ai sensi delle fattispecie incriminatrici della bancarotta*»<sup>(248)</sup>.

Le considerazioni che precedono contribuiscono ad inquadrare correttamente il problema cui si cercherà di dare una soluzione nel presente paragrafo: in quali circostanze sussiste una seria contropartita che annulli la carica lesiva dell'atto distrattivo o, più in generale, quali requisiti devono possedere le operazioni infragruppo diminutive della garanzia patrimoniale di una società controllata per non ricadere nel campo di applicazione della bancarotta fraudolenta societaria per distrazione.

Sono state proposte, principalmente, due teorie per fornire un criterio in base al quale valutare la liceità dell'operazione infragruppo.

La principale è la teoria del *costo*, elaborata da Pedrazzi<sup>(249)</sup>.

L'opinione dell'illustre Autore si basa sulla considerazione che se i sacrifici imposti dalla controllata sono annullati da una contropartita allora si è in presenza di costi -concettualmente opposti alla

---

Torino, 2002, p. 165 ss.; ACQUAROLI, *Alcune osservazioni sul reato di infedeltà patrimoniale alla luce del nuovo diritto societario*, in *La riforma dei reati societari*, a cura di PIERGALLINI, Milano, 2004, p. 192 ss.; AMATI, *Infedeltà patrimoniale*, op. cit., v. nota 6, p. 423. Cfr. Cass. pen., sez. V, 7/10/2003, in *Cass. pen.*, 2004, p. 457 ss.

<sup>(248)</sup> COCCO, *I confini*, op. cit., v. nota 215, p. 1033; nel medesimo senso v. NAPOLEONI, *Geometrie parallele*, op. cit., v. nota 14, p. 3809.

<sup>(249)</sup> Esposta in *Commento all'art. 223*, op. cit., v. nota 114, p. 299 ss.; v. anche, PEDRAZZI, *Dal diritto penale delle società*, op. cit., v. nota 242, p. 1784 ss.

distrazione- che rispettano un canone di razionalità economica proprio nella prospettiva della controllata <sup>(250)</sup>.

Questa teoria ha sicuramente il merito di mettere in evidenza l'incompatibilità logica e strutturale fra il fatto tipico di distrazione e l'operazione infragruppo che, incardinandosi in una più ampia politica di gruppo, rappresenta il prezzo che la società controllata paga per fruire di determinati vantaggi di natura *latu sensu* patrimoniale.

Il punto di partenza dell'Autore è costituito dall'affermazione della scienza civilistica circa il ruolo dei vantaggi compensativi <sup>(251)</sup>; ciò non significa, tuttavia, che la teoria dei vantaggi compensativi -allora di recente conio- venga utilizzata come scriminante esterna alla fattispecie di bancarotta.

L'Autore, al contrario, sfrutta questa teoria per sottolineare come in un contesto di gruppo vi siano rapporti *istituzionali* di *scambio* fra le varie società e ribadisce che in siffatto contesto deve essere valutata la tipicità della fattispecie in esame, distinguendo nettamente le distrazioni dagli atti di disposizione patrimoniale di carattere sinallagmatico, anche se indiretto <sup>(252)</sup>.

Per quanto riguarda i benefici derivanti dal gruppo, che devono annullare i costi imposti dalla politica di gruppo, la teoria in esame prevede che i primi non debbano essere necessariamente diretti e monetizzabili <sup>(253)</sup>.

---

<sup>(250)</sup> PEDRAZZI, *Commento all'art. 223*, op. cit., v. nota 114, p. 300.

<sup>(251)</sup> Cfr., PAVONE LA ROSA, *Responsabilità da controllo nei gruppi di società*, in *Riv. soc.*, 1984, p. 413, *passim*; MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, in *Contr. impr.*, 1986, p. 737, *passim*; GALGANO, *Il punto sulla giurisprudenza in materia di gruppi di società*, in *Contr. impr.*, 1991, p. 904, *passim*; BONELLI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società*, in *Giur. comm.*, 1992, p. 219, *passim*.

<sup>(252)</sup> Sull'impossibilità di configurare una distrazione quando ad un atto di gestione patrimoniale corrisponde un'utilità, anche se indiretta, v., oltre che PEDRAZZI, *Commento all'art. 216*, op. cit., v. nota 114, p. 57, COCCO, *Commento all'art. 216 l.f.*, op. cit., v. nota 116, p. 893 ss.; in senso conforme CONTI, *Diritto penale*, op. cit., v. nota 157, p. 156 ss.

<sup>(253)</sup> PEDRAZZI, *Commento all'art. 223*, op. cit., v. nota 114, p. 299. Opinione confermata in un successivo scritto (*Dal diritto penale delle società*, op. cit., v. nota 242, p. 1785) nel quale, accanto alla «*adeguata contropartita in utilità patrimonialmente tangibili assicurate dall'appartenenza al gruppo*» si prevede che il danno alla singola società possa essere «*bilanciato da apposite compensazioni*». In tal modo si chiarisce che la contropartita derivante dall'appartenenza al gruppo è cosa diversa dalla compensazione che ha carattere diretto e necessariamente monetario. Da rimarcare che l'A.

Ad esempio, può essere imposto alla controllata di vendere alla controllante dei prodotti ad un prezzo inferiore rispetto a quello di mercato dietro cessione, a titolo gratuito, del *know how* per la produzione. In questo caso si avrebbe un vantaggio diretto, ma difficilmente monetizzabile.

Oppure si potrebbe ipotizzare che i medesimi beni ceduti ad un prezzo vile siano veicolati nel canale pubblicitario assieme ad un bene di ampio consumo della controllante. In questo caso si avrebbe un vantaggio monetizzabile (il maggior fatturato derivante dalle maggiori vendite) ma non diretto, perché non è la controllata che fornisce un'utilità in cambio del sacrificio della controllante.

Dal punto di vista della struttura del giudizio sulla sussistenza del costo, si dovrà operare un giudizio *ex post* riferito al momento nel quale l'operazione infragruppo veniva posta in essere.

Ne consegue che, nel caso in cui gli amministratori della controllata abbiano dato esecuzione all'operazione dannosa per la società e sia possibile verificare che la stessa rappresentava -in base alla dinamica dei rapporti infragruppo sussistenti in quel momento- un costo da sostenere per poter partecipare alla fruizione di utilità economiche accordate in base allo svolgimento della politica di gruppo, si configura un limite interno alla sussistenza della bancarotta fraudolenta per distrazione.

Di conseguenza, non può configurarsi reato di bancarotta per difetto di un elemento essenziale del tipo qual è la condotta distrattiva.

Una seconda teoria <sup>(254)</sup>, complementare a quella appena esposta, prende in considerazione l'altro lato dell'operazione infragruppo, cioè la prospettiva della società che riceve un beneficio dalla politica di gruppo.

Secondo la teoria in esame non si avrebbe un'ipotesi di bancarotta per distrazione nel caso in cui, all'operazione infragruppo che favorisce una società, segua un *corrispettivo* adeguato per la società sacrificata.

La riflessione in argomento nasce da un paragone con la giurisprudenza civilistica che, soprattutto in campo fallimentare,

---

introduce, accanto al costo, un nuovo criterio di indennizzo diretto che, verosimilmente, si orienta maggiormente verso la ricerca di profili di inoffensività della condotta della controllata.

<sup>(254)</sup> V. SANDRELLI, *Bancarotta fraudolenta*, op. cit., v. nota 201, p. 50, *passim*.

accanto a visioni rigorose circa la separazione delle singole società del gruppo <sup>(255)</sup>, ha ammesso, in più occasioni <sup>(256)</sup>, una «*lettura pragmatica e legittimatrice delle logiche di gruppo*» <sup>(257)</sup>.

In dette pronunce si è affermato il principio che, in un contesto di gruppo, l'indagine del giudice debba essere estesa alla logica complessiva del gruppo e debba verificare se, nelle dinamiche infragruppo, sia previsto un corrispettivo per la società che, a prima vista, risulta danneggiata <sup>(258)</sup>.

Inoltre, la giurisprudenza civilistica, in materia di revocatoria degli atti a titolo gratuito, suggerisce che nei rapporti di gruppo il corrispettivo per le operazioni infragruppo non consiste necessariamente in un incremento patrimoniale immediato, ma deve essere valutato nell'interesse economico complessivo della singola società che pone in essere l'atto <sup>(259)</sup>. Di conseguenza, l'ipotesi di un atto di disposizione infragruppo a titolo gratuito (*i.e.* senza corrispettivo) si configura in rare occasioni, cioè solamente in caso di atti effettuati per puro spirito di liberalità <sup>(260)</sup>.

Da qui si possono trarre utili indicazioni, valide anche in campo penalistico, perché ciò che non risulta pregiudizievole o dannoso in ambito commerciale e fallimentare difficilmente può essere ritenuto rilevante ai fini della bancarotta fraudolenta patrimoniale <sup>(261)</sup>.

Bisogna, tuttavia, effettuare la valutazione sulla sussistenza del corrispettivo in base a stringenti parametri, in modo da non creare

---

<sup>(255)</sup> V., *ex multis*, Cass. civ., 13/6/1986, n. 3945, in *Jurisdata*; Cass. civ., 8/2/1989, n. 795, in *Dir. fall.*, 1989, p. 575 ss.; Cass. Civ., 25/9/1990, n. 9704, in *Giur. comm.*, 1992, p. 199 ss.; Cass. Civ., 8/5/1991, n. 5123, in *Giust. civ.*, 1992, p. 2509 ss.; Cass. civ. 13/2/1992, n. 1759, in *Dir. fall.*, 1992, p. 685 ss.

<sup>(256)</sup> Cass. civ., 11/3/1996, n. 2001, in *Giur. comm.*, 1997, p. 129 ss.; Cass. civ., 22/5/1998, n. 8472, in *Giur. it.*, 1992, p. 322 ss.; Cass. civ., 28/5/1998, n. 5264, in *Giur. comm.*, 1998, p. 673 ss.

<sup>(257)</sup> L'espressione è di SANDRELLI, v. *Bancarotta fraudolenta*, op. cit., v. nota 201, p. 56, nota 41.

<sup>(258)</sup> Così, sostanzialmente, SANDRELLI, *Bancarotta fraudolenta*, op. cit., v. nota 201, p. 55 ss.

<sup>(259)</sup> V. Cass. civ., 28/9/1991, n. 1061, in *Fall.*, 1992, p. 137 ss.; Cass. civ., 29/9/1997, n. 9532, in *Dir. fall.*, 1999, p. 85 ss.

<sup>(260)</sup> In senso conforme v. le sentenze citate alla nota precedente, nonché Cass. civ., 5/12/1998, n. 12325, in *Riv. dott. commercialisti.*, 1999, p. 749 ss.

<sup>(261)</sup> SANDRELLI, *Bancarotta fraudolenta*, op. cit., v. nota 201, p. 56.

una, sostanziale, presunzione di irrilevanza penale dei comportamenti all'interno del gruppo societario.

In primo luogo, il corrispettivo deve essere indirizzato, oltre che alla società danneggiata, alla generalità indistinta delle società del gruppo; non sarebbe sicuramente configurabile come corrispettivo un beneficio indirizzato alla sola *holding* <sup>(262)</sup>.

In secondo luogo il corrispettivo deve rappresentare un'utilità apprezzabile, dal punto di vista della società danneggiata, in base al pregiudizio causato dall'operazione <sup>(263)</sup>.

Si configura, anche secondo questa teoria, un giudizio *ex post*, formulato in base alla situazione esistente al momento dell'effettuazione dell'operazione infragruppo.

Le teorie del *costo* e del *corrispettivo* appaiono speculari perché prendono in considerazione lo stesso fenomeno da due visuali opposte: rispettivamente, la singola controllata e la collettività delle società collegate.

Esse hanno come punto di partenza comune l'identificazione della politica di gruppo (attraverso la quale si esplica la gestione dell'impresa di gruppo) come strumento che può portare al sostanziale azzeramento del danno causato dalla subordinazione agli interessi del gruppo della singola società, grazie alla presenza di benefici economici che sulla stessa rifluiscono direttamente od indirettamente.

Inoltre, entrambe presuppongono un giudizio, *ex post*, sulla sussistenza di detti benefici, effettuato, con riferimento al tempo in cui le operazioni sono state poste in essere in base ad un metro di razionalità economica <sup>(264)</sup>.

---

<sup>(262)</sup> ID., op. cit., p. 56 ss.

<sup>(263)</sup> ID., op. cit., p. 57.

<sup>(264)</sup> PEDRAZZI, *Commento all'art. 223*, op. cit., v. nota 114, p. 300; cfr., altresì, COCCO, *I confini*, op. cit., v. nota 215, p. 1039, il quale, tuttavia, si esprime in termini di *ragionevolezza*. Il problema si pone per i benefici che non vengono realizzati nel momento del compimento dell'operazione. Tuttavia pare, a chi scrive, che il criterio della ragionevolezza, consentendo, nel giudizio di sussistenza, l'ingresso del canone della prevedibilità, sia fuorviante perché sposta l'attenzione dell'interprete dalla ricerca degli elementi che compongono il fatto, ad una indagine di tipo psicologico, che richiama il metro di valutazione della colpa. In base al criterio proposto, certamente non privo di un margine di elasticità, per quanto riguarda i benefici *in fieri*, sono ricompresi nel giudizio esclusivamente quelli non sussistenti al momento del compimento dell'operazione perché con scadenza non contestuale alla stessa.

In aggiunta, preme ribadire, le teorie in esame sono state formulate con esclusivo riferimento ai caratteri essenziali del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione, rispondendo ad esigenze di carattere strutturale e sistematico che, solo in un secondo momento, sono state recepite dal legislatore penale e civile nella teoria dei vantaggi compensativi <sup>(265)</sup>.

Tuttavia vi è una radicale differenza circa le categorie generali del diritto penale che vengono chiamate in causa dalle due teorie.

Rispetto alla teoria del costo, che si incentra sulla corretta ricostruzione della condotta tipica di bancarotta per distrazione, la teoria del *corrispettivo* sembra essere orientata al riconoscimento di una valenza *extra-indennitaria* della politica di gruppo, perché si concentra sull'assenza di offensività della condotta -solo apparentemente- distrattiva.

Ciò non significa, tuttavia, che la teoria del *corrispettivo* debba essere sussunta nella categoria del limite esterno <sup>(266)</sup> alla configurabilità del delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale, perché non interviene sulla concreta configurazione della condotta distrattiva in un rapporto di gruppo, ma sulla sua pericolosità nei confronti del bene protetto.

Infatti, seguendo la migliore opinione <sup>(267)</sup>, l'offesa al bene protetto è parte del fatto tipico e assurge a «**criterio selettivo** che determina

---

<sup>(265)</sup> In questo senso, oltre agli Autori citati alla nota 248, v. COCCO, *Commento all'art. 223 l.f.*, op. cit., v. nota 116, p. 1004; cfr., altresì, BUSSON, *Operazioni infragruppo e bancarotta mediante distrazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 766 ss.

<sup>(266)</sup> Cioè come causa di esclusione della sussistenza di un elemento del reato diverso dal fatto tipico.

<sup>(267)</sup> MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, p. 535 ss.; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, op. cit., v. nota 145, p. 169 ss.; in argomento cfr., altresì, FIANDACA, *Note sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, in *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di STILE, Napoli, 1991, p. 64 ss.; VASSALLI, *I principii generali del diritto nell'esperienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 732 ss.; MANTOVANI, *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 315 ss. (seppur in ottica, *de jure condendo*, di esplicitazione della necessaria offensività del tipo); PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 355 ss.; DOLCINI, *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 16 ss. e la fondamentale sentenza della Corte costituzionale n. 62 del

l'espulsione *dal tipo legale dei comportamenti inoffensivi*» <sup>(268)</sup> quando in una norma incriminatrice non ve n'è esplicita menzione.

Di conseguenza, nel caso vi sia una politica di gruppo che si concretizza in direttive a carattere depauperatorio, impartite alle singole società in ragione della presenza di sufficienti forme di irrogazione diffusa di utilità economiche a favore delle -ovvero anche delle- società apparentemente depauperate, non si può formulare un giudizio di sussistenza del reato di bancarotta per due ordini di ragioni.

Dal punto di vista della singola condotta dannosa per la società, in base alla teoria del *costo*, non si verifica un fatto di distrazione e quindi non è integrato il tipo. In aggiunta, secondo la teoria del *corrispettivo*, non è dato ravvisare nella singola condotta, astrattamente distrattiva, il perseguimento di un'offesa *contra legem* al bene tutelato dal delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale.

Ciò, tuttavia, non implica che le due teorie possano avere un'applicazione progressiva: ove non sia rintracciabile un sistema di rapporti infragruppo che si occupi di irrogare utilità economiche a fronte dei sacrifici delle collegate, non vi sarebbe possibilità di configurare né un costo, né un corrispettivo.

Dal punto di vista probatorio <sup>(269)</sup>, spetterà all'accusa dimostrare il fatto che non vi era una razionalità economica nell'operazione apparentemente distrattiva <sup>(270)</sup>; dal lato della difesa, invece, si potrà utilmente allegare e dimostrare l'esistenza di un piano imprenditoriale unitario di gruppo, all'interno del quale si colloca l'operazione incriminata, che fornisce una complessiva visione equilibrata dei rapporti economici fra le varie società membre.

---

26/3/1982. Per una diversa opinione circa la (non) necessaria offensività del fatto tipico di reato v., di recente, ZUCCALÀ, *Due questioni attuali sul bene giuridico: la pretesa dimensione «critica» del bene e la pretesa necessaria offesa ad un bene*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, p. 853 ss.

<sup>(268)</sup> MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, op. cit., v. nota 145, p. 170.

<sup>(269)</sup> In generale, sulle tematiche della prova nella bancarotta fraudolenta, v., *ex multis*, NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, op. cit., v. nota 117, p. 214 ss.; CARRERI, *I reati*, op. cit., v. nota 116, p. 118 ss.; PEDRAZZI, *Commento all'art. 216*, op. cit., v. nota 114, p. 81 ss.; PAGLIARO, *Problemi attuali del diritto penale fallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1988, p. 526 ss. Per una rassegna degli orientamenti giurisprudenziali in argomento, v. DE SIMONE, *I reati nel fallimento*, op. cit., v. nota 140, p. 51 ss.

<sup>(270)</sup> SANDRELLI, *Bancarotta fraudolenta*, op. cit., v. nota 201, p. 56.



A questo punto è possibile abbozzare una casistica per l'individuazione delle operazioni infragruppo che effettivamente costituiscono condotte distrattive.

Vengono prese in considerazione due macro-categorie di operazioni: quelle che comportano tipicamente atti di disposizione dei beni sociali mediante trasferimenti di diritti o di danaro (ad es. compravendite, contratti di locazione, finanziamenti) e le operazioni che non necessariamente si traducono in atti di disposizione dei beni sociali (garanzie o fideiussioni assunte nella consapevolezza della difficoltà per il garantito di soddisfare l'obbligazione principale), ma che difficilmente troverebbero contropartita in caso di effettiva escussione del bene.

Per quanto riguarda la prima categoria, sarà necessario valutare se la continuità dei rapporti infragruppo consenta di ritenere che quella specifica operazione dannosa per la controllata sia assorbita dalle utilità derivanti dal gruppo, indipendentemente dall'operazione in esame.

Ne deriva che, in presenza di una contropartita inadeguata rispetto alla prestazione della controllata, si avrà un fatto distrattivo se neppure gli altri vantaggi ricevuti sono in grado di giustificare economicamente tale squilibrio nelle prestazioni.

In particolare, per i finanziamenti a società del gruppo in crisi, siccome vi è un alto grado di rischio di irrecuperabilità del credito concesso, il tasso di interesse eventualmente pattuito non è, verosimilmente, di per sé sufficiente a giustificare economicamente l'operazione.

In questo caso la concessione di credito potrà essere catalogata come distrattiva se, al momento dell'erogazione, non vi sono razionali aspettative di successo e, conseguentemente, neppure alcuna prospettiva di godere di vantaggi che verranno distribuiti al gruppo e, soprattutto, alla mutuante dalla società risanata <sup>(271)</sup> oppure di

---

<sup>(271)</sup> In senso conforme, v. COCCO, *I confini*, op. cit., v. nota 215, p. 1041; cfr., seppur con esplicito riferimento alla teoria dei vantaggi compensativi, MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, p. 733 ss. Va precisato che, nell'ipotesi in esame, non si configurano altri benefici derivanti dal gruppo sufficienti ad attribuire razionalità economica all'operazione di finanziamento.

risparmiare i costi che deriveranno dal fallimento della partecipata <sup>(272)</sup>.

Per quanto riguarda la categoria delle operazioni infragruppo che non necessariamente si traducono in un atto di disposizione patrimoniale da parte della società, si devono prendere in considerazione due tipologie di garanzie infragruppo: quelle prestate dalla controllante in favore della controllata (c.d. garanzie *downstream*) e quelle prestate dalla controllata in favore della controllante (c.d. garanzie *upstream*).

La prima tipologia di garanzie, strumentali alla conservazione del valore della partecipazione della controllante nella controllata, potrebbero ricadere nella tipologia degli atti distrattivi nel caso in cui il costo sostenuto dalla controllante per proteggere il valore della propria partecipazione non sia bilanciato da benefici derivanti dal rapporto di controllo.

Ipotesi che appare piuttosto remota, atteso che, anche se la controllante non disponesse direttamente una forma di corrispettivo, lo stesso si potrebbe individuare nel mantenimento -o addirittura nell'aumento- del valore della propria partecipazione <sup>(273)</sup>.

Più complesso il discorso relativo alle garanzie prestate dalla controllata nei confronti della controllante.

In linea generale non è impegnativo ritenere sussistente una condotta distrattiva ogniqualvolta sia prestata una garanzia dalla controllata, completamente avulsa dal proprio oggetto sociale e senza che vi sia un corrispettivo a giustificare il potenziale costo per la stessa.

Ma in alcuni casi la garanzia si giustifica in base al ruolo svolto dalla garantita.

Si pensi all'ipotesi della capogruppo che accentra presso di sé la funzione finanziaria del gruppo, mantenendo i rapporti con i soggetti

---

<sup>(272)</sup> In questo senso, v. SANTORIELLO, *I reati*, op. cit., v. nota 115, p. 192. Da notare che, prima della riforma del diritto societario, se la controllante avesse detenuto la totalità del capitale della controllata in crisi, si sarebbe giustificato anche un intervento di risanamento completamente gratuito, posto che l'art. 2362 c.c., nella previgente formulazione, prevedeva la responsabilità illimitata dell'unico socio.

<sup>(273)</sup> Cfr. NAPOLEONI, *Geometrie parallele*, op. cit., v. nota 14, p. 3811 e la concorde dottrina civilistica ivi citata.

finanziatori ed assicurando al gruppo l'accesso al credito a condizioni più vantaggiose rispetto a quelle che sarebbero ottenibili dalle singole società. In questo caso all'esborso -si badi, potenziale- relativo alla garanzia prestata corrispondono, anche in assenza di un corrispettivo per la singola garanzia concessa, dei vantaggi derivanti dall'appartenenza al gruppo che possono escludere la configurabilità della distrazione <sup>(274)</sup>, se di entità sufficiente.

### *3. Le operazioni infragruppo e le altre ipotesi di bancarotta rilevanti.*

Non tutte le operazioni infragruppo a carattere dannoso per la funzione di garanzia del patrimonio sociale possono essere inquadrate nella categoria della bancarotta fraudolenta per distrazione.

In sede di rassegna delle fattispecie di bancarotta rilevanti <sup>(275)</sup>, si è evidenziato che le operazioni infragruppo possono essere prese in considerazione anche sotto il profilo della bancarotta fraudolenta per distruzione, della bancarotta fraudolenta per dolo od operazioni dolose, della bancarotta semplice per operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti, e della bancarotta semplice per operazioni di grave imprudenza finalizzate a ritardare la dichiarazione di fallimento. Si tratta, a questo punto, di valutare quali caratteristiche specifiche assumono queste ipotesi di bancarotta nel contesto di gruppo.

La fattispecie di bancarotta fraudolenta per distruzione si configura quando, nell'ambito della politica di gruppo, vi siano delle direttive finalizzate a far sì che una società operi degli atti abdicativi rispetto a proprie posizioni giuridiche attive; il che può avvenire, principalmente, in caso di rinuncia a diritti di credito posta in essere tramite la remissione del debito, la riconsegna di un titolo di credito oppure la cessione del credito a titolo gratuito.

Ma la condotta tipica può essere posta in essere anche in forma omissiva, pertanto risulterà distruttivo il comportamento di una

---

<sup>(274)</sup> In questo senso v. COCCO, *I confini*, op. cit., v. nota 215, p. 1041; NAPOLEONI, *Geometrie parallele*, op. cit., v. nota 14, p. 3811.

<sup>(275)</sup> V., *supra*, la Sez. I del presente capitolo.

società che non esercita un proprio diritto di credito nei confronti di altra società del gruppo, lasciandolo cadere in prescrizione.

Ciò che, in questa sede, interessa verificare è se anche la condotta distruttiva possa essere elisa nella sua tipicità da rapporti infragruppo che tendono ad offrire un criterio di razionalità economica per giustificare la riduzione della garanzia patrimoniale che consegue alla distruzione.

In sintesi, si tratta di stabilire se, anche in questo caso, la politica di gruppo possa legittimamente assurgere al ruolo di limite interno alla configurabilità del fatto tipico (tramite il criterio del *costo* oppure tramite il criterio del *corrispettivo*, illustrati nel precedente paragrafo).

Nel fatto tipico di distruzione è caratteristico l'annullamento del valore di un cespite patrimoniale che riduce il valore del patrimonio sociale e, conseguentemente, la funzione di garanzia dello stesso verso i creditori della società.

Questo risultato può, certamente, essere imposto dalla politica di gruppo, ma non è escludibile che esso non sia accompagnato da una serie di atti vantaggiosi effettuati dal gruppo in favore della società che ha subito la riduzione del valore del proprio patrimonio.

Il substrato giuridico in base al quale valutare gli eventuali effetti benefici della politica di gruppo è del tutto analogo a quello presente in caso di distrazione.

Infatti, entrambe le condotte pervengono al medesimo risultato di rendere indisponibile il bene per i creditori che dovrebbero potersene soddisfare: nella distrazione ciò avviene tramite la destinazione del bene ad uno scopo diverso rispetto a quello di garanzia per i creditori, nella distruzione tramite l'annientamento del valore economico del bene o della posizione giuridica attiva che avrebbe dato diritto ad incamerarlo.

Inoltre, l'effetto di annullamento della tipicità del fatto distruttivo può essere assolutamente analogo a quanto avviene in un contesto distrattivo.

L'atto distruttivo può configurarsi come un *costo* che la controllata è tenuta a sostenere per poter percepire i benefici economici derivanti dall'appartenenza al gruppo.

In questo frangente si avrebbe una condotta che non rientra nel tipo della distruzione, la quale è incompatibile con un rapporto

sostanzialmente sinallagmatico ove costituisce un presupposto per ricevere un'utilità economica in cambio <sup>(276)</sup>.

Ciò è vero, tuttavia, limitatamente alle condotte di abdicazione di diritti: nel caso in cui oggetto della distrazione fosse un bene fisico, la condotta tipica sarebbe comunque sussistente, salva la valutazione circa la sua concreta pericolosità per il bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice.

A questo proposito, è necessario valutare se nell'ipotesi in esame possa trovare applicazione anche la teoria del *corrispettivo*.

La risposta alla precedente domanda deve essere affermativa. Anche in questo caso, infatti, non vi sono ragioni strutturali che ostano al riconoscimento in astratto della possibilità che il gruppo fornisca un sistematico corrispettivo per le condotte distrattive.

Il che porta a ritenere che anche gli atti distruttivi di beni fisici possano non essere conformi al fatto tipico se svolti in presenza di una politica di gruppo che assicuri un corrispettivo per questa tipologia di operazioni.

In base a queste riflessioni, si può affermare che costituisce bancarotta fraudolenta per distruzione l'operazione infragruppo che annulla il valore economico di un bene o di un diritto, in assenza di un contesto di gruppo che garantisce la corresponsione di adeguate utilità economiche come contropartita <sup>(277)</sup>.

Similmente a quanto avviene in caso di distrazione, l'esistenza dei benefici economici che giustificano il costo o che costituiscono il corrispettivo dell'operazione distruttiva dovrà essere valutata rigorosamente, con un giudizio *ex post* di razionalità economica, formulato in riferimento al momento in cui la condotta veniva posta in essere.

La giurisprudenza, che si è pronunciata molto raramente in materia di bancarotta per distruzione <sup>(278)</sup>, ha ravvisato la sussistenza

---

<sup>(276)</sup> In senso conforme, v. ANTOLISEI, *Manuale*, op. cit., v. nota 116, p. 62; BRICCHETTI-TARGETTI, *Bancarotta*, op. cit., v. nota 116, p. 44. Non a caso, secondo un'autorevole voce dottrinale (v. nota 131), in caso di rinuncia ad un diritto si avrebbe distrazione, non distruzione, dati i notevoli profi di similitudine in quanto ad effetti delle condotte.

<sup>(277)</sup> In senso conforme v., COCCO, *I confini*, op. cit., v. nota 215, p. 1047 ss.

<sup>(278)</sup> Cfr. DE SIMONE, *I reati nel fallimento*, op. cit., v. nota 140, p. 47.

del reato in questione nel caso di una società italiana che aveva disposto lo storno di fondi dalle controllate estere, causando la distruzione del valore della propria partecipazione nelle stesse, a nulla rilevando la circostanza che le società estere avessero comunque liquidità sufficiente ad adempiere alle proprie obbligazioni <sup>(279)</sup>.

In questo caso la Suprema corte, che si trovava di fronte ad un'ipotesi decisamente peculiare, ha correttamente ritenuto sussistente la responsabilità degli amministratori della controllata, non essendovi stata alcuna politica di gruppo finalizzata al mantenimento dell'equilibrio economico complessivo del gruppo e, di conseguenza, nessuna forma di percezione di utilità economiche da parte delle società sacrificate <sup>(280)</sup>.

Per quanto attiene alla bancarotta societaria ex art. 223 comma 2 n. 2. l.f., ove è previsto che il fallimento sia determinato da operazioni dolose imposte dal gruppo, non pare che vi possa essere spazio per la negazione della responsabilità in base ai rapporti di gruppo.

Infatti nelle ipotesi in questione è ben difficile ritenere che la società sacrificata riceva un beneficio derivante dall'appartenenza al gruppo; al contrario è proprio la soggezione all'attività di direzione e coordinamento della *holding* che ne determina il fallimento.

Non sembra, quindi, che vi sia spazio per qualificare l'operazione dannosa come un costo oppure per individuare dei corrispettivi adeguati nell'ambito dei rapporti di gruppo.

Passando all'analisi delle operazioni infragruppo che possono integrare il reato di bancarotta semplice per operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti, bisogna rilevare, come già accennato <sup>(281)</sup>, che criterio per discernere le ipotesi rilevanti da quelle che non rientrano nell'ambito di applicazione della citata fattispecie di bancarotta semplice, consiste nell'individuazione di un rischio

---

<sup>(279)</sup> Cass. pen., sez. V, 27/4/1983, in *Giust. pen.*, 1984, III, p. 331 ss.

<sup>(280)</sup> Ben diversamente si sarebbe dovuta pronunciare la Cassazione, relativamente agli aspetti penal-fallimentari, in caso le controllate estere avessero percepito degli adeguati benefici economici derivanti dall'appartenenza al gruppo: non vi sarebbe stato uno svilimento del loro patrimonio e neppure una distruzione del valore della partecipazione della controllante.

<sup>(281)</sup> V., *supra*, sez. I, par. 4 di questo capitolo.

abnorme per la singola società, dovuto alla partecipazione di quest'ultima ad una più vasta operazione in cui è coinvolto il gruppo.

Le condotte che possono essere catalogate come distrattive, se finalizzate al depauperamento della controllata, sono invece inquadrabili nella categoria in esame se connotate dall'assunzione di un rischio economico esorbitante il normale rischio d'impresa <sup>(282)</sup>.

Affinché il fatto tipico sia integrato, occorre che le operazioni eccessivamente rischiose producano un evento naturalistico che la norma incriminatrice descrive come consumazione di una notevole parte del patrimonio. Per questo motivo la fattispecie in analisi è definita dalla maggioranza della dottrina un reato di danno <sup>(283)</sup>.

Ancora una volta viene in rilievo la politica d'impresa che, in questo caso, indirizza alcune società del gruppo verso la partecipazione ad un'operazione macroscopicamente rischiosa nell'ottica della singola controllata.

Rimane da valutare se il contesto di gruppo, nel quale l'operazione viene in essere, possa influire sull'affermazione della sussistenza del delitto in esame.

Nei casi di bancarotta fraudolenta per distrazione e distruzione, si è visto che il contesto di gruppo può rilevare sulla configurabilità del fatto tipico se, al momento in cui veniva effettuata l'operazione, vi era una razionalità economica nella valutazione circa la sussistenza di sufficienti contropartite provenienti dal gruppo, tali da giustificare come costo la singola condotta dannosa o sufficienti ad annullarne la carica offensiva.

Non deve sfuggire che detta valutazione è operata relativamente ad una norma che punisce la mera messa in pericolo -anche se si tratta di pericolo concreto- del bene giuridico protetto cioè la funzione di garanzia del patrimonio sociale.

Ma, nel caso in esame, si verifica necessariamente un danno ulteriore, che consiste nella consumazione di una notevole parte del

---

<sup>(282)</sup> COCCO, *I confini*, op. cit., v. nota 215, p. 1054.

<sup>(283)</sup> In questo senso, v. ANTONIONI, *La bancarotta*, op. cit., v. nota 218, p. 144 ss.; FORNASARI, in *Diritto penale commerciale, I: I reati nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali*, a cura di CARLETTI, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, diretta da BRICOLA-ZAGREBELSKY, Torino, 1990, p. 100; PEDRAZZI, *Commento all'art. 217*, op. cit., v. nota 114, p. 160.

patrimonio sociale. Si aggiunga che il delitto in questione è punito a titolo di colpa grave o di dolo eventuale <sup>(284)</sup>.

Volendo ipotizzare che, nell'eventualità di partecipazione ad operazioni di gruppo macroscopicamente rischiose, la singola società possa ricevere una contropartita derivante dall'appartenenza al gruppo, si dovrebbe verificare se, al momento del compimento dell'operazione, vi erano razionali motivi per ritenere che i benefici derivanti dall'appartenenza al gruppo avrebbero conferito all'operazione un carattere di economicità.

Pare, a chi scrive, che una siffatto giudizio sia difficilmente configurabile in relazione al criterio del *costo*.

Siccome la norma incriminatrice richiede un evento dannoso che si sostanzia nella consumazione di una notevole parte del patrimonio, anche volendo ammettere che l'operazione possa essere valutata come razionalmente economica, non si avrebbe quell'effetto di esclusione della tipicità della condotta che si è osservato per la bancarotta per distrazione e distruzione.

La condotta rimane la medesima (partecipazione ad un affare del gruppo caratterizzato da un inaccettabile livello di rischio) anche se, in ipotesi, vi possa essere un giudizio razionale sulla sussistenza dei vantaggi derivanti dall'appartenenza al gruppo come contropartita per la partecipazione ad una operazione macroscopicamente troppo rischiosa.

Al contrario, è astrattamente concepibile che, una volta fondato il giudizio di razionalità economica dell'operazione, possa risultare applicabile il criterio del *corrispettivo*.

Infatti, è possibile che il rapporto di gruppo assicuri un sufficiente corrispettivo, in termini di vantaggi diretti ed indiretti, alla singola società che si è prestata a partecipare ad una operazione collettiva pur avendo assunto un rischio eccessivo.

Nel caso detti vantaggi siano maggiori od uguali alla notevole parte del patrimonio consumato nell'operazione, non si avrebbe un'offesa concretamente valutabile in termini di effettiva dannosità per il bene giuridico tutelato.

---

<sup>(284)</sup> V. gli Autori citati alla nota 214.



In altri termini, i vantaggi indiretti <sup>(285)</sup> prodotti dal gruppo devono annullare il risultato economico negativo dell'operazione per poter determinare l'inoffensività delle condotte illecite.

Tuttavia, non sembra che questo modello possa trovare agevole applicazione nella pratica: non solo il giudizio di razionalità mal si concilia con la valutazione di un comportamento in cui un soggetto assume un rischio macroscopicamente eccessivo ma appare, anche, piuttosto remota la possibilità che dal gruppo possano provenire sufficienti benefici indiretti per poter bilanciare il gravissimo squilibrio patrimoniale, derivante dal risultato nefasto dell'operazione di pura sorte o gravemente imprudente, contemplato dalla norma in questione <sup>(286)</sup>.

In ultimo rimangono da valutare le operazioni infragruppo, caratterizzate dalla grave imprudenza, che sono finalizzate a ritardare l'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza.

Le operazioni che maggiormente interessano in quest'ottica sono quelle di finanziamento infragruppo nelle quali la controllante interviene finanziariamente a favore della controllata, ritardandone la dichiarazione di fallimento.

Affinché si configuri il reato previsto dall'art. 217 comma 1 n. 3 l.f. è necessario che la condotta della finanziata sia caratterizzata dalla colpa nell'assunzione delle operazioni gravemente imprudenti, in caso di dolo di danno ai creditori, si avrebbe, invece un'ipotesi di bancarotta fraudolenta per distrazione <sup>(287)</sup>.

Relativamente alla menzionata fattispecie di bancarotta semplice non si configura alcuna possibilità di dare rilievo alla politica d'impresa.

La condotta punita dalla citata norma consiste nel compimento di operazioni gravemente imprudenti da parte di una società che già versa in stato di crisi irreversibile <sup>(288)</sup>; non assume rilevanza il fatto

---

<sup>(285)</sup> I vantaggi devono essere necessariamente indiretti perché, se il vantaggio intervenisse direttamente come corrispettivo dell'operazione, non si configurerebbe l'evento di danno richiesto dall'art. 217 comma 1 n. 2 l.f. e, quindi, non vi sarebbe ragione di discutere sulla sussistenza del reato.

<sup>(286)</sup> Sulla valutazione dell'entità notevole della diminuzione patrimoniale v. COCCO, *Commento all'art. 217 l.f.*, op. cit., v. nota 116, p. 939.

<sup>(287)</sup> V. gli Autori citati alla nota 220.

<sup>(288)</sup> V. COCCO, *I rapporti*, op. cit., v. nota 220, p. 550 ss.; PEDRAZZI, *Commento all'art. 217*, op. cit., v. nota 114, p. 161.

che il risultato delle operazioni compiute contribuisca ad aggravare il dissesto già in atto <sup>(289)</sup>.

In questo contesto, si instaurano i rapporti di gruppo: la controllata usufruisce del credito della controllante -magari su imposizione di quest'ultima-, posticipando in tal modo il fallimento <sup>(290)</sup>.

Tuttavia il ricorso al credito si può rivelare ininfluenza o addirittura dannoso, nel caso venga effettuato tramite mezzi idonei di per sé a provocare il dissesto (c.d. mezzi *intrinsecamente rovinosi*, come ad es. il ricorso al credito usurario) oppure tramite mezzi che sono in grado di aggravare il dissesto in atto, in relazione alla specifica situazione di crisi in cui si trova la società (c.d. mezzi *relativamente rovinosi*, come ad es. un finanziamento manifestamente eccessivo rispetto al giro d'affari della società) <sup>(291)</sup>.

Queste ipotesi sono esempi di operazioni manifestamente imprudenti, che non potrebbero trovare alcun ristoro nei diversi vantaggi percepiti dalla società in funzione della politica di gruppo.

Infatti, come si è detto poc'anzi, il reato prescinde dall'aggravamento del dissesto, eventualmente neutralizzato dai benefici ricevuti: la carica di offesa -o di pericolo di offesa- al bene giuridico tutelato risiede esclusivamente nel comportamento sconsiderato della società controllata.

*Quid* nel caso il credito sia fornito alla controllata tramite operazioni perfettamente ortodosse dal punto di vista imprenditoriale che, però, non sono in grado di risollevere le sorti di una società in crisi irreversibile, pur non aggravando il dissesto?

Si è già osservato che il mancato aggravamento del dissesto non ha rilevanza; tuttavia, nel caso da ultimo prospettato, viene meno il fatto tipico poichè non vi sono operazioni gravemente imprudenti <sup>(292)</sup>.

---

<sup>(289)</sup> V. PEDRAZZI, *Commento all'art. 217*, op. cit., v. nota 114, p. 161; GIULIANI-BALESTRINO, *La bancarotta*, op. cit., v. nota 114, p. 347.

<sup>(290)</sup> Nel caso di specie non si configura l'ipotesi di ricorso abusivo al credito ex art. 218 l.f. perchè non vi è alcuna dissimulazione dello stato di insolvenza che induce un soggetto estraneo ai rapporti d'impresa a fornire credito alla stessa.

<sup>(291)</sup> Cfr. COCCO, *I confini*, op. cit., v. nota 215, p. 1059 ss.

<sup>(292)</sup> In senso conforme, v. PEDRAZZI, *Commento all'art. 217*, op. cit., v. nota 114, p. 164.

Ma questa considerazione prescinde completamente dall'eventuale rapporto di direzione e coordinamento esercitato dal soggetto che fornisce il credito nei confronti di chi lo riceve.

La scelta di fornire mezzi di credito buoni o mezzi di credito rovinosi non discende da una politica di gruppo intesa come strumento per coordinare le varie unità dell'impresa di gruppo in vista di un obiettivo comune; semmai discende da altre, non commendevoli, valutazioni circa i rapporti infragruppo e, comunque, non è in grado di assurgere a ragione sistematica giustificatrice della mancanza di intervento della sanzione penale <sup>(293)</sup>.

#### *4. La responsabilità dell'amministratore della holding per le operazioni infragruppo.*

Un aspetto estremamente rilevante inerente alle operazioni infragruppo, che possono essere considerate ipotesi di bancarotta, è rappresentato dai profili di responsabilità dell'amministratore della controllante nel reato compiuto dall'amministratore della controllata.

La politica di gruppo, in concreto, consiste in direttive che promanano dall'organo di amministrazione della società controllante e si indirizzano agli amministratori delle società controllate.

Le direttive della controllante possono avere ad oggetto qualsiasi aspetto relativo all'attività imprenditoriale della controllata: dal reperimento delle materie prime alla commercializzazione del prodotto finito, dalla gestione della struttura finanziaria della società alla gestione dei servizi amministrativi interni.

In tutti i casi in cui vi sono delle direttive, vi è una specifica richiesta indirizzata ai singoli amministratori delle controllate di porre in essere un determinato comportamento.

---

<sup>(293)</sup> Anzi, si potrebbe ritenere che nel caso la controllante imponga deliberatamente mezzi di credito rovinosi per la società in crisi, si configuri una fattispecie di operazione dolosa rilevante ai sensi dell'art. 223 comma 2 n. 2 l.f.

Il comportamento richiesto può integrare una condotta penalmente illecita, precisamente una condotta che configura un fatto di bancarotta fraudolenta o semplice.

Ma, può darsi che nell'esecuzione delle operazioni infragrupo l'amministratore della società sottoposta a controllo ponga in essere, indipendentemente dal contenuto della direttiva ricevuta, dei comportamenti penalmente rilevanti.

In questi frangenti si pone il problema di valutare se ed a che titolo l'amministratore della controllante debba rispondere del fatto illecito posto in essere dall'amministratore della controllata <sup>(294)</sup>.

Il primo modello di responsabilità *ex art. 110 c.p.*, per concorso di persone nel reato di bancarotta <sup>(295)</sup>, è quello commissivo, esplicitamente ammesso dall'art. 232 l.f.

In generale, affinché si configuri un concorso attivo nel reato proprio dell'amministratore di una società, è necessario che l'*extraneus* sia consapevole della qualifica soggettiva dell'*intraneus* <sup>(296)</sup> e che apporti un contributo morale o materiale alla produzione dell'evento dannoso <sup>(297)</sup>; inoltre il comportamento di quest'ultimo deve essere

---

<sup>(294)</sup> In generale, sulle tematiche della responsabilità concorsuale dell'amministratore della controllante nei gruppi, v., senza pretese di completezza, BRICOLA, *Responsabilità penale per il tipo ed il modo di produzione*, in *La responsabilità dell'impresa per i danni all'ambiente e ai consumatori*, Milano, 1978, p. 75, *passim*; PAGLIARO, *Problemi generali del diritto penale d'impresa*, in *Ind. pen.*, 1985, p. 17, *passim*; FLICK, *Gruppi e monopolio, nelle nuove prospettive del diritto penale*, in *Riv. soc.*, 1988, p. 471, *passim*; PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1988, p. 125, *passim*; ACCINNI, *La responsabilità penale degli amministratori nei gruppi di società*, in *Soc.*, 1992, p. 1625, *passim*; CONTI, *Responsabilità penale*, op. cit., v. nota 33, p. 433, *passim*; LA MONICA, *Profili penali nel gruppo di imprese*, in *Fall.*, 1995, p. 543, *passim*; ALESSANDRI, *Parte generale*, op. cit., v. nota 167, p. 94 ss.; MORO VISCONTI, *I gruppi di società ed i reati societari*, in *Rass. giur. en. elettrica*, 2004, p. 687, *passim*; A. ROSSI, *La responsabilità penale degli organi di amministrazione e controllo*, in *Reati societari*, a cura di A. ROSSI, Torino, 2005, p. 62, *passim*.

<sup>(295)</sup> Per un'analisi generale delle varie problematiche in argomento v., per tutti, BRICCHETTI-TARGETTI, *Bancarotta*, op. cit., v. nota 116, p. 10 ss.

<sup>(296)</sup> V. PEDRAZZI, *Commento all'art. 216*, op. cit., v. nota 114, p. 82 ss.

<sup>(297)</sup> V. Cass. pen., sez. I, 4/7/1991, in *Cass. pen.*, 1993, p. 676; Cass. pen., sez. V, 27/2/1992, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1560; Cass. pen., sez. V, 19/2/1994, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, p. 1026; Cass. pen., sez. V, 10/8/2000, in *Cass. pen.*, 2001, p. 3173.

sorretto dal medesimo elemento psicologico che è presente nell'*intraneus* <sup>(298)</sup>.

Nell'ambito dei rapporti di gruppo, non vi è ragione per differenziare i profili del concorso commissivo dell'amministratore della *holding* dal modello sopra descritto <sup>(299)</sup>; la politica di gruppo, e le direttive che ne sono espressione, non incidono sulla natura e sulla struttura della partecipazione criminosa, ma sono estremamente rilevanti nel giudizio sulla sussistenza degli elementi richiesti dall'art. 110 c.p. e, naturalmente, sull'intrinseca ragione del venire in essere della condotta illecita.

Ciò è di palmare evidenza per quanto riguarda la consapevolezza delle qualità soggettive dell'*intraneus*: non è possibile che l'amministratore della *holding* che adotta una direttiva destinata ad una controllata implicante un atto di gestione del patrimonio sociale ignori il fatto che l'eventuale condotta illecita verrà posta in essere da un soggetto preposto all'amministrazione della società, che è soggetto qualificato ai sensi dell'art. 223 l.f.

Ad identiche conclusioni si perviene per quanto riguarda il contributo causale alla realizzazione dell'evento: l'amministratore della controllata agisce in forza della direttiva, pertanto, se questa richiede il compimento di un fatto penalmente rilevante, si dovrà riconoscere che il soggetto responsabile della sua emanazione ha anche fornito un significativo contributo causale, se non altro di ordine morale.

Per quanto riguarda l'elemento psicologico dell'amministratore della capogruppo, valgono considerazioni parzialmente differenti.

*Nulla quaestio* nel caso il cui *extraneus* sia perfettamente conscio, degli effetti dannosi della direttiva e, anzi, ne voglia la verifica; in questo frangente si ha piena coincidenza del dolo nell'agente e nel compartecipe.

---

<sup>(298)</sup> In senso conforme, v. SANTORIELLO, *I reati*, op. cit., v. nota 115, p. 320. Quest'esigenza non è avvertita dalla giurisprudenza che ritiene sufficienti le prime due condizioni; v. Cass. pen., sez. V, 23/10/1996, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1997, p. 1377 e Cass. pen., sez. V, 27/2/1992, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1992, p. 880.

<sup>(299)</sup> Nel senso che la partecipazione criminosa attiva dell'amministratore della controllante si configura come concorso ex art. 110 c.p., v. PEDRAZZI, *Profili*, op. cit., v. nota 294, p. 130; ACCINNI, *La responsabilità*, op. cit., v. nota 294, p. 1633; COCCO, *Nota introduttiva agli art. 223-235 l.f.*, op. cit., v. nota 116, p. 987 ; A. ROSSI, *La responsabilità*, op. cit., v. nota 294, p.73 ss.

Più problematica è l'ipotesi in cui l'oggetto della direttiva infragruppo implichi l'assunzione di una condotta sussumibile in un reato di bancarotta semplice <sup>(300)</sup>. In questo caso alla condotta colposa dell'amministratore della controllata potrebbe corrispondere un atteggiamento volitivo doloso degli organi gestori della controllante. Tuttavia, ritenuta ammissibile l'ipotesi del concorso doloso nel reato colposo altrui <sup>(301)</sup>, vi sarebbe giustificato motivo di fondare la responsabilità dell'amministratore della *holding*.

Bisogna, invece, escludere la possibilità che vi sia un concorso *ex art. 110 c.p.* quando la direttiva di gruppo imponga una condotta di bancarotta fraudolenta per la controllata, senza che sia possibile provare che l'evento dannoso che ne consegue sia preveduto e voluto dalla controllante, residuando l'ipotesi di una condotta colposa. Nel nostro ordinamento penale non è configurabile una cooperazione colposa nel delitto doloso altrui <sup>(302)</sup>.

Il secondo modello di responsabilità per concorso di persone nel reato di bancarotta, è quello omissivo, che trova la sua giustificazione dogmatica nel combinato disposto degli artt. 40 comma 2 c.p. e 110 c.p. <sup>(303)</sup>.

Si tratta, nel contesto di gruppo, del concorso nel reato proprio dell'amministratore della controllata, per omesso impedimento di un evento che l'amministratore della controllante aveva l'obbligo giuridico di impedire <sup>(304)</sup>.

---

<sup>(300)</sup> Come nel caso, visto *supra* al par. 3 della presente sezione, dell'operazione decisa a livello di gruppo che coinvolge anche la controllata, imponendole l'assunzione di un rischio macroscopicamente eccessivo.

<sup>(301)</sup> Nel senso del testo, pur invocando l'intervento del legislatore, v. INSOLERA, *Concorso di persone nel reato*, voce del *Dig. disc. pen.*, Torino, 1988, vol. II, p. 476 ss. Per un'esposizione degli aspetti problematici, cfr., anche, PAGLIARO, *Principi*, op. cit., v. nota 145, p. 566 ss. In giurisprudenza, in senso affermativo, v. Cass. pen., sez. IV, 9/10/2002, in *Riv. pen.*, 2003, p. 107.

<sup>(302)</sup> In questo senso si esprime l'opinione dominante, cfr. RINALDINI, *Commento all'art. 110 c.p.*, in *Codice penale commentato*, a cura di DOLCINI-MARINUCCI, Milano, 2006, p. 1128 e la dottrina ivi citata; *contra*, v. la sentenza citata alla nota precedente.

<sup>(303)</sup> Per un quadro esaustivo delle varie tematiche in argomento, con specifico riferimento alla bancarotta, v. INSOLERA, *Il concorso di persone nei reati fallimentari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 817, *passim*.

<sup>(304)</sup> Per i riferimenti in tema si rimanda a quanto detto *-supra* par. 2.1, sez. I del presente capitolo- in relazione alla responsabilità per omesso impedimento dei sindaci e degli amministratori senza deleghe.

Il punto è estremamente complesso <sup>(305)</sup>, ma -a ben vedere- estraneo alla tematica in esame.

Quello che qui interessa è verificare come si atteggia l'istituto del concorso di persone nel reato, la cui commissione è imposta o suggerita dalla politica di gruppo.

In caso di responsabilità omissiva degli amministratori della controllante, la situazione è ben differente: l'evento dannoso che non è stato impedito non è espressione della politica d'impresa, ma deriva esclusivamente dal comportamento dell'organo gestorio della controllante; se vi fosse una direttiva da parte della capogruppo si avrebbe, necessariamente, un comportamento attivo dei suoi amministratori.

In conclusione, la politica illecita di gruppo è uno strumento assolutamente rilevante per il diritto penale, perché rende estremamente più agevole il giudizio affermativo circa la configurabilità della responsabilità di tutti coloro che ne sono influenzati: gli autori e gli interpreti.

---

<sup>(305)</sup> Occorre valutare se il rapporto di gruppo, indipendentemente da una specifica direttiva che imponga il compimento di operazioni infragruppo illecite, possa fondare di per sé delle posizioni di garanzia relativamente alle condotte penalmente rilevanti degli amministratori delle controllate. In dottrina, vi è una netta prevalenza di voci negative (v., per tutti, PEDRAZZI, *Profili*, op. cit., v. nota 294, p. 130; ALESSANDRI, *Parte generale*, op. cit., v. nota 167, p. 95 ss.; anche se non mancano opinioni dissenzienti: v. CARLETTI, *La responsabilità penale nel gruppo di società: il caso della Icmesa di Seveso*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 1984, p. 25 e PAGLIARO, *Problemi generali* op. cit., v. nota 294, p. 26) che si rifanno alla formale distinzione giuridica delle varie società del gruppo la quale osta alla costruzione di obblighi impeditivi infragruppo. Non è sfuggito ad un accorto Autore (INSOLERA, *Il concorso*, op. cit., v. nota 303, p. 822 ss.), che la riforma del diritto societario penale e civile, avendo posto in discussione questo dato, potrebbe richiedere un aggiornamento dell'opinione dominante. Si profilerebbe un effetto penalizzante dell'impresa di gruppo. Il problema è più che complesso e non può essere affrontato in questa sede. Sembrerebbe, comunque, che il discorso possa essere utilmente impostato sull'effettiva sussistenza del potere dell'organo della capogruppo di impedire la verifica di eventi dannosi che deve agganciarsi a precisi strumenti giuridici (mentre il potere di direzione e coordinamento si basa su rapporti di fatto che, se disattesi, possono provocare conseguenze di natura professionale per gli amministratori della controllata).

5. Conclusioni (provvisorie): unità anche giuridica del gruppo di società?

Nei paragrafi che precedono si è posto in evidenza il ruolo della politica di gruppo che è elemento fondante delle riflessioni circa il rilievo penale delle operazioni infragruppo.

Si è visto come, secondo un'attenta ricostruzione -seppur di matrice esclusivamente dottrinale<sup>(306)</sup>- la politica di gruppo abbia un preciso ruolo nella configurazione del fatto tipico di bancarotta e nell'imprescindibile valutazione circa la concreta lesività o pericolosità delle condotte.

Si è anche accennato al fatto che la politica di gruppo altro non è che la concreta modalità operativa con la quale viene in essere il perseguimento dello scopo comune e prescinde dalla massimizzazione dei profitti della singola società.

In altri termini si è prospettata l'ipotesi che un'attività centralizzata di organizzazione possa avere degli effetti sulla responsabilità penale quando vi siano delle operazioni, indirizzate verso uno scopo collettivo, che, pur danneggiando una singola società, producono un utile complessivo a beneficio di tutto il gruppo.

Sembrerebbe, quindi, che la tradizionale affermazione circa l'irrilevanza giuridica dell'unità economica del gruppo societario sia messa in discussione proprio nel settore del diritto penale<sup>(307)</sup>, in ragione del fatto che il gruppo di società è un insieme organizzato di unità che interagiscono economicamente e che tendono al medesimo scopo collettivo: la massimizzazione del profitto collettivo.

Quasi fossero parte di una sola impresa.

La riflessione su questi temi verrà approfondita nel successivo capitolo.

---

<sup>(306)</sup> La giurisprudenza penale, a questo proposito, è rimasta costante fino alla pronuncia citata alla nota 16.

<sup>(307)</sup> Non a caso una delle prime affermazioni di rilevanza giuridica del fenomeno del gruppo di società è stata espressa dalla Cassazione penale. V. Cass. pen., sez. III, 25/2/1959, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p. 1959 ss., in tema di conflitto di interessi: «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».



### **CAPITOLO III**

## **IL RUOLO DEI VANTAGGI COMPENSATIVI NELLA DISCIPLINA PENALISTICA DEL FALLIMENTO DEL GRUPPO SOCIETARIO**

*Sommario:* SEZIONE PRIMA: I vantaggi compensativi - 1. I vantaggi compensativi: genesi. - 2. I vantaggi compensativi: alla ricerca di una nozione unitaria. - 3. Inquadramento dogmatico dei vantaggi compensativi nell'ambito della fattispecie di infedeltà patrimoniale e riflessi nel campo fallimentaristico. - SEZIONE SECONDA: I vantaggi compensativi nel diritto penale fallimentare. - 1. Premessa: rapporti tra bancarotta societaria per precedente infedeltà patrimoniale e bancarotta societaria per distrazione. - 2. Applicabilità diretta dei vantaggi compensativi all'art. 223 comma 2 n. 1 l.f. - 3. Applicabilità diretta dei vantaggi compensativi alla bancarotta societaria patrimoniale e implicazioni della tipicità del reato. - 4. Considerazioni conclusive sulla valenza del rapporto di gruppo nell'ambito dei reati fallimentari.

#### SEZIONE PRIMA

#### I VANTAGGI COMPENSATIVI

##### *1. I vantaggi compensativi: genesi.*

Il tema dei vantaggi compensativi si è posto all'attenzione degli studiosi del diritto, soprattutto commerciale, a partire dalla metà degli anni ottanta del secolo scorso <sup>(308)</sup>.

---

<sup>(308)</sup> La prima riflessione in tema è contenuta nel fondamentale scritto di MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, in *Contr. impr.*,

In estrema sintesi, i cultori di questa disciplina avevano rilevato come nell'ambito dei gruppi societari, vi fosse una tensione profonda fra l'interesse sociale della singola società e l'interesse collettivo del gruppo, la cui nozione coincide con il «*perseguimento degli scopi comuni anche trascendenti dagli obiettivi delle singole società appartenenti all'aggregazione*»<sup>(309)</sup>.

Accanto ad autorevoli voci che non ammettevano il perseguimento dell'interesse di gruppo, a discapito di quello della singola società<sup>(310)</sup>, vi erano numerose voci che ne sostenevano la legittimità<sup>(311)</sup>, pur offrendo motivazioni diverse.

In particolare, vi erano tre differenti correnti di pensiero: la prima<sup>(312)</sup>, facendo leva sul concetto di gruppo come *comunità allargata*, ha sostenuto che l'appartenenza a detta comunità garantisce dei vantaggi che devono essere confrontati con i sacrifici dei singoli componenti; la seconda<sup>(313)</sup>, ha ritenuto che il perseguimento dell'interesse generale dell'intero gruppo societario può eventualmente comportare il sacrificio dell'interesse particolare di una delle sue componenti; l'ultima<sup>(314)</sup> ha

---

1986, 729 ss. Tuttavia una pregressa attenzione al tema era stata dimostrata da Cass. pen., sez. III, 25/2/1959, cit., v. nota 307.

<sup>(309)</sup> Così, Cass. civ., 5/12/1998, n. 12325, in *Giust. civ.*, 1999, 3095 ss.

<sup>(310)</sup> V. D'ALESSANDRO, *Il diritto delle società da i «battelli del Reno» alle «navi vichinghe»*, in *Foro it.*, 1988, V, p. 48, *passim*; ID., *Il dilemma del conflitto d'interessi nei gruppi di società*, in *I gruppi di società*, a cura di BALZARINI-CARCANO-G. MUCCIARELLI, vol. II, Milano, 1996, p. 1085, *passim*.

<sup>(311)</sup> V., *ex multis*, MIGNOLI, *Interesse*, op. cit., v. nota 308, *passim*; GALGANO, *L'oggetto della holding è quindi l'esercizio mediato e indiretto dell'impresa di gruppo*, in *Contr. impr.*, 1990, p. 401, *passim*; FERRO LUZZI-MARCHETTI, *La disciplina del gruppo creditizio*, in *Riv. soc.* 1992, p. 786, *passim*; BIN, *Il conflitto d'interessi nei gruppi di società*, in *Contr. impr.*, 1993, p. 879, *passim*; GAMBINO, *Responsabilità amministrativa nei gruppi societari*, in *Giur. comm.*, 1993, p. 841, *passim*; MONTALENTI, *Conflitto di interessi*, op. cit., v. nota 271, *passim*; SALAFIA, *Patologia dei gruppi di società*, in *Soc.*, 1995, p. 1141, *passim*; COTTINO, *Divagazioni in tema di conflitto di interessi nei gruppi*, in *I gruppi di società*, a cura di BALZARINI-CARCANO-G. MUCCIARELLI, vol. II, Milano, 1996, p. 1073, *passim*; LIBONATI, *Responsabilità nel e del gruppo (responsabilità della capogruppo, degli amministratori, delle varie società)*, in *I gruppi di società*, a cura di BALZARINI-CARCANO-G. MUCCIARELLI, vol. II, Milano, 1996, p. 1489, *passim*. Per una ricostruzione dello sviluppo della dottrina sul punto v. SANTAGATA, *Il gruppo paritetico*, op. cit., v. nota 1, p. 177 ss.

<sup>(312)</sup> Questa tesi è stata sostenuta da MIGNOLI, *Interesse*, op. cit., v. nota 308, *passim*.

<sup>(313)</sup> V. GAMBINO, *Responsabilità*, op. cit., v. nota 311, *passim*.

<sup>(314)</sup> V. GALGANO, *L'oggetto*, op. cit., v. nota 311, *passim*.

motivato la liceità del perseguimento dell'interesse di gruppo in base alla coincidenza fra l'oggetto sociale della *holding* e delle controllate.

In aggiunta, vi era una voce dottrinale che, pur negando che l'interesse del gruppo potesse essere perseguito a discapito delle società controllate, giungeva a riconoscere la possibilità che, nelle operazioni infragrupo, l'eventuale svantaggio subito dalla controllata potesse trovare adeguata contropartita in altre operazioni, di segno opposto <sup>(315)</sup>.

In sostanza, tutte le teorie che ammettevano la perseguibilità dell'interesse di gruppo, condividevano un comune nucleo concettuale, basato sull'idea che il conflitto di interessi inevitabilmente azionato dal perseguimento dell'interesse collettivo, dovesse essere valutato sulla possibile compensazione fra pregiudizio subito e vantaggi ricevuti dalla singola società <sup>(316)</sup>.

La giurisprudenza civile si è mostrata estremamente attenta al dibattito dottrinale, in special modo in sede di giudizio di merito.

In caso di operazioni infragrupo dannose per una società controllata, è stata, in più riprese, riconosciuta la necessità di tenere in debita considerazione i vantaggi derivanti dall'appartenenza al gruppo, che possono rappresentare un congruo bilanciamento dei pregiudizi patiti <sup>(317)</sup>.

La Corte di Cassazione, invece, ha inizialmente espresso un orientamento molto più prudente e tradizionale che si è lentamente modificato recependo le indicazioni della dottrina.

In un primo momento, nel decidere il caso Caltagirone <sup>(318)</sup>, la Suprema corte aveva riconosciuto la legittimità della direzione

---

<sup>(315)</sup> BONELLI, *Conflitto*, op. cit., v. nota 251, *passim*.

<sup>(316)</sup> Nel senso del testo, v. MONTALENTI, *Conflitto di interessi*, op. cit., v. nota 271, p. 722 ss. Per un'analisi dei possibili profili della responsabilità della capogruppo, prima della riforma del diritto societario, cfr. MIOLA, *Il diritto italiano dei gruppi de jure condendo: i gruppi ed i creditori*, in *Giur. comm.*, 1996, p. 419 ss.

<sup>(317)</sup> In questo senso v., App. Milano, 11/7/1991, in *Soc.*, 1991, p. 1664; Trib. Milano, 19/3/1993, in *Soc.*, 1993, p. 1247; App. Milano, 5/2/1994, in *Soc.*, 1994, p. 1062; Trib. Roma, 2/2/1999, in *Soc.*, 1999, p. 851; App. Torino 4/12/2000, in *Giur. it.*, 2001, p. 1675 ss. In argomento v. CERRATO, *Osservazioni in tema di operazioni infragrupo e di vantaggi compensativi*, in *Giur. it.*, 2001, p. 1676, *passim*.

<sup>(318)</sup> Cass. civ., 26/2/1990, n. 1439, in *Giur. it.*, 1990, p. 713.

unitaria, accogliendo la tesi che vede nell'oggetto sociale della *holding* lo svolgimento dell'attività di impresa comune alle controllate <sup>(319)</sup>.

A questa sentenza seguì una nuova pronuncia in argomento che stabilì che l'interesse sociale delle società del gruppo «*può essere coordinato, ma non conculcato, in vista di un interesse superiore del gruppo, il quale deve essere ulteriore ma non per questo confliggente, rispetto a quello delle imprese collegate*» <sup>(320)</sup>.

La Cassazione poi, pur riconoscendo «*la legittimità di attività che perseguono anche interessi del gruppo*», ha sostenuto che «*non si possono ritenere legittime attività che, nel perseguire interessi del gruppo, contrastino con quelli della società sino al punto di recarle pregiudizio*» <sup>(321)</sup>.

In breve: l'orientamento della Cassazione, pur riconoscendo la meritevolezza del perseguimento dell'interesse di gruppo, non dava spazio a visioni che superassero il dogma della incomprimibilità dell'interesse delle singole società <sup>(322)</sup>.

Questa visione atomistica è venuta meno con una serie di sentenze che, a partire dalla fine degli anni novanta, hanno ribaltato l'impostazione tradizionale, dando spazio alle necessarie valutazioni sul ruolo dei vantaggi che pervengono alla singola società dal gruppo al quale appartiene <sup>(323)</sup>.

Si veniva, in tal modo, a creare una diffusione di consensi, nella dottrina commercialistica come in una certa parte della giurisprudenza, circa «*la compatibilità con l'interesse sociale dell'interesse di gruppo (che) 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*

---

<sup>(319)</sup> *Id est*, la teoria dell'oggetto sociale mediato, elaborata da Galgano (v. GALGANO, *L'oggetto*, op. cit., v. nota 311, *passim*) che, tuttavia, ha trovato numerosi critici: v., *ex multis*, COSTI, *Mercato finanziario e attività bancaria*, in *Banca impr. Soc.*, 1989, p. 20 ss.; OPPO, *Impresa e imprenditore. I) Diritto commerciale*, voce de *Enc. giur. Treccani*, XVI, Roma, p. 8; COTTINO, *Divagazioni*, op. cit., v. nota 311, *passim*.

<sup>(320)</sup> Cass. civ., 8/5/1991, n. 5123, in *Soc.*, 1991, p. 1351 ss.

<sup>(321)</sup> Cass. civ., 13/2/ 1992, n. 1759, in *Dir. fall.*, 1992, p. 685 ss.

<sup>(322)</sup> Cfr. E.M. GIARDA-F.M. GIARDA, *I gruppi di società*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A. GIARDA-SEMINARA, Padova, 2002, p. 147 ss.

<sup>(323)</sup> V. Cass. civ., 5/12/1998, n. 12325, cit., v. nota 309; Cass. civ., 21/1/1999, n. 521, in *Soc.*, 1999, p. 428 ss.

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»* <sup>(324)</sup>.

Questi, in sintesi, i termini del dibattito sui vantaggi compensativi prima dell'intervento del legislatore nella stagione delle riforme che ha caratterizzato i primi anni del nuovo millennio.

Curiosamente, come è noto, il primo riconoscimento esplicito del ruolo dei vantaggi compensativi è avvenuto in sede penale, con l'introduzione nel 2002 della figura di reato di infedeltà patrimoniale nell'ambito della riorganizzazione dell'intero settore del diritto penale societario.

In seguito, con la riforma del 2003, i vantaggi compensativi sono stati recepiti anche nel settore del diritto delle società commerciali, nello specifico ambito della responsabilità della capogruppo per abuso dell'attività di direzione e coordinamento.

La coesistenza di due distinti recepimenti della teoria dei vantaggi compensativi in sede civile e penale, pone l'interrogativo circa l'esistenza di una nozione unica di vantaggio compensativo, che sia comune ad entrambi i citati rami dell'ordinamento.

## *2. I vantaggi compensativi: alla ricerca di una nozione unitaria.*

Per verificare se, in seguito ai massicci interventi del legislatore nel campo del diritto societario, sia stata introdotta nell'ordinamento italiano una nozione unitaria di vantaggio compensativo, è opportuno delinearne schematicamente le caratteristiche essenziali stabilite in sede civile ed in sede penale.

Contrariamente al percorso scelto dal legislatore, l'analisi dei vantaggi compensativi può utilmente prendere le mosse dall'art. 2497 c.c. in tema di responsabilità della capogruppo per abuso dell'attività di direzione e coordinamento e proseguire con l'art. 2634 c.c. relativo

---

<sup>(324)</sup> MONTALENTI, *Conflitto di interessi*, op. cit., v. nota 271, p. 731.

all'infedeltà patrimoniale; in questo modo si rispetta il ruolo di *extrema ratio*, caratteristica imprescindibile del diritto penale.

L'art. 2497 comma 1 c.c. stabilisce che il danno causato dalla violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento può risultare mancante in ragione del risultato complessivo di detta attività, oppure integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette <sup>(325)</sup>.

Il problema che questa norma pone all'interprete riguarda i contorni della fattispecie con la quale il legislatore ha recepito la teoria dei vantaggi compensativi, i quali devono essere desunti dagli elementi strutturali che informano il dettato legislativo.

A questo proposito un ruolo centrale è assunto dal requisito della mancanza del danno.

L'assenza di danno è stata intesa nel senso che i benefici ricevuti debbano essere quantitativamente in grado di annullare il pregiudizio, in base ad una visione *ragionieristica* dei rapporti attivi e passivi in capo alla singola società <sup>(326)</sup>. Si tratta, indubbiamente, di vantaggi ottenuti in concreto

---

<sup>(325)</sup> Testualmente: «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». Sulla clausola dei vantaggi compensativi contenuta nell'art. 2497 c.c., oltre gli autori citati alla nota 27, v., senza pretese di completezza, PATTI, «Direzione e coordinamento di società»: brevi spunti sulla responsabilità della capogruppo, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, p. 357, *passim*; PAVONE LA ROSA, Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari, in *Riv. soc.*, 2003, p. 765, *passim*; SBISA, Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi, in *Contr. impr.*, 2003, p. 591, *passim*; SCOGNAMIGLIO, I gruppi e la riforma del diritto societario: prime riflessioni, in *Rass. giur. en. elett.*, 2003, p. 161, *passim*; MONTALENTI, Il conflitto di interessi nella riforma del diritto societario, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 243, *passim*; RORDORF, I gruppi nella recente riforma del diritto societario, in *Soc.*, 2004, p. 538, *passim*; SBISA, La responsabilità della capogruppo, in *Rass. giur. en. elett.*, 2004, p. 675, *passim*; TOMBARI, Riforma, op. cit., v. nota 5, *passim*; CARIELLO, La "compensazione" dei danni con i benefici da attività di direzione e coordinamento, in *Banca borsa tit. cred.*, 2005, p. 384, *passim*; SALINAS, Responsabilità degli amministratori, operazioni infragruppo e vantaggi compensativi, in *Giur. comm.*, 2005, p. 256, *passim*.

<sup>(326)</sup> In questo senso v. SACCHI, Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali, in *Giur. comm.*, 2003, p. 661 ss; CIAMPOLI, Vantaggi compensativi nei gruppi di società, in *Soc.*, 2005, p. 177.

e non solo prevedibili o previsti dall'amministratore della controllata.

Secondo altre opinioni, tuttavia, l'assenza del danno può essere desunta da una valutazione globale dell'attività della controllata, senza necessità di verificare in dettaglio l'effettiva compensazione delle poste attive e passive <sup>(327)</sup>.

Altro elemento portante della clausola dei vantaggi compensativi è la nozione di risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento in base al quale valutare l'insussistenza del danno <sup>(328)</sup>. A riguardo, si pone il complesso problema di assegnare una valenza cronologica alla formula legislativa <sup>(329)</sup>; in breve: entro quali limiti temporali può essere valutato il risultato complessivo?

Sono state proposte diverse soluzioni interpretative: il limite temporale può coincidere con la chiusura dell'esercizio sociale durante il quale è stata posta in essere l'operazione infragruppo <sup>(330)</sup> ovvero può sussistere nel momento in cui viene proposto il giudizio per il risarcimento del danno *ex art. 2497 c.c.* <sup>(331)</sup>.

Secondo una differente voce, la valenza, anche cronologica, del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento deve essere individuata nel risultato dell'attività di programmazione globale della politica di gruppo, con i modi ed i tempi che risultano dai piani strategici aziendali e dalle motivazioni fornite, *ex art. 2497-ter c.c.*, dalle società controllate <sup>(332)</sup>.

La nozione di risultato complessivo, a ben vedere, implica l'ulteriore problema della necessità di effettiva concretizzazione del vantaggio

---

<sup>(327)</sup> In questo senso v., MONTALENTI, *Il conflitto*, op. cit., v. nota 325, p. 254; PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili*, op. cit., v. nota 325, p. 771.

<sup>(328)</sup> La cui prova, comunque, deve essere fornita dagli amministratori della società convenuta; v. Cass. civ., 25/8/2004, n. 16707, in *Foro it.*, 2005, I, p. 1844 ss., e la relativa annotazione di NAZZICONE.

<sup>(329)</sup> Cfr. SBISA, *Responsabilità della capogruppo e vantaggi*, op. cit., v. nota 325, p. 603.

<sup>(330)</sup> Ma non necessariamente il risultato favorevole o dannoso dell'operazione si verifica durante l'esercizio in cui è posta in essere. Cfr. SBISA, *Responsabilità della capogruppo e vantaggi*, op. cit., v. nota 325, p. 604.

<sup>(331)</sup> In questo senso si esprime CARIELLO, *La "compensazione"*, op. cit., v. nota 325, p. 388.

<sup>(332)</sup> Questa tesi è sostenuta da SBISA, *Responsabilità della capogruppo e vantaggi*, op. cit., v. nota 325, p. 604.

compensativo o della sufficienza di vantaggi fondatamente prevedibili, al fine dell'esclusione della responsabilità.

Il punto è controverso. Accanto a posizioni rigorose <sup>(333)</sup> che, per poter dare applicazione alla clausola di esclusione della responsabilità, richiedono l'effettiva -ma non necessariamente contestuale- percezione del vantaggio, vi sono autorevoli opinioni che ritengono sufficiente la sola fondata prevedibilità della verifica dello stesso <sup>(334)</sup>.

L'opinione restrittiva si basa sulla valutazione di dati testuali e su argomenti sistematici.

Innanzitutto, l'art. 2497 c.c. richiede che il danno risulti mancante alla luce del risultato dell'attività della capogruppo, il che difficilmente può avvenire quando i vantaggi sono fondatamente prevedibili, ma, in concreto, non vengono incamerati dalla controllata. In aggiunta, siccome la seconda parte della clausola prevede una situazione in cui il danno è integralmente eliminato, vi sarebbe una poco ragionevole differenziazione fra le due ipotesi di compensazione del pregiudizio: potenziale la prima, effettiva la seconda.

Inoltre, quando il legislatore ha voluto introdurre l'elemento della prevedibilità nel calcolo dei vantaggi compensativi, lo ha fatto esplicitamente, come nel caso dell'art. 2634 c.c.

L'opposta tesi si basa sulla valutazione, anche in termini di fondata prevedibilità, della ripercussione degli effetti benefici della strategia imprenditoriale della *holding*, che, sembrerebbe, sia imposta da

---

<sup>(333)</sup> V. ALPA G., *La responsabilità*, op. cit., v. nota 27, p. 663; AA.VV., *commento all'art. 2497 c.c.*, in *Gruppi, trasformazione, fusione e scissione, scioglimento e liquidazione, società estere*, op. cit., v. nota 27, p. 254; DAL SOGLIO, *Commento all'art. 2497 c.c.*, in *Direzione e coordinamento di società*, op. cit., v. nota 27, p. 2350 ss.; SCOGNAMIGLIO, *I gruppi*, op. cit., v. nota 325, p. 167 ss. Questa soluzione è conforme agli auspici che parte della dottrina aveva espresso, prima della riforma, in base a considerazioni improntate all'analisi economica: v. DENOZZA, *Rules vs. Standards nella disciplina dei gruppi: l'inefficienza delle compensazioni «virtuali»*, in *Giur. comm.*, 2000, p. 338 e cfr. ENRIQUES, *Gruppi piramidali, operazioni intragruppo e tutela degli azionisti esterni: appunti per un'analisi economica*, in *Giur. comm.*, 1997, p. 728 ss.

<sup>(334)</sup> V. GALGANO, *Le nuove società di capitali e cooperative*, in GALGANO-GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, tomo I, parte del *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da GALGANO, vol. XXIX, Padova, 2004, p. 183; SBISA, *Responsabilità della capogruppo e vantaggi*, op. cit., v. nota 325, p. 604.



considerazioni di unitarietà della regolamentazione giuridica del fenomeno del gruppo di società in sede civile e penale <sup>(335)</sup>.

Probabilmente, ma non senza aspetti problematici, la soluzione da preferire è quella che ritiene rilevanti, ai fini dell'esclusione della responsabilità della controllante, i vantaggi che sono effettivamente percepiti oppure che verranno certamente percepiti <sup>(336)</sup>: in tale modo si perviene ad un'interpretazione decisamente più aderente al testo della legge che impone la mancanza di un danno.

In campo penale, la clausola dei vantaggi compensativi si presenta forgiata dal legislatore in modo molto differente.

L'art. 2634 comma 1 c.c. sancisce la rilevanza penale della condotta di amministratori, direttori generali e liquidatori, in conflitto di interesse, che provocano un danno alla società, mediante un atto di disposizione patrimoniale, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto.

Il comma terzo del medesimo articolo stabilisce l'operatività dei vantaggi compensativi: non è ingiusto il profitto della collegata o del gruppo se compensato da vantaggi, *conseguiti o fondatamente prevedibili*, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo.

Già ad una prima lettura non sfugge che l'accezione penalistica dei vantaggi compensativi presenta peculiari particolarità <sup>(337)</sup>.

---

<sup>(335)</sup> Questa, parrebbe, la motivazione addotta dall'illustre A. (GALGANO., op. ult. cit., loc. cit.), padre della riforma del diritto societario del 2003. Tuttavia, bisogna segnalare che il medesimo A., nel prosieguo della trattazione (ID., op. cit., p. 191), precisando che, nei rapporti di gruppo «*non c'è pregiudizio risarcibile quando, a fronte del pregiudizio subito dalla singola controllata, sia a questa offerta una specifica compensazione*», sembra assumere una prospettiva in parte differente.

<sup>(336)</sup> Oltre alla dottrina citata alla nota 333, v. CIAMPOLI, *Vantaggi*, op. cit., v. nota 326, p. 178.

<sup>(337)</sup> Anche in mancanza del termine di comparazione rappresentato dall'art. 2497 c.c., non ancora riformato al momento dell'introduzione del nuovo art. 2634 c.c. In tema v. FOFFANI, *Le infedeltà*, op. cit., v. nota 6, p. 359 ss.; F. MUCCIARELLI, *Il ruolo dei «vantaggi compensativi» nell'economia del delitto di infedeltà patrimoniale degli amministratori*, in *Giur. comm.*, 2002, p. 630, *passim*; MACCARI, *Infedeltà patrimoniale*, op. cit., v. nota 247, p. 163 ss.; MILITELLO, *L'infedeltà patrimoniale*, op. cit., v. nota 112, p. 490 ss.; ALDOVRANDI, *Infedeltà patrimoniale*, in *I nuovi reati societari*, a cura di LANZI-CADOPPI, Padova, 2002, p. 143 ss.; MUSCO, *I nuovi reati societari*, Milano, 2004, p. 217 ss.

In primo luogo, l'effetto compensativo del pregiudizio subito dalla controllata è descritto in modo obliquo dalla norma in esame, che preferisce individuare il profitto del gruppo o della collegata come oggetto di compensazione dei vantaggi ricevuti dalla controllata <sup>(338)</sup>.

I sostenitori di questa scelta legislativa pongono l'accento sul fatto che il riferimento alla compensazione del profitto -che ne esclude l'ingiustizia- sia utile strumento per segnalare all'interprete la necessità di valutare la società danneggiata nel più ampio contesto del gruppo; al contrario uno stretto calcolo costi-benefici potrebbe indurre a perdere di vista la dimensione collettiva ed i vantaggi che ne possono derivare <sup>(339)</sup>.

Ma, si potrebbe replicare che la necessaria attenzione al contesto di gruppo è assicurata dal chiaro ambito di applicazione della norma che si riferisce al gruppo anche nel chiarire da quale entità devono provenire i vantaggi compensativi.

Inoltre, l'aver stabilito che i vantaggi compensativi elidono l'ingiustizia del profitto, pone un problema di applicabilità della clausola nel caso l'atto infedele abbia procurato gli *altri vantaggi* previsti dal primo comma dell'art. 2634 c.c.

A rigor di lettera, gli altri vantaggi non possono mai trovare compensazione: i vantaggi compensativi sono previsti solo in relazione al loro effetto sulla connotazione del profitto.

Tuttavia, dati i notevoli profili di similitudine delle situazioni concrete, sembrerebbe ragionevole ampliare in via interpretativa l'ambito di applicazione della clausola fino a ricomprendere come oggetto di compensazione gli altri vantaggi, anche perché si tratterebbe di ipotesi di analogia *in bonam partem* <sup>(340)</sup>.

---

<sup>(338)</sup> L'esperienza comune suggerisce che due valori del medesimo segno non si compensano, ma si sommano. In senso critico v., *ex multis*, FOFFANI, *Commento all'art. 2634 c.c.*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di PALAZZO-PALIERO, Padova, 2003, p. 1882 ss.; ACQUAROLI, *Alcune osservazioni*, op. cit., v. nota 247, p. 183; NAPOLEONI, *Geometrie parallele*, op. cit., v. nota 14, p. 3796.

<sup>(339)</sup> V. MILITELLO, *L'infedeltà patrimoniale*, op. cit., v. nota 112, p. 491. Il quale, comunque, si esprime in termini problematici sulla validità della propria tesi dopo l'eventuale riconoscimento generale del gruppo e della sua legittimità.

<sup>(340)</sup> Nel senso del testo v. SANTORIELLO, *Il nuovo diritto penale delle società*, Torino, 2003, p. 266 ss.; *contra* MILITELLO, *L'infedeltà patrimoniale*, op. cit., v.

Permangono, quindi, seri dubbi circa la qualità della formula legislativa <sup>(341)</sup> non solo per la scarsa attenzione prestata nella descrizione delle dinamiche compensative infragruppo, ma anche alla luce del fatto che il criterio della compensazione del profitto è stato abbandonato in sede di redazione dell'art. 2497 c.c.

In secondo luogo, manca un'esplicita individuazione dell'ente destinatario dei vantaggi che escludono l'ingiustizia del profitto.

Non vi sono dubbi nel ritenere che il beneficiario della compensazione possa essere l'ente che subisce il pregiudizio a causa dell'atto di disposizione patrimoniale infedele; maggiormente problematica è l'eventualità che il vantaggio si riversi su altra società del gruppo o sulla collettività delle società che ne fanno parte.

L'opinione che sostiene l'applicabilità della clausola sia in caso di vantaggio ricevuto dalla società danneggiata che in caso di vantaggio ricevuto dal gruppo in generale <sup>(342)</sup> non sembra condivisibile perché presta il fianco all'obiezione di non riconoscere l'esigenza, comunemente postulata <sup>(343)</sup>, che il vantaggio compensativo abbia come destinatario finale, non necessariamente immediato, la società danneggiata.

Opinando diversamente si avrebbe uno snaturamento della *ratio* del vantaggio compensativo: se il pregiudizio derivante alla singola società dall'applicazione della politica di gruppo non dovesse essere compensato da un beneficio che alla stessa pervenga in forza di altri rapporti di gruppo -espressione della medesima politica d'impresa-, si potrebbe legittimare qualsiasi spoliazione delle controllate.

Ragionando per assurdo, rientrerebbero nella clausola di esclusione della responsabilità tutti gli atti infedeli che hanno per

---

nota 112, p. 491; D'AVIRRO-MAZZOTTA, *I reati "d'infedeltà" nelle società commerciali*, Milano, 2004, p. 130 ss.

<sup>(341)</sup> Che ripercorre l'analoga clausola presente nel progetto Pagliaro, all'art. 112 n. 2, che così recitava: «*non è ingiusto il profitto dell'impresa collegata, ove questo sia compensato dai riflessi favorevoli per l'impresa per il cui conto l'atto è compiuto*».

<sup>(342)</sup> Cfr., sebbene in termini problematici, FOFFANI, *Le infedeltà*, op. cit., v. nota 6, p. 360 ss.

<sup>(343)</sup> In questo senso v. SANTORIELLO, *Il nuovo*, op. cit., v. nota 340, p. 265; D'AVIRRO-MAZZOTTA, *I reati "d'infedeltà"*, op. cit., v. nota 340, p. 128; SANDRELLI, *L'infedeltà patrimoniale*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di AMBROSINI, vol. II, Torino, 2005, p. 510.

oggetto il trasferimento di cespiti attivi dal patrimonio della controllata a quello della *holding* in vista di operazioni che avvantaggino esclusivamente quest'ultima.

Un'ulteriore caratteristica specifica del vantaggio compensativo penalistico è che questo può essere sia effettivamente conseguito che «*fondatamente prevedibile*».

In altri termini il legislatore penale ha ammesso l'operatività della clausola di esclusione della responsabilità anche nell'ipotesi in cui il vantaggio compensativo, alla fine, non si configuri del tutto, rimanendo la società danneggiata dall'operazione infragruppo, ma il conseguimento del vantaggio doveva essere fondatamente prevedibile al momento del compimento dell'operazione.

Questa possibilità è un dato di estrema rilevanza perché il legislatore ha ammesso in campo penale l'operatività della teoria dei vantaggi compensativi in una modalità estremamente ampia, e lo ha fatto in modo esplicito.

Il problema, in questo caso, investe la delimitazione dei confini di applicabilità della clausola: è una questione ermeneutica, circa la corretta interpretazione dell'espressione «*fondatamente prevedibile*»<sup>(344)</sup>.

La dottrina, a riguardo, si schiera su posizioni rigorose<sup>(345)</sup>. È infatti generalmente richiesto che la fondata prevedibilità sia valutata mediante un giudizio obiettivo di prognosi postuma, imperniato su indici di natura economica e relativo agli elementi conosciuti o

---

<sup>(344)</sup> Da segnalare che, rispetto alla legge delega che prevedeva una formulazione più generica (*ragionevolmente prevedibile*), il legislatore delegato ha scelto di imporre dei vincoli più stringenti all'operatività della clausola in esame.

<sup>(345)</sup> In argomento, v., oltre gli Autori citati alla nota 247, F. MUCCIARELLI, *Il ruolo*, op. cit., v. nota 337, p. 633 ss.; VENAFFRO, *Art. 2634 - Infedeltà patrimoniale*, in *Leg. pen.*, 2003, p. 517 ss.; BERSANI, *Operazioni infragruppo e vantaggi compensativi nel diritto penale societario e fallimentare*, in *Fisco*, 39, 2004, disponibile sul sito [home.ilfisco.it](http://home.ilfisco.it), p. 4 ss. della versione stampabile; CODAZZI, *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale (dalla compensazione «virtuale» alla compensazione «reale»): alcune riflessioni alla luce del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2004, p. 607; MASUCCI, *Vantaggi del gruppo e dell'impresa collegata nel governo penale degli abusi di gestione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, p. 905 ss.; BENUSSI, *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale nei gruppi di società: limite scriminante o «esegetico»?», in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di DOLCINI-PALIERO, vol. III, Milano, 2006, p. 2194 ss.*

conoscibili <sup>(346)</sup> dall'agente, il cui risultato vada oltre una semplice probabilità e si attesti sulla quasi certezza che vi saranno dei benefici derivanti dall'appartenenza al gruppo tali da equilibrare la situazione della controllata <sup>(347)</sup>.

Diversamente, se fosse sufficiente una mera probabilità di ottenere in futuro una compensazione per il danno provocato dall'operazione infragrupo, sarebbero incentivati i comportamenti della *holding* tesi al proprio esclusivo tornaconto, sulla base della considerazione che sarebbe agevole per gli amministratori della controllata allegare la probabilità di un futuro ristoro per il pregiudizio patito <sup>(348)</sup>.

Nei medesimi termini si pone la Corte di cassazione che, in una recente pronuncia <sup>(349)</sup>, ha affermato che la fattispecie di esonero della responsabilità «*trova applicazione in presenza di concreti vantaggi compensativi dell'appropriazione e del conseguente danno provocato alle singole società, non essendo sufficiente la mera speranza, ma che i vantaggi corrispondenti, compensativi della ricchezza perduta, siano "conseguiti" o "prevedibili" fondatamente e, cioè, basati su elementi sicuri, pressoché certi e non meramente aleatori o costituenti una semplice aspettativa; deve trattarsi, quindi, di una previsione di sostanziale certezza*».

Pertanto, ai fini dell'applicabilità dell'art. 2634 comma 3 c.c. non è necessario che i vantaggi compensativi siano contestuali al pregiudizio e nemmeno che si verifichino *tout court*, purchè, in base ai fattori

---

<sup>(346)</sup> Tuttavia vi è una voce che richiede che la valutazione sulla fondata prevedibilità debba essere effettuata in relazione a tutte le circostanze esistenti al momento del compimento dell'operazione, anche se sconosciute dall'agente (VENAFRO, *Art. 2634*, op. cit., loc. cit.). Non sembra che questa tesi sia corretta perché il giudizio di fondata prevedibilità deve essere riferito al soggetto qualificato che ha posto in essere l'atto infedele, altrimenti si rischia di ampliare il campo di applicazione della clausola a condotte effettuate con la consapevolezza dell'insussistenza di vantaggi compensativi, che non si verificano, ma che potevano -al momento del compimento dell'azione- essere dedotti da circostanze sconosciute dall'agente.

<sup>(347)</sup> V. S. ROSSI, *Relazione introduttiva*, in *Giur. comm.*, 2002, p. 615; MEZZETTI, *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 237 ss.; MASUCCI, *Vantaggi del gruppo*, op. cit., v. nota 345, p. 906; BENUSSI, *Vantaggi compensativi*, op. cit., v. nota 345, p. 2194 ss.

<sup>(348)</sup> Cfr. BENUSSI, *Vantaggi compensativi*, op. cit., v. nota 345, p. 2195.

<sup>(349)</sup> Cass. pen., sez. V, 7/10/2003, in *Cass. pen.*, 2004, p. 457 ss.

conosciuti al momento del compimento dell'operazione, vi fosse la quasi certezza che questi vantaggi si sarebbero verificati.

Una volta tratteggiate le caratteristiche salienti delle clausole sui gruppi di società di cui agli artt. 2497 e 2634 c.c., è possibile affrontare il quesito sollevato all'inizio del presente paragrafo: l'ordinamento societario presenta una nozione unitaria di vantaggio compensativo?

In altre parole, si tratta di valutare se i vantaggi compensativi civilistici e penalistici hanno struttura simile e possono essere fungibili. Se così fosse non vi sarebbe che da constatare, per quanto riguarda gli aspetti del gruppo societario esplicitamente disciplinati dal diritto societario, il riconoscimento legislativo di una nozione unitaria di vantaggio compensativo.

Un primo motivo di differenziazione potrebbe risiedere nel diverso 'meccanismo di funzionamento' dei vantaggi compensativi civili e penali: nel primo caso i vantaggi annullano il pregiudizio subito dalla controllata, nel secondo rendono giusto il profitto del gruppo.

Tuttavia, questo aspetto non implica una reale differenza nella struttura operativa dei vantaggi giacchè, in sede penalistica, l'esclusione dell'ingiustizia del profitto altro non è che il riflesso della mancanza di un danno per la controllata <sup>(350)</sup>.

Infatti, se vi è un beneficio di ritorno, il cui effetto finale è quello di annullare l'ingiustizia del profitto percepito dalla *holding*, si deve convenire che questo, prima, incide necessariamente sulla configurazione del danno patrimoniale previsto dalla norma. Non vi è lesione del bene protetto se vi sono adeguati benefici derivanti dall'appartenenza al gruppo, quindi il profitto della controllante non potrà dirsi maturato *contra legem*.

Un effettivo motivo di differenziazione è invece rappresentato dalla diversa ampiezza delle due clausole.

Mentre in sede civilistica i vantaggi compensativi rilevanti sono quelli che vengono effettivamente percepiti, oppure che verranno sicuramente percepiti, i vantaggi compensativi penalistici possono

---

<sup>(350)</sup> Nel senso del testo v. SCHIAVANO, *Riflessioni sull'infedeltà patrimoniale societaria (art. 2634 c.c.)*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, p. 827; BENUSSI, *Vantaggi compensativi*, op. cit., v. nota 345, p. 2207 ss.

rilevare anche nel caso non siano incamerati dalla società danneggiata.

Si è visto come l'art. 2634 comma 3 c.c. ammetta l'effetto liceizzante dei vantaggi fondatamente prevedibili che, tuttavia, non si realizzano. Benchè la portata pratica di questa precisazione legislativa possa immaginarsi di modesto impatto, essendo comunque necessario che i vantaggi siano previsti con un grado di probabilità vicino alla certezza, la differenziazione con quanto stabilito dall'art. 2497 c.c. ha un consistente valore generale.

Si è voluta, in tal modo, attribuire alla fattispecie di vantaggio compensativo penale un ruolo maggiormente mitigatorio dei profili di responsabilità derivanti dall'effettuazione di operazioni infragruppo, rispetto a quanto previsto per i vantaggi compensativi civilistici <sup>(351)</sup>.

Ne risulta che alcune operazioni infragruppo possono risultare penalmente lecite, sebbene siano fonte di responsabilità per abuso di attività di direzione e coordinamento *ex art.* 2497 c.c.

Queste riflessioni inducono a negare che possa sussistere una nozione unitaria di vantaggio compensativo; il comma terzo dell'art. 2634 c.c. e l'art. 2497 c.c. opereranno nei loro rispettivi ambiti, con le rispettive differenze strutturali.

Per quanto riguarda il versante penalistico, oltre che nell'ipotesi di infedeltà patrimoniale, i vantaggi compensativi potrebbero trovare diretta applicazione nell'ambito di specifiche ipotesi di bancarotta tramite il richiamo all'art. 2634 c.c. previsto dall'art. 223 comma 2 n. 1 l.f. <sup>(352)</sup>.

---

<sup>(351)</sup> Il che è perfettamente consonante con ruolo di *extrema ratio* tipico del diritto penale. Nel senso del testo v. MUSCO, *I nuovi reati societari*, op. cit., v. nota 337, p. 221; SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2004, p. 661, *passim*.

<sup>(352)</sup> V. *infra*, sez. II, par. 2 del presente capitolo.

3. *Inquadramento dogmatico dei vantaggi compensativi nell'ambito della fattispecie di infedeltà patrimoniale e riflessi nel campo fallimentaristico.*

Una questione ricca di conseguenze pratiche è rappresentata dal corretto inquadramento dogmatico dei vantaggi compensativi nell'ambito della struttura della fattispecie tipica secondo i canoni di teoria generale del reato.

Per effettuare detta classificazione bisogna valutare quale elemento del reato di infedeltà patrimoniale viene meno per effetto della sussistenza di un vantaggio compensativo.

A questo proposito, già da una prima lettura dell'art. 2634 c.c. nel suo complesso, si delinea una contrapposizione: i vantaggi possono essere qualificati come elementi che escludono l'illiceità della condotta, quindi come cause di giustificazione, oppure possono essere ritenuti elementi che contribuiscono alla definizione del tipo punibile, prefigurando cause di esclusione della tipicità <sup>(353)</sup>.

La prima tesi, che trova il conforto di autorevole dottrina <sup>(354)</sup>, si basa sulla lettura dell'ingiustizia del profitto come elemento in cui si concentra l'antigiuridicità del fatto tipico; in questo contesto la

---

<sup>(353)</sup> Per completezza bisogna segnalare che un'altra opzione interpretativa configurabile in astratto è quella di qualificare i vantaggi compensativi come causa di esclusione della punibilità. Tuttavia pare che la formulazione della norma indichi chiaramente che il vantaggio compensativo interviene sull'ingiustizia del profitto, elemento caratterizzate del fatto di reato, che, quindi, non viene a completarsi nella sua tipicità oppure, al limite, nella sua antigiuridicità se si accoglie l'accezione di ingiusto profitto come elemento in cui si concentra l'illiceità del fatto (v., *infra*, nel testo). Non sembra vi sia spazio per configurare i vantaggi compensativi come Per la negazione della configurabilità di una causa di esclusione della punibilità v., di recente, MUSCO, *I nuovi reati societari*, op. cit., v. nota 337, p. 218; AMATI, *Infedeltà patrimoniale*, op. cit., v. nota 6, p. 425.

<sup>(354)</sup> F. MUCCIARELLI, *Il ruolo*, op. cit., v. nota 337, p. 631, il quale afferma che «la previsione del 3° comma dell'art. 2634 c.c. (...) stabilisce che non è ingiusto (e dunque non *contra ius*, il profitto (qualunque profitto) che abbia le caratteristiche propriamente indicate dal medesimo 3° comma: e pare difficile negare ad un siffatto estremo di fattispecie, che qualifica «non *contra ius*» una determinata situazione, lo statuto di scriminante, e dunque di circostanza che elide l'antigiuridicità del fatto tipico». Per un'analoga opinione v. BERSANI, *Operazioni infragruppo*, op. cit., v. nota 345, p. 4 ss.



clausola dei vantaggi compensativi è causa di giustificazione perché, rendendo lecito il profitto, annulla l'illiceità del fatto.

Assumendo che la tesi illustrata sia corretta, si dovrebbero riscontrare importanti implicazioni.

In particolare, in campo penal-fallimentaristico, vi sarebbe un effetto scriminante per quegli atti distrattivi infragruppo che presentano caratteristiche analoghe alla condotta di infedeltà <sup>(355)</sup>, data la riconosciuta possibilità di applicazione analogica delle cause di giustificazione <sup>(356)</sup>.

La tesi del vantaggio compensativo come scriminante, che ha il merito di sganciarsi dalla visione dell'ingiustizia del profitto come mera componente volitiva di dolo specifico, risulta, tuttavia, criticabile sotto alcuni aspetti.

In primo luogo la supposta causa di giustificazione non opererebbe sul fatto nel suo complesso, ma solo su di un elemento, rappresentato dall'evento del conseguimento del profitto. Ma, come è noto, le cause di giustificazione operano solo nel momento in cui sono integrati tutti gli elementi del fatto che, pur essendo in astratto meritevole di provocare l'irrogazione della pena, non presenta caratteri di illiceità e quindi non è reato.

In secondo luogo, la tesi in esame è stata criticata in quanto basata su di un'operazione ermeneutica non consentita dalla lettera dell'art. 2634 c.c. che prevede un unico fatto di reato: la traslazione del piano soggettivo dell'ingiusto profitto, elemento di dolo specifico nel primo comma, che tale dovrebbero rimanere nel terzo comma, ma che diventa oggettivo e scriminante <sup>(357)</sup>.

In terzo luogo, più significativamente, se vi fosse una causa di giustificazione la stessa dovrebbe valere in tutto l'ordinamento <sup>(358)</sup>, ma

---

<sup>(355)</sup> In tema, v., più diffusamente, *infra*, sez. II, par. 3 di questo capitolo.

<sup>(356)</sup> In questo senso v., per tutti, VASSALLI, *Analogia nel diritto penale*, voce del *Dig. disc. pen.*, Torino, 1987, vol. I, p. 169 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, op. cit., v. nota 145, p. 227 ss.; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, op. cit., v. nota 145, p. 197 ss.

<sup>(357)</sup> In questo senso, v. D'AVIRRO-MAZZOTTA, *I reati "d'infedeltà"*, op. cit., v. nota 340, p. 129 ss.

<sup>(358)</sup> Sulla valenza universale delle scriminanti v., per tutti, MARINUCCI, *Cause di giustificazione*, voce del *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1988, p. 132.

non sembra che questo sia il caso dei vantaggi compensativi previsti dall'art. 2634 comma 3 c.c. <sup>(359)</sup>.

La ragione sta nella -si crede- dimostrata impossibilità di riscontrare una nozione unitaria di vantaggio compensativo nel diritto societario: alcuni comportamenti, precisamente gli atti infedeli che sono compiuti in vista di un vantaggio fondatamente prevedibile che non si verifica, sono irrilevanti per il diritto penale, ma sono fonte di responsabilità civile ex art. 2497 c.c. Pertanto è strutturalmente impossibile che si configuri una causa di giustificazione.

La tesi maggiormente seguita in dottrina è quella che attribuisce alla clausola dei vantaggi compensativi il ruolo di escludere il dolo specifico dell'ingiusto profitto e, quindi, l'effetto di far venire meno la tipicità del fatto di reato <sup>(360)</sup>.

L'opinione dottrinale dominante si basa sul dato testuale dell'art. 2634 c.c. che, al primo comma, individua un dolo specifico, che deve sussistere in capo al soggetto qualificato, cioè l'intenzione di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto.

Ne consegue che la clausola dei vantaggi compensativi di cui al terzo comma del medesimo articolo, escludendo l'ingiustizia del profitto, si inquadra «*come causa di esclusione del dolo specifico e, quindi, quale limite negativo della tipicità, secondo la diffusa ricostruzione del dolo specifico quale criterio di tipizzazione del fatto*» <sup>(361)</sup>.

Sebbene questa tesi abbia il pregio di indirizzare l'attenzione dell'interprete nell'ambito della tipicità -distogliendola dall'infruttuoso

---

<sup>(359)</sup> Nel senso del testo, v. ACQUAROLI, *Alcune osservazioni*, op. cit., v. nota 247, p. 188 ss.; BENUSSI, *Vantaggi compensativi*, op. cit., v. nota 345, p. 2205 ss.

<sup>(360)</sup> In questo senso v. ALDOVRANDI, *Infedeltà patrimoniale*, op. cit., v. nota 337, p. 144; GIUNTA, *La riforma dei reati societari ai blocchi di partenza (Seconda parte)*, in *Studium juris*, 2002, p. 837; MACCARI, *Infedeltà patrimoniale*, op. cit., v. nota 247, p. 165 ss.; FOFFANI, *Commento all'art. 2634 c.c.*, op. cit., v. nota 338, p. 1882; SANTORIELLO, *Il nuovo*, op. cit., v. nota 340, p. 265; SCIUMBATA, *La riforma del diritto penale societario: infedeltà patrimoniale e bancarotta societaria*, in *Nuovo dir.*, 2003, p. 237; D'AVIRRO-MAZZOTTA, *I reati "d'infedeltà"*, op. cit., v. nota 340, p. 130; MUSCO, *I nuovi reati societari*, op. cit., v. nota 337, p. 218; AMATI, *Infedeltà patrimoniale*, op. cit., v. nota 6, p. 425 ss.; e, sostanzialmente, ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, Milano, 2006, p. 274.

<sup>(361)</sup> AMATI, *Infedeltà patrimoniale*, op. cit., v. nota 6, p. 425.

ambito dell'antigiuridicità-, non sembra che la stessa sia completamente condivisibile.

A questo proposito, è illuminante la riflessione di chi ha sottolineato come, nell'ambito dei gruppi, l'ingiusto profitto perda la sua connotazione psicologica eventuale e ne acquisti una necessaria <sup>(362)</sup>.

Si osservi: nel primo comma il profitto -indipendentemente dalla sua ingiustizia- può non verificarsi in concreto, essendo sufficiente che sia voluto e che sia perseguito in quanto ingiusto. In questa ipotesi il profitto giace al di fuori del fatto tipico.

La clausola dei vantaggi compensativi, invece, stabilisce che il profitto non è ingiusto a determinate condizioni; la norma prevede una precisa sequenza logica: è indispensabile che il profitto si sia verificato e ne va accertata l'ingiustizia secondo parametri -i vantaggi compensativi- che trascendono la situazione psicologica dell'agente.

Se non vi fosse alcun profitto, la clausola sarebbe monca e inapplicabile perché mancherebbe un termine di paragone per valutare l'effetto compensativo dei vantaggi derivanti dal gruppo.

In caso di infedeltà nei gruppi, quindi, il profitto ingiusto rientra a pieno titolo nel fatto tipico; di conseguenza la verifica dell'evento che concretizza il sorgere del profitto ingiusto deve essere prevista e voluta dall'agente.

Il che vuol dire che si è in presenza di dolo intenzionale e che il dolo eventuale è estraneo alla fattispecie.

Questa considerazione indebolisce significativamente la teoria dominante: la clausola dei vantaggi compensativi non agisce sulla configurabilità del dolo, bensì sulla sussistenza e sulla rilevanza della peculiare offesa al bene protetto che tipizza la condotta incriminata <sup>(363)</sup>.

Il ruolo della clausola dei vantaggi compensativi è, quindi, quello di selezionare le condotte infedeli veramente offensive nell'ambito del gruppo.

---

<sup>(362)</sup> BENUSSI, *Vantaggi compensativi*, op. cit., v. nota 345, p. 2206 ss.

<sup>(363)</sup> Si esprimono in termini di carenza predefinita di offensività della condotta in caso di vantaggi compensativi: VENAFFRO, *Art. 2634*, op. cit., v. nota 345, p. 517; BENUSSI, *Vantaggi compensativi*, op. cit., v. nota 345, p. 2207.

La corretta lettura della clausola deve partire dalla considerazione che al profitto ingiusto del gruppo corrisponde necessariamente un danno patrimoniale per la singola società, atteso che quest'ultimo è elemento richiesto dalla norma incriminatrice per la sussistenza del fatto tipico.

In questo contesto opera il vantaggio compensativo il quale, rende esplicita una limitazione intrinseca alle potenzialità offensive degli atti di disposizione dei beni sociali nei confronti del patrimonio sociale.

Dal punto di vista della costruzione della norma incriminatrice, l'art. 2634 c.c. stabilisce che vi può essere un fatto lesivo del patrimonio sociale penalmente rilevante in presenza di un atto disposizione di beni sociali infragruppo che cagiona un profitto ingiusto; tuttavia la stessa norma chiarisce che il profitto del gruppo non è ingiusto se vi sono dei vantaggi compensativi.

Se ne deduce che il legislatore considera incompatibile il vantaggio compensativo con il profitto *ingiusto* che è elemento essenziale della fattispecie; questa situazione di incompatibilità esclude che vi possa essere una condotta realmente offensiva del bene giuridico <sup>(364)</sup>.

Infatti, se vi sono vantaggi tali per la società da non ritenere che il profitto del gruppo sia ingiusto, significa che, a priori, è del pari assente ogni profilo di dannosità per il patrimonio della controllata.

In base alla teoria proposta, i vantaggi compensativi operano come causa di esclusione della tipicità perché ritagliano via dal fatto tipico le condotte che non sono realmente offensive.

Da queste considerazioni discende un'importante conseguenza pratica: se la clausola dei vantaggi compensativi opera nell'ambito della configurazione del fatto tipico di infedeltà patrimoniale, allora non è possibile attribuire all'art. 2634 comma 3 c.c. alcun valore scriminante sistematico; perciò è inverosimile che la citata clausola possa applicarsi direttamente ad ipotesi analoghe, come la bancarotta fraudolenta per distrazione.

Di questa tematica sarà dato conto nella prossima sezione.

---

<sup>(364)</sup> In questo senso v., nuovamente, BENUSSI, *Vantaggi compensativi*, op. cit., v. nota 345, p. 2207.

## SEZIONE SECONDA

### I VANTAGGI COMPENSATIVI NEL DIRITTO PENALE FALLIMENTARE

*1. Premessa: rapporti tra bancarotta societaria per precedente infedeltà patrimoniale e bancarotta societaria per distrazione.*

Preliminare alla soluzione del problema della configurabilità dei vantaggi compensativi nell'ambito dei reati di bancarotta è la tematica dei rapporti fra bancarotta societaria per precedente infedeltà patrimoniale *ex art. 223 comma 2 n. 1 l.f.* e bancarotta societaria per distrazione *ex art. 223 comma 1 l.f.*

La necessità di trovare un criterio discretivo tra le due figure è dettata dal fatto che, come verrà di seguito illustrato, ai fini dell'applicazione della teoria dei vantaggi compensativi non è indifferente che un caso concreto di operazione infragruppo depauperatoria possa essere inquadrato in una ipotesi piuttosto che nell'altra.

Per delimitare i campi di applicazione delle due norme si deve procedere a valutare se le due fattispecie presentano degli elementi comuni e, nel caso, se sia possibile che si configuri un concorso apparente da risolvere mediante il criterio di specialità di cui all'art. 15 c.p.

Le caratteristiche essenziali del fatto tipico di bancarotta di distrazione sono già state dettagliate <sup>(365)</sup>; rimane, tuttavia, da valutare un importante presupposto.

Si è detto <sup>(366)</sup> che, nell'ambito dei rapporti di gruppo, è *endemico* un certo livello di conflitto fra interesse del gruppo (o della controllante) ed interesse della controllata.

---

<sup>(365)</sup> V., *supra*, cap. II, sez. I, par. 2.1.

<sup>(366)</sup> V., *supra*, cap. I, sez. III, par. 1.

Nel contesto del gruppo societario normalmente operativo questo conflitto non acquista rilevanza penale -e neppure è fonte di responsabilità civile- fintantochè l'interesse della controllata è sacrificato in vista di un risultato economico complessivo del quale beneficia anche la singola società sotto forma di vantaggi compensativi.

Quando alcune delle componenti del gruppo diventano insolventi, il menzionato conflitto perde rilevanza perché, al contrario di quanto avviene per il reato di infedeltà patrimoniale, la bancarotta non richiede come elemento essenziale della fattispecie la sussistenza di un conflitto di interessi in capo all'organo che pone in essere l'atto lesivo della garanzia patrimoniale.

Ma ciò non implica che sia da escludere la sussistenza di un conflitto di interesse a monte dell'atto distrattivo.

A questo proposito, una voce autorevole ha sostenuto che, nell'ambito dei rapporti di gruppo, in ogni caso in cui si verifica una bancarotta per distrazione vi è un conflitto di interessi che funge da presupposto alla condotta illecita <sup>(367)</sup>.

La citata tesi muove dalla definizione di conflitto di interessi come relazione di incapacità di un bene a soddisfare i bisogni di più soggetti <sup>(368)</sup>; questa tipicità del bene è un vincolo per il soggetto che ha il potere di disporne perché in qualsiasi modo egli agisca escluderà la soddisfazione del bisogno concorrente.

Il conflitto di interessi sussiste quando detto soggetto è portatore delle istanze di soddisfazione di entrambi gli inconciliabili bisogni, situazione tipica nel caso di direttive di gruppo si risolvono in un pregiudizio per la società controllata.

Data questa premessa, si deve concordare sul fatto che il conflitto di interessi costituisce premessa logica ad una condotta che può procurare un danno alla consistenza patrimoniale della società del gruppo.

---

<sup>(367)</sup> V. MANGANO, *Il gruppo*, op. cit., v. nota 113, *passim*.

<sup>(368)</sup> V. MANGANO, *Il gruppo*, op. cit., v. nota 113, p. 112; in generale sulle varie accezioni del concetto penalistico del conflitto di interessi (formale *vs.* sostanziale; statico *vs.* dinamico) v., di recente, ALAGNA, *Note sul concetto penalistico di conflitto di interessi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 743, *passim*.

Tuttavia, non tutte le condotte che si pongono come conseguenza logica del conflitto di interessi sono inquadrabili nell'ambito della bancarotta, per il solo intervento della sentenza dichiarativa di fallimento.

Si pensi alle operazioni che non sono idonee a realizzare l'effetto di diminuzione della garanzia patrimoniale perché procurano un vantaggio ad altra società del gruppo senza cagionare un danno patrimoniale alla società che le pone in essere <sup>(369)</sup>, oppure perché non riguardano la consistenza patrimoniale della controllata <sup>(370)</sup>.

Viceversa, nel caso in cui la politica di gruppo imponga alle controllate l'effettuazione di operazioni infragruppo che ne depauperano il patrimonio, negli amministratori si configura un conflitto di interessi che funge da impulso al compimento di condotte anche distrattive. In questi frangenti, il conflitto d'interessi è un elemento inscindibile dalla condotta bancarottiera, anche se la legge non lo ritiene necessario per la sussistenza del reato.

In breve: non in tutte le occasioni in cui vi è un conflitto di interessi per operazioni infragruppo si configura una distrazione, ma se un'operazione infragruppo si qualifica come distrattiva, quest'ultima non rappresenterà altro che la soluzione illecita di un'immane antecedente conflitto di interessi.

Pertanto sembra corretto affermare che, nel contesto di gruppo, il conflitto d'interesse dell'amministratore, pur essendo un antecedente fattuale della condotta distrattiva, è irrilevante per la sussistenza del reato di bancarotta patrimoniale per l'assorbente ragione che esso non è indicato fra gli elementi costitutivi del fatto contemplato dalla norma che punisce la bancarotta societaria per distrazione.

Ciò precisato, si deve passare a sintetizzare gli elementi essenziali del delitto di infedeltà patrimoniale, per verificare se le due fattispecie in esame siano sovrapponibili, anche solo parzialmente.

---

<sup>(369)</sup> L'esempio è suggerito da MANGANO (*Il gruppo*, op. cit., v. nota 113, p. 111): l'amministratore stipula un contratto di acquisto a prezzo di mercato di terreni appartenenti ad una società del gruppo situati in una zona non conveniente per la propria società al fine di costruirvi un impianto di produzione.

<sup>(370)</sup> Il che potrebbe avvenire quando una politica di gruppo vieta l'espansione di una società in altro mercato geografico ove, per il medesimo settore merceologico, è già presente un'altra società del gruppo.

Una prima constatazione è immediata: la vigenza di uno stato di conflitto di interessi in capo al soggetto qualificato del reato, il quale si fa portatore di un interesse incompatibile con l'interesse sociale è elemento che rientra nel fatto tipico di infedeltà patrimoniale.

Come è stato autorevolmente precisato <sup>(371)</sup>, il conflitto deve essere attuale e sostanziale, deve cioè essere presente nello specifico momento in cui viene deliberato l'atto di disposizione patrimoniale e deve sussistere in relazione alle caratteristiche della specifica operazione nella quale l'atto di disposizione si inserisce, superando, in tal modo, le presunzioni di conflittualità di alcune categorie astratte di operazioni <sup>(372)</sup>.

La condotta infedele consiste nella deliberazione, o nella partecipazione attiva alla deliberazione, di atti di disposizione patrimoniale.

Pur non essendovi, in dottrina, concordia sull'esatta qualificazione degli atti di disposizione di beni sociali, non è tuttavia seriamente confutabile che la norma in questione non contempri condotte omissive degli amministratori e neppure atti di organizzazione interna della società (fusione, aumento di capitale ecc.) <sup>(373)</sup>.

Secondo una corrente di pensiero, nella nozione di atti di disposizione di beni sociali, è da ricomprendersi l'assunzione di obbligazioni a carico del patrimonio sociale: «*poiché quest'ultimo deve sopportare il relativo costo, tali obbligazioni, sia pure indirettamente, si traducono pur sempre in una disposizione dei beni sociali*» <sup>(374)</sup>.

---

<sup>(371)</sup> Nel senso del testo v. ALDOVRANDI, *Infedeltà patrimoniale*, op. cit., v. nota 337, p. 132 ss.; FOFFANI, *Le infedeltà*, op. cit., v. nota 6, p. 352; D'AVIRRO-MAZZOTTA, *I reati "d'infedeltà"*, op. cit., v. nota 340, p. 70 ss.

<sup>(372)</sup> Tradizionale esempio in tal senso sono le operazioni in cui l'amministratore è la controparte contrattuale della società amministrata.

<sup>(373)</sup> In questo senso la dottrina concorde; v., *ex multis*, ALDOVRANDI, *Infedeltà patrimoniale*, op. cit., v. nota 337, p. 138; MACCARI, *Infedeltà patrimoniale*, op. cit., v. nota 247, p. 151; MILITELLO, *L'infedeltà patrimoniale*, op. cit., v. nota 112, p. 483; FOFFANI, *Commento all'art. 2634 c.c.*, op. cit., v. nota 338, p. 1878 ss.; MUSCO, *I nuovi reati societari*, op. cit., v. nota 337, p. 212.

<sup>(374)</sup> MILITELLO, *L'infedeltà patrimoniale*, op. cit., v. nota 112, p. 483, il corsivo non è presente nell'originale; nel medesimo senso v. ALDOVRANDI, *Infedeltà patrimoniale*, op. cit., v. nota 337, p. 138.



Ma, correttamente, alla dottrina più attenta non è sembrato che quest'opinione fosse da condividere <sup>(375)</sup>.

Infatti, l'assunzione di obbligazioni determina una situazione di potenziale disposizione dei beni sociali che non si traduce *sempre* in disposizione di beni, per quanto mediata.

A prescindere dalle ipotesi in cui l'oggetto dell'obbligazione non è la disposizione di un bene sociale (la stipulazione di un patto di prelazione, di un patto di non concorrenza ecc.), l'obbligazione a carattere patrimoniale determina solo eventualmente la fuoriuscita di un bene compreso nel patrimonio dell'obbligato.

Il caso più eclatante è quello dell'assunzione di impegni di garanzia: il garante non necessariamente è costretto ad adempiere alla propria obbligazione; in ogni modo il suo adempimento -che comporterebbe la disposizione di un bene sociale- è dovuto al comportamento del terzo garantito che non onora la propria obbligazione <sup>(376)</sup>.

In generale, comunque, l'adempimento -e quindi la disposizione di un bene sociale- non è l'esclusiva modalità di estinzione delle obbligazioni, che possono venir meno, ad esempio, per impossibilità sopravvenuta non imputabile al debitore.

Pertanto non sembra corretto annoverare nelle condotte di infedeltà patrimoniale l'assunzione di obbligazioni a carico del patrimonio sociale.

A riprova di questo assunto vi è il fatto che, nell'ordinamento tedesco, l'analoga fattispecie di reato (§ 266 StGB) prevede esplicitamente due condotte differenti: il compimento di atti dispositivi e l'assunzione di obbligazioni. Evidentemente il legislatore tedesco ha giustamente ritenuto che il concetto di assunzione delle obbligazioni

---

<sup>(375)</sup> Nel senso che l'assunzione di obbligazioni non può essere considerata come atto di disposizione patrimoniale v. FOFFANI, *Le infedeltà*, op. cit., v. nota 6, p. 352; AMATI, *Infedeltà patrimoniale*, op. cit., v. nota 6, p. 413 ss.

<sup>(376)</sup> Con la conseguenza, qui abbozzata con scopo apertamente provocatorio, che si configurerebbe il problema del concorso nel reato di infedeltà patrimoniale del garantito inadempiente che ha contratto l'obbligazione, conscio della propria difficoltà di adempiere e del conflitto di interessi in capo all'amministratore della società garante.

non sia un sotto-insieme del concetto di atti di disposizione patrimoniale <sup>(377)</sup>.

L'art. 2634 c.c. richiede, poi, che vi sia un danno patrimoniale cagionato alla società in compimento dell'atto infedele. Tale danno sussiste nel caso di una diminuzione del patrimonio della società dalla quale scaturisca il dissesto rilevante ai fini fallimentari.

Una volta richiamate, con particolare riguardo al fenomeno del gruppo di società, le caratteristiche essenziali dei fatti tipici di infedeltà patrimoniale e di bancarotta societaria per distrazione è possibile affrontare il cuore del problema illustrato all'inizio del presente paragrafo.

Le ipotesi di bancarotta societaria per precedente infedeltà patrimoniale <sup>(378)</sup> e di bancarotta societaria per distrazione presentano diversi elementi in comune che le rendono entrambe idonee ad essere applicate in caso di operazioni infragruppo, che comportano una diminuzione patrimoniale di una società del gruppo, destinata a fallire, in favore di un'altra.

Il primo elemento è costituito dai soggetti qualificati del reato che sono i medesimi, ad eccezione dei sindaci.

Il secondo elemento è rappresentato dalla diminuzione della funzione di garanzia del patrimonio prodromica al dissesto, che si verifica sia in caso di bancarotta a seguito di infedeltà, che in caso di distrazione, per effetto del danno patrimoniale scaturente dal comportamento vietato.

Per quanto riguarda la bancarotta per distrazione, il danno alla garanzia patrimoniale è il risultato tipico della condotta incriminata che deriva dall'effetto lesivo dell'attivo patrimoniale, risultato immediato dell'atto distrattivo.

---

<sup>(377)</sup> Invero, la preoccupazione che la norma interpretata nel senso conforme al testo perda gran parte della sua effettività, escludendo dal proprio ambito di applicazione una rilevante porzione di comportamenti infedeli, sembra fondata; tuttavia non pare che questa notazione possa consentire all'interprete di spingersi oltre ogni possibile significato letterale del concetto di «atti di disposizione patrimoniale» parificandolo al differente concetto di «assunzione di obbligazioni».

<sup>(378)</sup> Non è superfluo ribadire che l'art. 223 comma 2 n. 1 l.f. contiene un richiamo alle fattispecie societarie che conservano le proprie caratteristiche psicologiche e di tipicità. Sul punto v. PEDRAZZI, *Commento all'art. 223*, op. cit., v. nota 114, p. 311.

Nell'ipotesi di bancarotta a seguito di infedeltà, invece, il danno patrimoniale richiesto dall'art. 2634 c.c. viene collegato causalmente all'evento del dissesto dalla norma incriminatrice, con la conseguenza che, inevitabilmente, verrà lesa anche la funzione di garanzia del patrimonio danneggiato.

In entrambe le fattispecie, quindi, vi è un'illecita riduzione dell'attivo del patrimonio sociale che ne causa la diminuzione della funzione di garanzia.

Sembrerebbe, tuttavia, che solo nell'ipotesi della bancarotta a seguito di infedeltà sia presente l'elemento del dissesto. A ben vedere, anche nel caso della bancarotta societaria patrimoniale, il dissesto è un evento che presenta significative relazioni con il fatto tipico.

Anzi «*a una riflessione approfondita, la pericolosità tipica dei fatti di bancarotta patrimoniale appare concettualmente correlata ad una situazione di dissesto (...). Lo suggerisce l'oggettività giuridica, posto che il diritto dei creditori viene tutelato sotto il profilo del soddisfacimento coattivo cui la garanzia è preordinata. È chiaro che un effetto di frustrazione della responsabilità patrimoniale, per procurata insufficienza della garanzia, è concettualmente ed empiricamente inseparabile dal dissesto*» (379).

Il dissesto, quindi, rimane sullo sfondo del quadro disegnato dalla tipicità della bancarotta societaria patrimoniale, come elemento che certamente si colloca al di fuori del perimetro tracciato dal fatto tipico; tuttavia esso è coesistente alla riduzione della funzione di garanzia del patrimonio dell'impresa.

Infatti, non si potrebbe valutare come rilevante, dal punto di vista della necessaria offensività del bene giuridico tutelato, quel comportamento che pur non dimostrando alcuna attitudine -neppure potenziale- nei confronti di un dissesto, provochi una riduzione della funzione di garanzia del patrimonio sociale. In questo caso, si dovrebbe optare per inquadrare la condotta concreta come un lecito atto di gestione imprenditoriale (380).

Se ne deduce che anche nella fattispecie di bancarotta societaria per distrazione è presente l'elemento del dissesto, nel quale si realizza

---

(379) PEDRAZZI, *Commento all'art. 216*, op. cit., v. nota 114, p. 16.

(380) Nel senso del testo, oltre che PEDRAZZI, op. cit., loc. cit. e p. 69 ss., cfr. CONTI, *Diritto penale*, op. cit., v. nota 157, p. 95 ss.

necessariamente la pericolosità concreta della condotta illecita; ma, al contrario delle ipotesi di bancarotta da precedente reato societario, non necessario che vi sia un legame causale essendo sufficiente che la condotta dimostri la propria potenzialità concreta a fungere da antecedente empirico e logico del dissesto.

Per le ragioni sopra esposte sembra preferibile ritenere che il dissesto sia elemento comune ad entrambe le fattispecie di cui ai commi 1 e 2 n. 1 dell'art. 223 l.f.

Il terzo elemento è relativo ad alcune condotte tipiche.

Le modalità di integrazione delle condotte distrattive sono le più varie: atti dispositivi di cespiti patrimoniali, assunzione di obbligazioni, costituzioni di garanzie ed anche le operazioni di organizzazione societaria <sup>(381)</sup>.

Al contrario, come sopra esposto, la condotta tipica della bancarotta societaria per precedente infedeltà patrimoniale è esclusivamente quella di disposizione di beni sociali.

Quindi, dal punto di vista della condotta, le due fattispecie sono sovrapponibili solo in caso di atti di disposizione di beni sociali.

Ovviamente, l'interferenza non sussiste se le condotte illecite sono diverse da atti di disposizione patrimoniale, pur rientrando nell'ambito della distrazione: in questa ipotesi il fatto concreto sarà inquadrabile, per le ragioni sopra esposte, solo nella figura delittuosa della bancarotta societaria per distrazione e non vi saranno problemi di concorso di norme <sup>(382)</sup>.

Dalla precedente analisi discende la constatazione del rapporto di interferenza fra le due norme, in quanto tutti gli elementi del fatto di bancarotta societaria per distrazione sono presenti nel fatto descritto dalla norma sulla bancarotta societaria per precedente infedeltà patrimoniale.

---

<sup>(381)</sup> V., *supra*, cap. I, sez. II, par. 1.

<sup>(382)</sup> Se, invece, le condotte di riduzione dell'attivo patrimoniale non presentano neppure le caratteristiche della distrazione (ad es. in caso di rinuncia ad un credito che configura una distruzione), il fatto concreto sarà rilevante solo ai sensi del primo comma dell'art. 223 l.f. nella parte in cui richiama le condotte dell'art. 216 l.f. diverse dalla distrazione, giacchè per l'applicabilità della bancarotta societaria per precedente infedeltà patrimoniale si richiede un atto di disposizione di beni sociali che è non è assimilabile a condotte diverse dalla distrazione.

È, quindi possibile che un atto di disposizione patrimoniale posto in essere in stato di conflitto di interessi che cagiona un danno alla società, con profitto per altri, generi un problema di concorso di norme.

In questa specifica ipotesi, infatti, sono astrattamente applicabili sia la norma che punisce la bancarotta societaria per distrazione, che quella che punisce la bancarotta societaria per precedente infedeltà patrimoniale.

Questo concorso di norme è, tuttavia, solo apparente e può essere risolto in base al criterio di cui all'art. 15 c.p., in quanto la bancarotta societaria per precedente infedeltà patrimoniale è speciale rispetto alla bancarotta societaria per distrazione <sup>(383)</sup>.

Si tratta, utilizzando la migliore terminologia, di specialità per aggiunta: la bancarotta societaria per precedente infedeltà patrimoniale contiene tutti gli elementi del fatto contemplati dalla bancarotta societaria per distrazione, ma ne prevede ulteriori, *in primis* il conflitto di interessi attuale e sostanziale mancante nel fatto descritto dalla norma sulla bancarotta societaria per distrazione. Altro elemento che la norma sulla bancarotta per distrazione non prevede, esplicitamente, è il nesso causale fra condotta e dissesto che è invece richiesto dalla bancarotta per infedeltà patrimoniale.

Il conflitto di interessi, quindi, si aggiunge come elemento concomitante alla condotta che porta al compimento dell'atto dannoso; tuttavia, il conflitto, seppur non connotato dall'attualità e dalla sostanzialità, è implicitamente presente anche nella norma generale in quanto il concetto di distrazione tramite atti di disposizione patrimoniale comprende tutti i presupposti di fatto che stanno a monte di questa condotta. Non solo la situazione di conflitto di interesse, ma, ad es., anche situazione di assenza di conflitto di interesse, come nel caso della distrazione finalizzata alla creazione di fondi extracontabili, appaiono rilevanti in generale, mentre, come si è visto, nell'ambito di gruppo il presupposto di fatto del conflitto di interessi si pone come antecedente necessario alla distrazione.

---

<sup>(383)</sup> In senso conforme v., NAPOLEONI, *Geometrie parallele*, op. cit., v. nota 14, p. 3814; SANDRELLI, *L'infedeltà patrimoniale*, op. cit., v. nota 343, p. 515; cfr. D'AVIRRO-MAZZOTTA, *I reati "d'infedeltà"*, op. cit., v. nota 340, p. 147 ss.

Le medesime osservazioni valgono per l'elemento del rapporto di causalità fra condotta e dissesto, che è implicitamente presente nella fattispecie di bancarotta per distrazione <sup>(384)</sup>.

A riprova di quanto detto vi è il fatto che, se l'art. 223 comma 2 n. 1 della legge fallimentare fosse abrogato, tutte le condotte che sono riferibili a quella norma rientrerebbero nella distrazione societaria.

La conclusione delle riflessioni che seguono è che tutte le condotte di infedeltà patrimoniale alle quali segue il dissesto <sup>(385)</sup>, benché astrattamente inquadrabili anche nella bancarotta societaria per distrazione, devono essere punite in base all'art. 223 comma 2 n. 1.

Per quanto riguarda le condotte distrattive attuate mediante atti di disposizione patrimoniale, nella generalità dei casi, non si pone il problema del concorso di norme perché non vi è la possibilità di inquadrarle nell'ambito della bancarotta societaria per precedente infedeltà mancando il presupposto del conflitto d'interesse.

Il problema del concorso apparente si pone, invece, nel caso di operazioni infragruppo dove, come si è visto, un conflitto di interessi è antecedente logico anche in caso di mere condotte distrattive (sempre nel limite degli atti di disposizione patrimoniale). In questo caso, bisogna applicare ancora il criterio di specialità: le condotte saranno punite in base alla norma della bancarotta per precedente infedeltà <sup>(386)</sup>.

In conclusione, gli ambiti di applicazione delle norme di bancarotta societaria per distrazione e di bancarotta per precedente infedeltà patrimoniale, nel limitato settore dei rapporti di gruppo, possono essere individuati come segue.

La bancarotta societaria per distrazione (norma generale) si applica tutte le volte che l'atto distrattivo non si attua mediante la disposizione di beni sociali (che rientrerebbe nel caso successivo) oppure quando vi

---

<sup>(384)</sup> Che, secondo la migliore dottrina, presenta il dissesto come *sbocco tendenziale* della condotta. V. PEDRAZZI, *Commento all'art. 216*, op. cit., v. nota 114, p. 16.

<sup>(385)</sup> Che deve sfociare nel fallimento, la cui verifica è richiesta dalla norma incriminatrice.

<sup>(386)</sup> Il che, in pratica, equivale a sostenere che nei rapporti di gruppo vi è fungibilità fra condotte di infedeltà patrimoniale e alcune condotte distrattive. In questo senso v. BRICCHETTI, *Bancarotta impropria: a rischio i fatti del passato*, in *Guida dir.*, 2002, 16, p. 88 ss.; NAPOLEONI, *Geometrie parallele*, op. cit., v. nota 14, p. 3814.

è un atto di disposizione non riconducibile nemmeno come concausa all'evento-dissesto.

La bancarotta per precedente infedeltà patrimoniale (norma speciale) si applica tutte le volte in cui vi è un atto -che potrebbe anche essere considerato distrattivo- di disposizione patrimoniale, in conflitto d'interessi, che lede la consistenza patrimoniale della società, contribuendo al dissesto, e produce un profitto ingiusto od un altro vantaggio.

In questo caso, inoltre, è impossibile che si possa applicare l'ipotesi di bancarotta societaria prevista dall'art. 223 comma 2 n. 2 perché la stessa non può trovare applicazione quando vi è una condotta concreta inquadrabile nell'ambito di uno dei reati societari richiamati dal precedente n. 1 essendo la norma ivi prevista speciale rispetto a quella contenuta nel citato n. 2 <sup>(387)</sup>.

## *2. Applicabilità diretta dei vantaggi compensativi all'art. 223 comma 2 n. 1 l.f.*

Delineato il campo di applicazione della norma della bancarotta societaria per precedente infedeltà patrimoniale, occorre verificare se la norma fallimentare presenta, in virtù del richiamo alla norma societaria, una clausola di esenzione della responsabilità in caso di rapporto di gruppo.

In altri termini, si tratta di valutare se il terzo comma dell'art. 2634 c.c. è compreso nel richiamo operato dall'art. 223 comma 2 n. 1 l.f. oppure è escluso.

Per impostare la soluzione a questo problema, in primo luogo, si deve notare che la terminologia utilizzata dalla legge fallimentare è peculiare: la norma si riferisce ai *fatti* previsti dall'art. 2634 c.c.; di conseguenza sono richiamati in sede fallimentare tutti gli elementi che compongono il *fatto* previsto nel reato di infedeltà patrimoniale.

L'attenzione, quindi, si deve spostare sul piano della corretta individuazione della nozione di *fatto* oggetto di rinvio; una volta delineati i confini del *fatto*, l'interprete si dovrà domandare se la

---

<sup>(387)</sup> V. , *supra*, cap. II, sez. I, par. 2.2.

nozione così ricostruita consenta, oppure escluda, la sopravvivenza in sede fallimentare della clausola dei vantaggi compensativi.

Principiando dall'analisi del concetto di *fatto* previsto dall'art. 223 comma 2 n. 1, bisogna rilevare che la dottrina è sostanzialmente concorde nel ritenere che oggetto del richiamo previsto dalla norma sulla bancarotta sia il fatto tipico previsto dai reati societari elencati<sup>(388)</sup>; tuttavia, divergono le varie interpretazioni del concetto di fatto tipico<sup>(389)</sup>.

Da un lato vi sono opinioni che ritengono che il fatto tipico sia inclusivo dell'elemento oggettivo (condotta ed evento), compreso della necessaria offensività al bene tutelato, e dell'elemento soggettivo (dolo e colpa) del reato, rimanendo esclusi tutti gli altri elementi del reato come punibilità, antigiuridicità, elementi che fondano od escludono la colpevolezza, ecc.<sup>(390)</sup>. Dall'altro, vi è chi sostiene, in adesione alle teorie più risalenti<sup>(391)</sup>, che il fatto tipico sia il fatto umano, esclusivamente considerato nel suo aspetto fenomenico e concreto<sup>(392)</sup>.

Senza dubbio è da condividere la tesi seguita dalla maggioranza della dottrina: il fatto tipico non può ridursi alla modificazione del mondo esterno che, da sola, non esaurisce la descrizione normativa del fatto penalmente rilevante, in quanto la mera condotta può

---

<sup>(388)</sup> Sulla configurazione del fatto richiamato come fatto tipico v., *ex multis*, CADOPPI, *Riformulazione*, op. cit., v. nota 188, p. 280 ss.; BRICCHETTI-TARGETTI, *Bancarotta*, op. cit., v. nota 116, p. 136; SCHIAVANO, *La nuova bancarotta fraudolenta societaria*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, p. 259; D'AVIRRO-MAZZOTTA, *I reati "d'infedeltà"*, op. cit., v. nota 340, p. 146.

<sup>(389)</sup> Il dibattito sulla nozione di fatto tipico nel diritto penale ha affaticato la dottrina per buona parte del secolo scorso e, per evidenti ragioni, non può essere qui illustrato. In tema si rimanda a FIANDACA, *Fatto nel diritto penale*, voce del *Dig. disc. pen.*, Torino, 1991, vol. V, p. 152, *passim*; GARGANI, *Dal corpus delicti al Tatbestand*, Milano, 1997, *passim*.

<sup>(390)</sup> In questo senso v., in generale, CADOPPI-VENEZIANI, *Elementi di diritto penale*, Padova, 2004, p. 156 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, op. cit., v. nota 145, p. 160 ss. e 188 ss.; PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2006, p. 103 ss.; nello specifico settore che interessa v. CADOPPI, *Riformulazione*, op. cit., v. nota 188, p. 280 ss.; D'AVIRRO-MAZZOTTA, *I reati "d'infedeltà"*, op. cit., v. nota 340, p. 146; cfr. anche F. MUCCIARELLI, *La bancarotta*, op. cit., v. nota 180, p. 444.

<sup>(391)</sup> Per l'illustrazione delle posizioni dottrinali più risalenti, v. PAGLIARO, *Fatto, diritto penale*, voce dell' *Enc.dir.*, Milano, 1967, vol. XVI, p. 952 ss.

<sup>(392)</sup> A conforto di questa tesi, illustrata nello specifico ambito della bancarotta, v. SCHIAVANO, *La nuova bancarotta*, op. cit., v. nota 388, p. 259.



assumere significati profondamente diversi sia in relazione al risultato lesivo <sup>(393)</sup> sia in relazione allo stato soggettivo di chi la pone in essere <sup>(394)</sup>.

Peraltro, la medesima conclusione si era imposta anche con riferimento al previgente art. 223 comma 2 n. 1 l.f., che conteneva un identico richiamo al *fatto* previsto da una serie di reati societari <sup>(395)</sup>.

Da queste considerazioni, deriva la necessità di ritenere che la bancarotta per precedente infedeltà patrimoniale presuppone la sussistenza di un fatto tipico di infedeltà patrimoniale, nell'accezione sopra esposta inclusiva dei profili soggettivi ed offensivi.

Ciò constatato appare impossibile negare un'operatività diretta della clausola dei vantaggi compensativi anche nell'ambito della bancarotta per precedente infedeltà.

Infatti, la sussistenza del vantaggio compensativo, nella ricostruzione qui proposta <sup>(396)</sup>, annulla la carica offensiva della condotta infedele, escludendo la sussistenza del fatto tipico di infedeltà patrimoniale.

Di conseguenza, non essendovi il fatto tipico di infedeltà richiamato dall'art. 223 comma 2 n. 1 l.f., manca un elemento costitutivo del reato di bancarotta per precedente infedeltà, col risultato che non sarà sussistente nemmeno quest'ultima.

La presenza di vantaggi compensativi opera, quindi, come causa di esclusione della tipicità che si riverbera a catena sulla norma penal-fallimentare.

Alla medesima soluzione, comunque, si deve pervenire anche volendo ritenere che il vantaggio compensativo abbia come effetto l'esclusione del dolo specifico richiesto dall'art. 2634 c.c.: si tratta sempre del venir meno della tipicità della condotta di infedeltà patrimoniale <sup>(397)</sup>.

---

<sup>(393)</sup> Cfr. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, voce del Nss. *dig. it.*, 1973, vol. XIX, p. 88 ss.; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, op. cit., v. nota 145, p. 169 ss.

<sup>(394)</sup> V. FIANDACA, *Fatto*, op. cit., v. nota 389, p. 157 ss., il quale si riporta, tra l'altro, alle conformi osservazioni di ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, Napoli, 1986, p. 70.

<sup>(395)</sup> In questo senso v. PEDRAZZI, *Commento all'art. 223*, op. cit., v. nota 114, p. 311.

<sup>(396)</sup> V., *supra*, sez. I, par. 3 del presente capitolo.

<sup>(397)</sup> Si esprimono in questo senso: BELLI, *Bancarotta fraudolenta ed operazioni infragruppo: prime riflessioni alla luce dei dd .lgs. n. 61 del 2002 e*

Questa soluzione, naturalmente, è avversata da quella parte della dottrina che, non ritenendo che il fatto tipico possa riguardare anche l'offesa e l'elemento soggettivo, afferma che il vantaggio compensativo non può trovare applicazione al di fuori dell'infedeltà patrimoniale <sup>(398)</sup>. Tuttavia, per i motivi sopra esposti, le obiezioni mosse all'operatività diretta dei vantaggi compensativi nella bancarotta per precedente infedeltà non sono da ritenersi fondate.

Per quanto riguarda l'opinione della giurisprudenza in merito, ad un primo sguardo, si rileva una posizione comune contraria all'applicabilità dei vantaggi compensativi nell'ambito della bancarotta <sup>(399)</sup>.

La Suprema corte si è sempre preoccupata di negare che la clausola dei vantaggi compensativi potesse andare oltre la sfera dell'infedeltà patrimoniale, in particolare estendendo il proprio effetto di esenzione dalla responsabilità penale nel campo della bancarotta societaria per distrazione.

Ma la Cassazione non si è mai posta il problema dell'applicabilità della clausola dei vantaggi compensativi alla specifica ipotesi di bancarotta per precedente infedeltà patrimoniale, nonostante l'esplicito richiamo dell'art. 223 comma 2 n. 1 alla norma nella quale la clausola è contenuta <sup>(400)</sup>.

In tutte le sentenze che si occupano di bancarotta e vantaggi compensativi, la qualificazione dei fatti rimane quella di bancarotta societaria per distrazione, e l'affermazione dell'irrilevanza dei vantaggi

---

*n. 6 del 2003*, in *La riforma dei reati societari*, a cura di PIERGALLINI, Milano, 2004, p. 202; D'AVIRRO-MAZZOTTA, *I reati "d'infedeltà"*, op. cit., v. nota 340, p. 145 ss.; sembrerebbe ammettere l'applicabilità dei vantaggi compensativi alla bancarotta per precedente infedeltà patrimoniale anche CARACCIOLI, *Gruppi di società e valenza "strategica" dell'art. 2634, comma 3, del codice civile*, in *Impresa c.i.*, 2003, p. 883.

<sup>(398)</sup> In questo senso v. IZZO, *Vantaggi compensativi, infedeltà patrimoniale e giurisprudenza della Cassazione*, in *Fisco*, 5, 2006, disponibile sul sito [home.ilfisco.it](http://home.ilfisco.it), p. 4 della versione stampabile; cfr. anche SCHIAVANO, *Riflessioni*, op. cit., v. nota 350, p. 834 ss.

<sup>(399)</sup> V. Cass. pen., sez. V, 27/5/2003 n. 23241, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 750 ss.; Cass. pen., sez. V, 24/9/2003 n. 36629, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1359 ss.; Cass. pen., sez. V, 18/3/2005 n. 10688, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 747 ss.; Cass. pen., sez. V, 6/5/2005 n. 17387, in *Jurisdata*.

<sup>(400)</sup> Circostanza che, secondo LEMME, *La giurisprudenza di legittimità apre al concetto di gruppo d'impresa*, in *Dir. pen. proc.*, p. 751, è esempio di «sciatteria giurisprudenziale».

compensativi per la bancarotta prescinde dalla possibilità di inquadrare il fatto concreto nella norma di cui all'art. 223 comma 2 n. 1 l.f. <sup>(401)</sup> e dalla motivazione circa l'irrilevanza della clausola dell'art. 2634 comma 3 c.c. anche nei confronti di questa norma.

Pertanto, in attesa di una pronuncia che affronti e prenda posizione sul punto, non resta che affidarsi alla logica del sistema penal-fallimentaristico che, come suggerito, ammette la possibilità di estendere direttamente la clausola dei vantaggi compensativi alla bancarotta per precedente infedeltà patrimoniale.

Quindi, saranno penalmente lecite le condotte che, pur avendo cagionato o contribuito a cagionare il dissesto della società, sono state poste in essere nell'ambito di operazioni infragruppo in vista di vantaggi derivanti dall'appartenenza al gruppo, anche se non conseguiti.

Più precisamente, non saranno rilevanti gli atti di disposizione patrimoniale deliberati in conflitto di interessi che provocano un danno alla società, cagionando un dissesto e garantendo ad altri un ingiusto profitto o altro vantaggio, fintantochè vi saranno dei vantaggi compensativi conseguiti o fondatamente prevedibili.

La clausola sembra avere un maggior margine di operatività nel caso dei vantaggi fondatamente prevedibili. Infatti, l'effettiva percezione di un vantaggio compensativo può essere, a priori, idonea ad annullare qualsiasi contributo causale dell'atto infedele nella realizzazione dell'evento-dissesto.

---

<sup>(401)</sup> Detta possibilità è stata in due occasioni esplicitamente suggerita dalla difesa, v. Cass. pen., sez. V, 6/5/2005 n. 17387, in *Jurisdata* e Cass. pen., sez. V, 18/3/2005 n. 10688 in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 747 ss. Da rilevare che nella prima sentenza la Corte, che ha confermato la condanna per bancarotta per distrazione, ha escluso che vi potesse essere una riqualificazione del fatto concreto (in quanto una nuova esplorazione della fattispecie concreta è preclusa in mancanza di vizi specificamente indicati) e quindi non si è posta il problema dell'applicabilità dei vantaggi compensativi all'ipotesi di bancarotta per precedente infedeltà. Nella seconda sentenza, invece, l'affermazione della non estendibilità dei vantaggi compensativi costituisce un evidente -ed apodittico- *obiter dictum*, dato che l'organo giudicante aveva già escluso -correttamente- l'esistenza di un gruppo di società nel caso sottoposto a giudizio; comunque, anche in questo caso, il tema della compatibilità fra vantaggi compensativi e bancarotta per precedente infedeltà non viene affrontato dai giudici di legittimità.

Tuttavia l'effetto compensativo non necessariamente incide sulla produzione del dissesto, inoltre, non essendo necessaria una contestualità fra atto dannoso e vantaggio, rimangono alcuni spazi applicativi.

Più interessante, comunque, è l'ipotesi di un vantaggio fondatamente prevedibile. Infatti in presenza di un siffatto vantaggio, che equivale ad un vantaggio quasi certo, il comportamento dannoso non è punibile; il legislatore considera penalmente irrilevante un comportamento, attuato in vista di una politica di gruppo non predatoria, anche se si rivela lesivo dell'integrità patrimoniale.

Nel caso di bancarotta per precedente infedeltà questo dato ben si concilia con il dolo eventuale che, verosimilmente, sarà presente nell'agente.

L'agente si rappresenta l'evento del dissesto come possibile conseguenza dell'atto infedele e ne accetta la verifica. Ma, se in base a circostanze oggettive vi era la quasi certezza di incamerare sufficienti benefici economici di ritorno, il soggetto qualificato non risponderà anche nel caso in cui il rischio accettato si concretizzi.

Rimane da ribadire, che la clausola trova applicazione solo nel caso vi sia una condotta tipica: pertanto ne beneficeranno tutte quelle condotte, anche astrattamente distrattive, che sono poste in essere in conflitto di interessi tramite atti di disposizione patrimoniale che cagionano un danno patrimoniale alla società ed un profitto ingiusto o un diverso vantaggio per altra società del gruppo.

Al contrario, come verrà illustrato nel successivo paragrafo, la clausola dei vantaggi compensativi non opera direttamente al di fuori della condotta tipica di infedeltà richiamata dalla norma fallimentare, pertanto non vale per tutte quelle forme di distrazione che non sono effettuate tramite atti di disposizione patrimoniale.

### *3. Applicabilità diretta dei vantaggi compensativi alla bancarotta societaria patrimoniale e implicazioni della tipicità del reato.*

La questione sulla quale, si diceva, la Cassazione si è pronunciata in diverse occasioni riguarda l'applicabilità diretta dei vantaggi

compensativi ad ipotesi di operazioni infragruppo che integrano atti distrattivi.

La Suprema corte giunge alla corretta soluzione di ritenere impossibile che la clausola del terzo comma dell'art. 2634 c.c. possa applicarsi alla bancarotta per distrazione, ma, come verrà illustrato, per ragioni non condivisibili.

Il problema deve essere affrontato partendo dall'esatta qualificazione dogmatica del vantaggio compensativo all'interno della fattispecie di infedeltà patrimoniale.

Si è detto che l'opinione preferibile è quella che attribuisce al vantaggio compensativo un ruolo di esclusione della tipicità del fatto di infedeltà patrimoniale; mentre non è sostenibile che il vantaggio compensativo abbia un ruolo scriminante rispetto all'illiceità della condotta infedele e neppure un effetto di esclusione della punibilità del fatto tipico <sup>(402)</sup>.

Da questa premessa sembra arduo poter derivare un meccanismo diretto di esclusione della responsabilità nella bancarotta *ex art.* 223 comma 1 l.f. da parte della clausola dei vantaggi compensativi.

Infatti, il vantaggio compensativo può interferire sulla configurabilità del fatto tipico di infedeltà, ma non quello di bancarotta per distrazione <sup>(403)</sup>.

Ciò è evidente nel caso, ad esempio, di un atto distrattivo posto in essere mediante la rinuncia ad un credito. Anche se fossero presenti i vantaggi compensativi ed altri elementi del fatto tipico dell'infedeltà (conflitto d'interessi, ingiusto profitto, ecc.) non si sarebbe comunque in presenza di un fatto concreto che presenta *tutti* gli elementi del fatto tipico sulla cui sussistenza agiscono i vantaggi: la condotta di infedeltà non può essere omissiva <sup>(404)</sup>.

Le stesse considerazioni valgono nell'ipotesi in cui il fatto concreto sia posto in essere con una condotta differente da un atto di

---

<sup>(402)</sup> V., *supra*, sez. I, par. 3 del presente capitolo.

<sup>(403)</sup> Escludono che i vantaggi compensativi possano operare in caso di condotte distrattive: CARACCIOLI, *Gruppi*, op. cit., v. nota 397, p. 883 (pur auspicando un intervento del legislatore); BERSANI, *Operazioni infragruppo*, op. cit., v. nota 345, p. 5 ss. (pur censurando l'irragionevolezza di questa soluzione); GIOVANARDI, *Sull'impossibilità di estendere i «vantaggi compensativi» ai reati fallimentari*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1373. Sul punto cfr. FOFFANI, *Commento all'art. 2634 c.c.*, op. cit., v. nota 338, p. 1882.

<sup>(404)</sup> V., *supra*, il paragrafo precedente e la dottrina citata alla nota 373.

disposizione dei beni sociali. Un fatto concreto di concessione di una fideiussione infragruppo che realizza un danno alla società garante, anche se compensato dai vantaggi derivanti dall'appartenenza al gruppo, può integrare il tipo della bancarotta per distrazione, ma non quello dell'infedeltà <sup>(405)</sup>. Pertanto non è questo l'ambito nel quale valutare il possibile effetto della clausola di esclusione della responsabilità.

Più problematica l'ipotesi in cui il fatto concreto si presenti come un'operazione infragruppo realizzata mediante atti dispositivi di beni sociali, in presenza degli altri elementi del fatto tipico di infedeltà.

Se questa situazione si verificasse nel normale svolgimento degli affari della società, che rimane *in bonis*, non vi sarebbe alcun dubbio nel ritenere sussistente un fatto tipico di infedeltà patrimoniale che, tuttavia, può venir meno in presenza di vantaggi compensativi.

Ma, se l'atto infedele è precedente all'insolvenza, può cambiare la qualificazione del fatto tipico in funzione della dichiarazione di fallimento.

Se vi è un legame eziologico con il dissesto, allora il fatto concreto è astrattamente sussumibile sia sotto il tipo della bancarotta per distrazione che sotto quello della bancarotta per precedente infedeltà; tuttavia, l'unica norma applicabile è quest'ultima perché speciale rispetto alla prima <sup>(406)</sup>.

Ne consegue che i vantaggi compensativi saranno applicabili, ma non in base ad un effetto traslativo della clausola dell'art. 2634 comma 3 c.c., bensì perché, come previsto dal legislatore nella costruzione della norma di cui all'art. 223 comma 2 n. 1 l.f., il tipo di bancarotta per precedente reato societario si compone di tutti gli elementi del tipo del reato richiamato, ai quali ne vengono aggiunti di nuovi. Pertanto la clausola dei vantaggi compensativi si applica, ma sempre -e solo- nel terreno che le è proprio: la tipicità del reato di infedeltà patrimoniale.

Per effetto dei vantaggi compensativi, venendo meno la tipicità dell'infedeltà patrimoniale, non può più sussistere nemmeno il reato di bancarotta per precedente infedeltà.

In sostanza, le conseguenze della clausola dei vantaggi compensativi sono limitate alle fattispecie di bancarotta che non

---

<sup>(405)</sup>V., *supra*, il paragrafo precedente e la dottrina citata alla nota 375.

<sup>(406)</sup>V., *supra*, par. 1 della presente sezione.

possono essere integrate una volta esclusa la sussistenza del fatto tipico di infedeltà, essendo quest'ultimo unico elemento nei cui confronti la clausola può agire.

Nelle altre ipotesi di bancarotta, che possono essere integrate indipendentemente dalla ricorrenza degli estremi del fatto tipico di infedeltà, la clausola dei vantaggi compensativi è inefficace.

La soluzione proposta è, nel risultato, conforme all'opinione della giurisprudenza dominante <sup>(407)</sup> in tema di applicabilità diretta dei vantaggi compensativi alle ipotesi di distrazione.

Tuttavia, le argomentazioni offerte dalla Suprema corte prescindono dalle considerazioni sopra esposte.

I giudici di legittimità rilevano delle differenze strutturali fra il reato di infedeltà patrimoniale e quello di bancarotta tali da impedire l'estensione al secondo di una particolare causa di esclusione della responsabilità prevista per il primo. I due reati, nell'opinione della Cassazione <sup>(408)</sup> si differenziano perché l'infedeltà è un reato di danno a dolo specifico mentre la bancarotta è un reato di pericolo a dolo generico; ma, soprattutto, secondo le citate sentenze, vi è una notevole differenza di interessi tutelati che non consentirebbe l'estensione dei vantaggi compensativi al campo fallimentare posto che in quest'ultimo non vi è tutela del patrimonio sociale, ma delle aspettative creditorie.

La Cassazione, come si può notare, preferisce ricorrere a ragioni di carattere sistematico <sup>(409)</sup>, piuttosto che decidere dell'applicabilità dei vantaggi compensativi alla bancarotta per distrazione sulla base di

---

<sup>(407)</sup> Oltre alle sentenze citate alla nota 399, v., sui rapporti fra infedeltà patrimoniale e appropriazione indebita, Cass. pen., sez. V, 7/10/2003 n. 38110, in *Giur. comm.*, 2004, p. 599 ss.

<sup>(408)</sup> V., in particolare, Cass. pen., sez. V, 27/5/2003 n. 23241, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 750 ss.; Cass. pen., sez. V, 24/9/2003 n. 36629, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1359 ss.; Cass. pen., sez. V, 6/5/2005 n. 17387, in *Jurisdata*.

<sup>(409)</sup> In verità, non sembra che le motivazioni offerte dalla giurisprudenza siano ineccepibili. In particolare, non si comprende come la Corte possa distinguere così nettamente fra il danno patrimoniale dell'art. 2634 c.c. e la diminuzione della funzione di garanzia del patrimonio tipica della bancarotta. A rigor di logica, infatti, un danno patrimoniale incide negativamente sulla possibilità del patrimonio danneggiato di far fronte alle proprie passività. Inoltre, il fatto che la bancarotta sia un reato di pericolo -concreto-, non dovrebbe consentire la punizione di condotte senza alcuna attitudine lesiva al bene tutelato (v. PEDRAZZI, *Commento all'art. 216*, op. cit., v. nota 114, p. 12 ss.), pertanto, anche sotto questo profilo, non vi sarebbe una così marcata disomogeneità con la fattispecie di infedeltà patrimoniale.

considerazioni inerenti la funzione dei vantaggi compensativi nell'ambito della fattispecie per la quale sono stati previsti dal legislatore.

Apparentemente, anche la ricostruzione qui proposta presenta differenti profili di problematicità.

Si consideri il seguente caso: un amministratore di una società stipula con la controllante, su indicazione della stessa, un contratto di produzione di beni, sotto licenza, che prevede un corrispettivo inadeguato in vista del fatto che la *holding* funge da tesoreria e fornisce garanzie gratuite alla controllata presso gli istituti di credito. Nel caso ipotizzato, la controllante subisce un danno patrimoniale, compensato dai vantaggi che la stessa riceve.

In seguito a fallimento della società, l'amministratore viene condannato per bancarotta per distrazione, e il curatore agisce per far accertare la responsabilità civile della capogruppo *ex art. 2497 c.c.* ultimo comma.

Tuttavia la domanda viene rigettata perché la responsabilità civile della *holding* è esclusa in base alla clausola dei vantaggi compensativi civilistici.

In questo caso si avrebbe un'inaccettabile ipotesi in cui un fatto è fonte di responsabilità penale, ma non di responsabilità civile, con conseguente annullamento del ruolo di *extrema ratio* proprio del diritto penale.

Oppure si pensi ad un gruppo di società ove vi sono due controllate che, su indicazioni della controllante ed in vista del percepimento di vantaggi compensativi, pongono in essere degli atti dannosi: la prima società rinuncia a crediti che vantava presso altre società, mentre la seconda esegue pagamenti senza titolo.

Intervenuto il fallimento di tutte le società del gruppo, si avrebbe la responsabilità penale per bancarotta per distrazione degli amministratori della prima società, mentre gli amministratori della seconda società non sarebbero puniti perché il reato loro imputabile (bancarotta per precedente infedeltà patrimoniale) sarebbe escluso dell'intervento della clausola dei vantaggi compensativi penalistici.



In quest'ultima ipotesi, invece, vi è una palese irragionevolezza nel trattamento sanzionatorio di situazioni analoghe, in sospetta violazione dell'art. 3 Cost. <sup>(410)</sup>.

Sembra che la corretta ricostruzione della natura dei vantaggi compensativi e del loro ambito di applicazione nell'ambito penal-fallimentare, porti a dei risultati inaccettabili dal punto di vista dei principi generali.

In realtà le inaccettabili conseguenze sopra descritte possono essere evitate selezionando le condotte veramente rilevanti per il diritto penale del fallimento, alla luce della corretta individuazione del fatto tipico di bancarotta fraudolenta patrimoniale.

È stato precedentemente illustrato <sup>(411)</sup> che la presenza di benefici derivanti dall'appartenenza al gruppo può essere motivo di esclusione della tipicità della bancarotta, indipendentemente dall'applicazione della clausola dei vantaggi compensativi, nel caso in cui detti benefici siano concretamente ottenuti e siano di entità tale da annullare il pregiudizio patito dalla controllata.

In primo luogo, l'esclusione della tipicità del reato avviene sul piano dell'azione perché difficilmente potrebbe configurarsi una condotta distrattiva se gli esborsi della controllata costituiscono un costo sostenuto per l'ottenimento di controprestazioni dal gruppo, anche non necessariamente corrispettive <sup>(412)</sup>. La distrazione, infatti, consiste nel sottrarre un bene alla propria funzione di garanzia <sup>(413)</sup>, circostanza che non si verifica nel caso detto bene venga estromesso dal patrimonio sociale al fine di ottenere dal gruppo altri beni, di medesimo valore.

In secondo luogo, nel momento in cui la società del gruppo beneficiaria della prestazione provvede a fornire un adeguato

---

<sup>(410)</sup> Non a caso le voci che negano l'applicabilità della clausola dei vantaggi compensativi sottolineano questo profilo di manifesta incongruità dell'assetto normativo complessivo; v. CARACCIOLI, *Gruppi*, op. cit., v. nota 397, p. 883; BERSANI, *Operazioni infragruppo*, op. cit., v. nota 345, p. 5 ss. Questo profilo di irragionevolezza è colto anche da BELLI, *Bancarotta*, op. cit., v. nota 397, p. 204, che lo pone a fondamento di un'auspicabile estensione degli effetti della clausola dei vantaggi compensativi alla bancarotta per distrazione.

<sup>(411)</sup> V., *supra*, cap. II, sez. II, par. 2.

<sup>(412)</sup> V. la dottrina citata alla nota 249.

<sup>(413)</sup> V., *supra*, cap. II, sez. I, par. 1.

*corrispettivo* in termini di vantaggi economici, non si rinviene una concreta lesione del bene protetto, necessaria per la configurabilità della fattispecie di bancarotta <sup>(414)</sup>. Infatti il *corrispettivo*, ricevuto in misura sufficiente a determinare il riequilibrio del corretto livello di garanzia patrimoniale che era stato pregiudicato, rende inoffensivo e non pericoloso per il bene protetto l'atto di disposizione effettuato in favore della società del gruppo, determinandone altresì l'atipicità rispetto al delitto di bancarotta societaria per distrazione.

Pertanto, seguendo l'impostazione sopra illustrata, l'esistenza di una politica di gruppo «sana» che dirige tutte le società verso l'obiettivo del profitto collettivo, indipendentemente dall'applicazione dei vantaggi compensativi, civilistici o penalistici, rende impossibile che si configurino fatti di bancarotta nel caso di operazioni infragruppo che una società compie «in perdita», tuttavia in un contesto ove il gruppo garantisce degli altri benefici economici che elidono l'effetto depauperatorio.

Di conseguenza, nel primo caso sopra illustrato, all'assenza di responsabilità civile deve aggiungersi l'impossibilità di configurare una responsabilità per bancarotta per atti distrattivi infragruppo; in questo modo si recupera la coerenza del sistema di responsabilità (civile e penale) scaturente dal medesimo fatto, che non dovrebbe ammettere eccezioni al ruolo di *extrema ratio* assegnato al diritto punitivo.

Nel secondo caso, invece, l'atto di disposizione del bene sociale non è fonte di responsabilità al pari dell'atto di abdicazione del credito; così opinando, si evita che il sistema repressivo reagisca diversamente in situazioni analoghe.

Ci si potrebbe chiedere, a questo punto, quale sia il ruolo dei vantaggi compensativi alla luce delle precedenti riflessioni circa la tipicità della bancarotta, che legittimano soluzioni di esclusione della responsabilità a prima vista analoghe a quelle previste in caso di vantaggi compensativi.

In realtà, i vantaggi compensativi penalistici vanno oltre la struttura delle compensazioni previste sia dalla teoria del costo che da

---

<sup>(414)</sup> V. la dottrina citata alla nota 254.

quella del profitto <sup>(415)</sup>, perché estendono l'effetto di irresponsabilità anche ai benefici che, in concreto, non si verificano, a condizione che il vantaggio proveniente dal gruppo fosse quasi certo al momento del compimento dell'operazione <sup>(416)</sup>.

Questo è un dato molto rilevante che non solo distingue i vantaggi compensativi penalistici da quelli civilistici <sup>(417)</sup>, ma li estende oltre i limiti della normale configurabilità del delitto di bancarotta nell'ambito di rapporti di gruppo.

Infatti, se non vi fosse stato un intervento legislativo a sancire la rilevanza dei vantaggi fondatamente prevedibili nell'ambito della bancarotta societaria per precedente infedeltà patrimoniale *ex art. 223 comma 2 n. 1 l.f.* non vi sarebbe ragione alcuna, in base alla valutazione della tipicità del reato in questione, per escludere la responsabilità del soggetto qualificato in caso di mancata percezione di un vantaggio derivante dall'appartenenza al gruppo.

In conseguenza dell'attuale assetto normativo, invece, nell'ambito dei reati fallimentari sussumibili sotto detta specifica ipotesi di bancarotta non si configura la responsabilità dell'agente, non solo in caso di effettivo conseguimento del vantaggio, ma, in presenza di una fondata prevedibilità, anche in caso di mancato conseguimento.

Al contrario, nelle ipotesi di bancarotta patrimoniale in cui non si applica direttamente la clausola dei vantaggi compensativi <sup>(418)</sup>, l'irresponsabilità del soggetto agente può parimenti verificarsi, ma solo in caso di concreto conseguimento di un adeguato beneficio derivante dal gruppo <sup>(419)</sup>.

---

<sup>(415)</sup> Che, si rammenta, richiedono l'effettivo percepimento del beneficio, anche se non diretto e non contestuale all'operazione dannosa. V., *supra*, cap. II, sez. II, par. 2.

<sup>(416)</sup> V., *supra*, sez. I, par. 2 del presente capitolo.

<sup>(417)</sup> V., nuovamente, *supra*, sez. I, par. 2 del presente capitolo.

<sup>(418)</sup> Che sono, si ribadisce, tutte le condotte distrattive diverse dalla disposizione di beni sociali nonché le ipotesi di bancarotta fraudolenta per distruzione.

<sup>(419)</sup> La differenza di disciplina, in queste ipotesi, non pare irragionevole perché la maggiore ampiezza dell'effetto di irresponsabilità legato alle condotte dispositive di beni sociali è dovuta alla possibilità che questi beni (o il loro equivalente in danaro) vengano comunque recuperati dagli organi fallimentari a seguito di azione revocatoria, oppure di azione di responsabilità nei confronti della controllante *ex art. 2497 c.c.*

#### *4. Considerazioni conclusive sulla valenza del rapporto di gruppo nell'ambito dei reati fallimentari.*

Giunti al termine dell'analisi circa gli effetti che i rapporti di gruppo sono in grado di esplicare sulla configurabilità del reato di bancarotta, si deve riconoscere un ruolo di assoluta rilevanza alla politica unitaria di gestione del gruppo.

Infatti, è la politica di gruppo che, ispirando scelte collettive di gestione, è in grado di porre al di fuori della fattispecie di bancarotta alcune condotte che, astrattamente, potrebbero invece essere considerate come integranti detto titolo di reato.

Nelle pagine che precedono si è spesso fatto riferimento alle operazioni infragruppo che sono dannose per una società e vantaggiose per un'altra; in queste ipotesi, si è suggerito che la gestione collettiva del gruppo può riservare alla società danneggiata delle utilità economiche tali da influire negativamente sulla configurabilità di un'ipotesi di bancarotta in caso di successivo fallimento della stessa.

Anche indipendentemente dalle innovazioni legislative in tema di vantaggi compensativi, la tipicità della bancarotta è sensibile al diverso atteggiarsi dei rapporti patrimoniali fra le varie unità dell'organizzazione complessiva.

Ciò che qui interessa sottolineare è che la possibilità di arrivare ad una simile conclusione è offerta anche dalla constatazione, tutt'altro che pacifica, ma -si crede- inevitabile, che il gruppo societario non è una semplice pluralità di società commerciali, ma una collettività di enti organizzati che si coordina nello svolgimento di un'attività imprenditoriale comune e che possiede un'autonoma dignità anche giuridica.

Il concetto di impresa di gruppo, infatti, può agevolmente essere posto in rapporto di necessaria antecedenza logica, in particolare, con la teoria del *costo*, autorevolmente proposta da Pedrazzi <sup>(420)</sup> e fatta propria nel presente lavoro.

---

<sup>(420)</sup> V. nota 249.

La teoria del *costo* presuppone che vi sia un organismo unitario che organizza i rapporti fra le varie società e ne modella i comportamenti a seconda delle proprie esigenze, in vista di un obiettivo collettivo che è la massimizzazione del profitto complessivo del gruppo.

Lo strumento per cercare di raggiungere detto obiettivo è la politica di gruppo, che informa l'agire economico di tutte le varie unità dell'organismo collettivo.

La politica di gruppo può svilupparsi in una serie di complessi rapporti di dare/avere fra le varie società del gruppo, pertanto, nell'ambito del gruppo di società, non vanno considerati i soli rapporti passivi della singola società, ma anche gli eventuali rapporti attivi.

Proprio queste considerazioni inducono a ritenere al di fuori del tipo della bancarotta per distrazione alcune condotte che, in una visione atomistica del gruppo societario, possono apparire conformi al fatto tipico.

Certamente, la politica di gruppo può essere deliberatamente utilizzata come strumento di massimizzazione del profitto di alcune componenti dell'organismo, a discapito di altre (e dei portatori di interessi nei confronti di queste ultime). Ma casi siffatti i rimedi penal-fallimentaristici e civilistici rimangono, inalterati, a presidio degli eventuali abusi dell'attività di direzione e coordinamento del gruppo societario.

Infatti, se la politica di gruppo si orienta deliberatamente verso una illecita allocazione del rischio imprenditoriale, ad esempio addossandolo integralmente ad una controllata, il fatto tipico di bancarotta ritorna a profilarsi nella sua interezza; in questo caso la politica di gruppo fonda la sussistenza del fatto tipico di bancarotta perché costituisce la ragione giustificatrice della destinazione di un bene ad una funzione differente da quella di garanzia per i creditori sociali.

Le recenti novità legislative, in particolare l'inserimento delle clausole dei vantaggi compensativi sia in sede penale, che in sede civile, sembrano confermare <sup>(421)</sup> ed attribuire legittimità giuridica alla teoria del gruppo societario come impresa di gruppo.

---

<sup>(421)</sup> Nel senso che i vantaggi compensativi, in materia penale, altro non sarebbero che un riconoscimento legislativo della peculiare tipicità della reato di bancarotta commesso in un contesto di gruppo v. COCCO, *I confini*, op. cit.,

Nel concetto di impresa di gruppo trovano composizione i conflitti tra istanze di tutela dei singoli creditori ed esigenze di libertà economica: sarà -a determinate condizioni- il macroente collettivo a rispondere nei confronti di tutti i creditori delle società partecipanti.

Si può comprendere, in quest'ottica, anche il perché il legislatore abbia voluto, con i vantaggi compensativi, certificare un arretramento della soglia di rilevanza penale dei comportamenti di bancarotta.

Bisogna tener presente che i singoli creditori, con la nuova disciplina civilistica, hanno la facoltà di sommare la garanzia patrimoniale della propria creditrice a quella della *holding* nel caso la prima non offra un patrimonio sufficientemente capiente perché oggetto di atti predatori da parte della controllante in violazione di principi di corretta gestione imprenditoriale.

Pertanto, sembra che il legislatore abbia voluto intaccare il velo della separazione giuridica fra le varie unità dell'impresa di gruppo che, soprattutto nella giurisprudenza penalistica, costituisce -ancora per poco, nei migliori auspici- un dogma inconfutabile <sup>(422)</sup>.

Di conseguenza, risulta coerente la decisione di allargare le maglie della responsabilità penale in materia di bancarotta, posto che la tutela penalistica apprestata in favore dei creditori della singola società del gruppo deve tener conto della circostanza che gli stessi hanno anche la possibilità di soddisfarsi sulla controllante <sup>(423)</sup>.

A ben vedere è lo stesso interesse protetto a ridursi di dimensioni, in quanto la funzione di garanzia del patrimonio della società del gruppo è oggi, a particolari condizioni, estendibile alla funzione di garanzia della società dalla quale il gruppo è governato.

---

v. nota 215, p. 1033; NAPOLEONI, *Geometrie parallele*, op. cit., v. nota 14, p. 3809.

<sup>(422)</sup> Fra le più recenti v. Cass. sez. V, 4/5/1995, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, p. 1426 ss., con nota adesiva di SCHIAVANO; Cass. pen., sez. V, 29/12/1999 n. 14690, in *Dir. prat. soc.*, 2000, 4, p. 87; Cass. pen., sez. V, 6/10/1999 n. 12897, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2000, p. 487 ss.; Cass. pen., sez. V, 20/8/2002 n. 29896, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2789.

<sup>(423)</sup> Nella medesima ottica si esprimevano, prima dell'avvento della riforma del diritto societario, BELLI, *Bancarotta*, op. cit., v. nota 397, p. 205 ss.

## BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *La responsabilità dell'impresa per i danni all'ambiente e ai consumatori*, Milano, 1978.
- AA. VV., *Disciplina giuridica del gruppo di imprese*, Milano, 1982.
- AA. VV., *Imprenditore e legge penale*, Ancona, 1985.
- AA. VV., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2000.
- AA. VV., *Gruppi, trasformazione, fusione e scissione, scioglimento e liquidazione, società estere*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di G. LO CASCIO, Milano, 2003.
- AA. VV., *Il nuovo diritto societario: commento al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61, art. 1*, diretto da COTTINO-BONFANTE-CAGNASSO-MONTALENTI, Bologna, 2004.
- AA. VV., *La riforma del diritto societario profili civili e penali*, Milano, 2004.
- ABBADESSA, *I gruppi di società nel diritto italiano*, in *I gruppi di società*, a cura di PAVONE LA ROSA, Bologna, 1982, p. 103 ss.
- ACCINNI, *La responsabilità penale degli amministratori nei gruppi di società*, in *Soc.*, 1992, p. 1625 ss.
- ACQUAROLI, *Alcune osservazioni sul reato di infedeltà patrimoniale alla luce del nuovo diritto societario*, in *La riforma dei reati societari*, a cura di PIERGALLINI, Milano, 2004, p. 165 ss.
- ALAGNA, *Note sul concetto penalistico di conflitto di interessi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 743 ss.
- ALDOVRANDI, *Infedeltà patrimoniale*, in *I nuovi reati societari*, a cura di LANZI-CADOPPI, Padova, 2002, p. 126 ss.
- ALESSANDRI, *Impresa (Responsabilità penali)*, voce del *Dig. disc. pen.*, vol. VI, Torino, 1992, p. 193 ss.
- ALESSANDRI, *Parte generale*, in AA. VV., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2000.
- ALESSANDRI, a cura di, *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002.

- ALESSI, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, Milano, 2000.
- ALPA G., *La responsabilità per la direzione e il coordinamento di società. Note esegetiche sull'art. 2497 cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, p. 659 ss.
- AMATI, *Infedeltà patrimoniale in Reati societari*, a cura di A. ROSSI, Torino, 2005, p. 400 ss.
- AMBROSINI, *Commento agli artt. 2403-2406 c.c.*, in *Il nuovo diritto societario, Commento al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61, art. 1*, diretto da COTTINO-BONFANTE-CAGNASSO-MONTALENTI, Bologna, 2004, vol. I, p. 894 ss.
- AMBROSINI, a cura di, *Il nuovo diritto societario*, Torino, 2005.
- ANGELINI, *Il reato di bancarotta fraudolenta impropria innovato dalla nuova disciplina degli illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 349 ss.
- ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, leggi complementari*, vol. II, a cura di CONTI, Milano, 1995.
- ANTONIONI, *La bancarotta semplice*, Napoli, 1962.
- AZZINI, *I gruppi aziendali*, Milano, 1975.
- BADINI CONFALONIERI-VENTURA, *Direzione e coordinamento di società*, in *Il nuovo diritto societario. Commento al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61, art. 1*, diretto da COTTINO-BONFANTE-CAGNASSO-MONTALENTI, Bologna 2004, vol. III, p. 2151 ss.
- BALKAN-BERGER-SCHMIDT, *Crime and deviance in America*, Belmont (California), 1980.
- BALZARINI-CARCANO-G. MUCCIARELLI, a cura di, *I gruppi di società*, Milano, 1996.
- BARCA-BIANCO-CANNARI-CESARI-GOLA-MANITTA-SALVO-SIGNORINI, *Assetti proprietari e mercato delle imprese*, vol. I, Bologna, 1994.
- BARCA, *Il gruppo nei modelli di proprietà delle imprese: profili teorici, verifiche empiriche e spunti per una riforma*, in *I gruppi di società*, a cura di BALZARINI-CARCANO-G. MUCCIARELLI, vol. I, Milano, 1996, p. 83 ss.
- BAUCUS-NEAR, *Can illegal corporate behavior be predicted? An event history analysis*, in *Academy of management j.*, 1991, p. 9 ss.



- BAYSINGER, *Organization theory and the criminal liability of organizations*, in *B. U. l. rev.*, 1991, p. 341 ss.
- BECKER, *Crime and punishment: an economic approach*, in *Journal of political economy*, 1968, p. 169 ss.
- BELLI, *Bancarotta fraudolenta ed operazioni infragruppo: prime riflessioni alla luce dei dd.lgs. n. 61 del 2002 e n. 6 del 2003*, in *La riforma dei reati societari*, a cura di PIERGALLINI, Milano, 2004, p. 197 ss.
- BENAZZO-PATRIARCA-PRESTI, a cura di, *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, Milano, 2003.
- BENUSSI, *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale nei gruppi di società: limite scriminante o «esegetico»?* , in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di DOLCINI-PALIERO, vol. III, Milano, 2006, p. 2157 ss.
- BERLE, *The theory of enterprise law*, in *Colum. l. rev.*, 1947, p. 343 ss.
- BERSANI, *Operazioni infragruppo e vantaggi compensativi nel diritto penale societario e fallimentare*, in *Fisco*, 39, 2004, disponibile sul sito <http://home.ilfisco.it>.
- BIANCHI, *Informazione societaria e bilancio consolidato di gruppo*, Milano, 1990.
- BIN, *Il conflitto d'interessi nei gruppi di società*, in *Contr. impr.*, 1993, p. 879 ss.
- BLANKENSHIP, a cura di, *Understanding corporate criminality*, New York-Londra, 1993.
- BLUMBERG, *The law of corporate groups. Bankruptcy law*, Boston-Toronto, 1985.
- BLUMBERG, *The Law of Corporate Groups in the United States*, in *I gruppi di società*, a cura di BALZARINI-CARCANO-G. MUCCIARELLI, vol. I, Milano, 1996, p. 421 ss.
- BONELLI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società*, in *Giur. comm.*, 1992, p. 266 ss.
- BONFATTI-FALCONE, a cura di, *La riforma dell'amministrazione straordinaria*, Roma, 2000.
- BONSIGNORI, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi. Legge fallimentare*, Padova, 1980.
- BORGIOI, *I direttori generali nelle società per azioni*, Milano, 1975.

- BORGIOLI, «Direzione unitaria» e responsabilità nell'amministrazione straordinaria, in *Riv. soc.*, 1982, p. 29 ss.
- BRAITHWAITE, *White collar crime*, in *Ann. rev. sociol.*, 1985, p. 1 ss.
- BRICCHETTI, *Bancarotta impropria: a rischio i fatti del passato*, in *Guida dir.*, 2002, 16, p. 83 ss.
- BRICHETTI-TARGETTI, *Bancarotta e reati societari*, Milano, 2003.
- BRICOLA, *Dolus in re ipsa: osservazioni in tema di oggetto ed accertamento del dolo*, Milano, 1960.
- BRICOLA, *Teoria generale del reato*, voce del *Nss. dig. it.*, 1973, vol. XIX, p. 7 ss.
- BRICOLA, *Responsabilità penale per il tipo ed il modo di produzione*, in *La responsabilità dell'impresa per i danni all'ambiente e ai consumatori*, Milano, 1978, p. 75 ss.
- BRICOLA, *Lo statuto dell'impresa: profili penali e costituzionali*, in *Imprenditore e legge penale*, Ancona, 1985, p. 81 ss.
- BUSSON, *Operazioni infragruppo e bancarotta mediante distrazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 762 ss.
- CADOPPI, *Riformulazione delle norme sui reati fallimentari che richiamano reati societari*, in *I nuovi reati societari*, a cura di LANZI-CADOPPI, Padova, 2002, p. 255 ss.
- CADOPPI-VENEZIANI, *Elementi di diritto penale*, Padova, 2004.
- CAMPOBASSO, *Controllo societario e poteri della capogruppo nei gruppi e nei gruppi bancari*, in *I gruppi di società*, a cura di BALZARINI-CARCANO-G. MUCCIARELLI, vol. II, Milano, 1996, p. 785.
- CAMPOBASSO, *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, Torino, 2003.
- CANNARI-GOLA, *La diffusione dei gruppi industriali in Italia*, in *I gruppi di società*, a cura di BALZARINI-CARCANO-G. MUCCIARELLI, vol. II, Milano, 1996, p. 813 ss.
- CARACCIOLI, *Gruppi di società e valenza "strategica" dell'art. 2634, comma 3, del codice civile*, in *Impresa c.i.*, 2003, p. 882 ss.
- CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società*, in *Società di capitali*, a cura di NICCOLINI-STAGNO D'ALCONTRES, Napoli, 2004, p. 1853 ss.
- CARIELLO, *La "compensazione" dei danni con i benefici da attività di direzione e coordinamento*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2005, p. 384 ss.

- CARLETTI, *La responsabilità penale nel gruppo di società: il caso della Icmesa di Seveso*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 1984, p. 3 ss.
- CARLETTI, a cura di, *Diritto penale commerciale, I: I reati nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, diretta da BRICOLA-ZAGREBELSKY, Torino, 1990.
- CARRERI, *I reati di bancarotta*, Milano, 1993.
- CASAROLI, *La causazione dolosa del fallimento delle società da parte degli amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori*, in *Ind. pen.*, 1978, p. 407 ss.
- CASAROLI, *Bancarotta propria ed impropria, note su alcuni punti-chiave in tema di soggetto attivo del reato*, in *Ind. pen.*, 1979, p. 209 ss.
- CASAROLI, *Il dolo delle bancarotte fraudolente fra dubbi interpretativi e rigore giurisprudenziale*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, vol. II, Milano, 1991, p. 301 ss.
- CASTAGNOLA-SACCHI, a cura di, *La nuova disciplina della amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Torino, 2000.
- CASTAGNOLA-SACCHI, a cura di, *La legge Marzano*, Torino, 2006.
- CAVALAGLIO, *Amministrazione straordinaria*, appendice a S. SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996.
- CERETTI, *Studi sulla personalità del delinquente dal colletto bianco*, in *Rass. crim.*, 1987, p. 299 ss.
- CERQUETTI, *La rappresentazione e la volontà dell'evento nel dolo*, Torino, 2004.
- CERRATO, *Osservazioni in tema di operazioni infragruppo e di vantaggi compensativi*, in *Giur. it.*, 2001, p. 1676 ss.
- CHIARAVIGLIO G., *Concorso del sindaco di società commerciali nel reato dell'amministratore e dolo eventuale*, in *Riv. dott. commercialisti*, 1992, p. 191 ss.
- CIAMPOLI, *Vantaggi compensativi nei gruppi di società*, in *Soc.*, 2005, p. 164 ss.
- CLARKE-FELSON, a cura di, *Five advances in criminological theory: routine activity and rational choice*, New Brunswick, 1993.
- CLINARD, *Criminological theories of violation of wartime regulations*, in *Am. soc. rev.*, 1946, p. 258 ss.
- CLINARD-YEAGER, *Corporate crime*, London-New York, 1980.

- CLINARD, *Corporate ethics and crime*, Beverly Hills-London-New Dehli, 1982.
- COCCO, *La bancarotta preferenziale*, Napoli, 1987.
- COCCO, *I rapporti tra banca ed impresa in crisi: problemi di responsabilità penale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1989, p. 529 ss.
- COCCO, *Commento all'art. 216 l.f.*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di PALAZZO-PALIERO, Padova, 2003, p. 883 ss.
- 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 ss.
- CODAZZI, *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale (dalla compensazione «virtuale» alla compensazione «reale»): alcune riflessioni alla luce del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2004, p. 600 ss.
- COFFEE, *Beyond the shut-eyed sentry: toward a theoretical effective view of corporate misconduct and effective legal response*, in *Va. l. rev.*, 1977, p. 1099 ss.
- COHEN-SIMPSON, *The origins of corporate criminality: rational individual and organizational actors*, in *Debating corporate crime*, a cura di LOFQUIST, Cincinnati, 1997, p. 33 ss.
- COLEMAN, *The criminal elite*, New York, 1985.
- COLESANTI-MAFFEI ALBERTI-SCHLESINGER, *Provvedimenti urgenti per l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1979, p. 707 ss.
- COLOMBO-OLIVIERI, *Bilancio di esercizio e consolidato*, in *Trattato delle società per azioni*, a cura di COLOMBO-PORTALE, vol. VII,1, Torino, 1994.
- COLUCCI-ROMANO, *Il bilancio di esercizio ed il consolidato*, Padova, 1995.
- CONTI, *Diritto penale commerciale, II: Reati fallimentari*, Torino, 1991.
- CONTI, *Responsabilità penale degli amministratori e politiche di gruppo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, p. 433 ss.
- CORSI, *L'insolvenza nel gruppo*, in *I gruppi di società*, a cura di BALZARINI-CARCANO-G. MUCCIARELLI, vol. II, Milano, 1996, p. 1057 ss.

- COSTI, *Mercato finanziario e attività bancaria*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1989, p. 321 ss.
- COTTINO, *Divagazioni in tema di conflitto di interessi nei gruppi*, in *I gruppi di società*, a cura di BALZARINI-CARCANO-G. MUCCIARELLI, vol. II, Milano, 1996, p. 1073 ss.
- COTTINO-BONFANTE-CAGNASSO-MONTALENTI, diretto da, *Il nuovo diritto societario: commento al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61, art. 1*, Bologna, 2004.
- CRESPI, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 1147 ss.
- D'ALESSANDRO, *Il diritto delle società da i «battelli del Reno» alle «navi vichinghe»*, in *Foro it.*, 1988, V, p. 48 ss.
- D'ALESSANDRO, *Il dilemma del conflitto d'interessi nei gruppi di società*, in *I gruppi di società*, a cura di BALZARINI-CARCANO-G. MUCCIARELLI, vol. II, Milano, 1996, p. 1085 ss.
- D'AVIRRO-MAZZOTTA, *I reati «d'infedeltà» nelle società commerciali*, Milano, 2004.
- DACCÒ, *commento agli artt. 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89 e 91 in La nuova disciplina della amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, a cura di CASTAGNOLA-SACCHI, Torino, 2000.
- DACCÒ, *Commento all'art. 3, commi 3 e 3-bis*, in *La legge Marzano*, a cura di CASTAGNOLA-SACCHI, Torino, 2006, p. 88 ss.
- DAL SOGLIO, *Commento all'art. 2497 c.c.*, in *Il nuovo diritto delle società, Commento sistematico al D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 aggiornato al D.Lgs. 28 dicembre 2004, n. 310*, a cura di MAFFEI ALBERTI, vol. III, Padova, 2005, p. 2302 ss.
- DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, Milano, 2002.
- DE SIMONE in *Diritto penale commerciale, I: I reati nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali*, a cura di CARLETTI, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, diretta da BRICOLA-ZAGREBELSKY, Torino, 1990.
- DENOZZA, *Rules vs. Standards nella disciplina dei gruppi: l'inefficienza delle compensazioni «virtuali»*, in *Giur. comm.*, 2000, p. 327 ss.
- DENOZZA, *Norme efficienti*, Milano, 2002.

- DENZIN, a cura di, *Studies in symbolic interaction*, Greenwich (Conn.), 1978.
- DOLCINI, *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 10 ss.
- DOLCINI-MARINUCCI, a cura di, *Codice penale commentato*, Milano, 2006.
- DOLCINI-PALIERO, a cura di, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006.
- ENRIQUES, *Gruppi piramidali, operazioni intragruppo e tutela degli azionisti esterni: appunti per un'analisi economica*, in *Giur. comm.*, 1997, p. 698 ss.
- ERMANN-LUNDMANN, *Corporate deviance*, New York, 1982.
- ERMANN-RABE, *Organizational process (not rational choices) produce most corporate crime*, in *Debating corporate crime*, a cura di LOFQUIST, Cincinnati, 1997, p. 53 ss.
- FERRI, *Concetto di controllo e di gruppo*, in AA. VV, *Disciplina giuridica del gruppo di imprese*, Milano, 1982, p. 67 ss.
- FERRO, a cura di, *Le responsabilità nel fallimento societario*, Milano, 2001.
- FERRO LUZZI-MARCHETTI, *La disciplina del gruppo creditizio*, in *Riv. soc.* 1992, p. 786 ss.
- FERRO-LUZZI E CASTALDI, a cura di, *La nuova legge bancaria. Il T.U. delle leggi sulla intermediazione bancaria e creditizia e le disposizioni di attuazione. Commentario*, Milano, 1996.
- FIANDACA, *Fatto nel diritto penale*, voce del *Dig. disc. pen.*, Torino, 1991, vol. V, p. 153 ss.
- FIANDACA, *Note sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, in *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di STILE, Napoli, 1991, p. 63 ss.
- FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2004.
- FLICK, *Gruppi e monopolio, nelle nuove prospettive del diritto penale*, in *Riv. soc.*, 1988, p. 471, ss.
- FOFFANI, *Le aggregazioni societarie di fronte al diritto penale: appunti sulle nozioni di «partecipazione rilevante», «collegamento», «controllo» e «gruppo»*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1993, p. 121 ss.

- FOFFANI, *Gruppi di società e conflitto di interessi: profili penalistici*, in *I gruppi di società*, a cura di BALZARINI-CARCANO-G. MUCCIARELLI, vol. II, Milano, 1996, p. 1249 ss.
- FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa*, Milano, 1997.
- FOFFANI, *Le infedeltà*, in *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di ALESSANDRI, Milano, 2002, p. 345 ss.
- FOFFANI, *L'infedeltà patrimoniale nel diritto penale bancario*, in *Diritto penale della banca, del mercato mobiliare e finanziario*, a cura di MEYER-STORTONI, Torino, 2002, p. 333 ss.
- FOFFANI, *Commento all'art. 2634 c.c.*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di PALAZZO-PALIERO, Padova, 2003, p. 1875 ss.
- FORNASARI, in *Diritto penale commerciale, I: I reati nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali*, a cura di CARLETTI, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, diretta da BRICOLA-ZAGREBELSKY, Torino, 1990.
- FORTI, *Normatività ed empiria nel lavoro del criminologo. Il "caso" Sutherland*, in *Riv. it dir. proc. pen.*, 1987, p. 364 ss.
- FORTUNATO, *La funzione del bilancio consolidato nella tutela degli interessi correlati al gruppo*, in *Riv.dir.comm.*, 1993, I, p. 51 ss.
- FROST, *Organizational form, misappropriation risk, and the substantive consolidation of corporate groups*, in *Hastings l. j.*, 1993, p. 449 ss.
- FUNARI, *Il concetto di gruppo fra diritto societario e diritto fallimentare*, in *Soc.*, 2005, p. 638 ss.
- GALGANO, *L'oggetto della holding è quindi l'esercizio mediato e indiretto dell'impresa di gruppo*, in *Contr. impr.*, 1990, p. 401 ss.
- GALGANO, *Il punto sulla giurisprudenza in materia di gruppi di società*, in *Contr. impr.*, 1991, p. 904 ss.
- GALGANO, *I gruppi di società*, Torino, 2001.
- GALGANO, *Le nuove società di capitali e cooperative*, in GALGANO-GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, tomo I, parte del *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da GALGANO, vol. XXIX, Padova, 2004.
- GALGANO-GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da GALGANO, vol. XXIX, Padova, 2004.

- GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, 2005.
- GALGANO, *Il regolamento di gruppo nei gruppi bancari*, in *Banca, borsa e titoli cred.*, 2005, p. 86 ss.
- GAMBINO, *Responsabilità amministrativa nei gruppi societari*, in *Giur. comm.*, 1993, p. 841 ss.
- GARGANI, *Dal corpus delicti al Tatbestand*, Milano, 1997.
- GHEZZI, a cura di, *Collegio sindacale. Controllo contabile*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da MARCHETTI-BIANCHI-GHEZZI-NOTARI, Milano, 2005.
- GIARDA A.-SEMINARA, a cura di, *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Padova, 2002.
- GIARDA E.M.-GIARDA F.M., *I gruppi di società*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A. GIARDA-SEMINARA, Padova, 2002, p. 117 ss.
- GILBERT, *Substantive consolidation in bankruptcy: a primer*, in *Vand. l. rev.*, 1990, p. 207 ss.
- GIOVANARDI, *Sull'impossibilità di estendere i «vantaggi compensativi» ai reati fallimentari*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1366 ss.
- GIULIANI-BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Milano, 1999.
- GIUNTA, a cura di, *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, Torino, 2002.
- GIUNTA, *La riforma dei reati societari ai blocchi di partenza (Seconda parte)*, in *Studium juris*, 2002, p. 833 ss.
- GROSS, *Organizational crime: a theoretical perspective*, in *Studies in symbolic interaction*, a cura di DENZIN, Greenwich (Conn.), 1978, p. 56 ss.
- GRUNER, *Corporate crime and sentencing*, Chesterland, 1994.
- GUGLIELMUCCI L., *La responsabilità per direzione e coordinamento di società*, in *Dir. fall.*, 2005, p. 38 ss.
- HARTUNG, *White-collar offenses in the wholesale meat industry in Detroit*, in *Am. j. soc.*, 1950, p. 25 ss.
- HAWKINS-THOMAS, a cura di, *Enforcing regulation*, Boston, 1987.
- INSOLERA, *Concorso di persone nel reato*, voce del *Dig. disc. pen.*, Torino, 1988, vol. II, p. 437 ss.



- INSOLERA, *Il concorso di persone nei reati fallimentari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 817 ss.
- IZZO, *Vantaggi compensativi, infedeltà patrimoniale e giurisprudenza della Cassazione*, in *Fisco*, 5, 2006, disponibile sul sito <http://home.ilmisco.it>.
- JAEGER, *La responsabilità solidale degli amministratori della capogruppo nella legge sull'amministrazione straordinaria*, in AA. VV., *Disciplina giuridica del gruppo di imprese*, Milano, 1982, p. 87 ss.
- JAMIESON, *The organization of corporate crime*, Thousand Oaks-London-New Dehli, 1994.
- JENSEN-MECKLING, *Theory of the firm: managerial behaviour, agency costs and ownership structure*, in *Fin. econ.*, 1976, p. 305 ss.
- JORIO, *Profili di responsabilità della società capogruppo*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di AMBROSINI, vol. II, Torino, 2005, p. 56 ss.
- KAGAN-SCHOLTZ, *The criminology of corporations and regulatory enforcement strategies*, in *Enforcing regulation*, a cura di HAWKINS-THOMAS, Boston, 1987, p. 79 ss.
- KRIESBERG, *Decision making model and the control of corporate crime*, in *Yale l. j.*, 1976, p. 1091 ss.
- LA MONICA, *Manuale di diritto penale commerciale*, Milano, 1993.
- LA MONICA, *Profili penali nel gruppo di imprese*, in *Fall.*, 1995, p. 543 ss.
- LA MONICA, *I reati fallimentari*, Milano, 1999.
- LANDERS, *A unified approach to parent, subsidiary and affiliate questions in bankruptcy*, in *U. chi. l. rev.*, 1975, p. 589 ss.
- LANZI, *Tutela penale del credito*, Padova, 1979.
- LANZI, *La nuova bancarotta fraudolenta per precedente reato societario*, in *Dir. prat. soc.*, 2002, 10, p. 18 ss.
- LANZI-CADOPPI, a cura di, *I nuovi reati societari*, Padova, 2002.
- LANZI, *La responsabilità penale degli organi di gestione*, in AA. VV., *La riforma del diritto societario profili civili e penali*, Milano, 2004, pag. 245 ss.
- LEE-ERMANN, *Pinto "madness" as a flawed landmark narrative: an organizational and network analysis*, in *Social problems*, 1999, p. 30 ss.

- LEMME, *La giurisprudenza di legittimità apre al concetto di gruppo d'impresе*, in *Dir. pen. proc.*, p. 751 ss.
- LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, Firenze, 1981.
- LIBONATI, *Responsabilità nel e del gruppo (responsabilità della capogruppo, degli amministratori, delle varie società)*, in *I gruppi di società*, a cura di BALZARINI-CARCANO-G. MUCCIARELLI, vol. II, Milano, 1996, p. 1489 ss.
- LO CASCIO, *Commentario alla legge sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, Milano, 2000.
- LOFQUIST, a cura di, *Debating corporate crime*, Cincinnati, 1997.
- LONGHI, *Bancarotta ed altri reati societari*, Milano, 1930.
- MACCAGNO BENESSIA, *Reati fallimentari*, voce de *Enc. Giur.*, vol. XIII, Roma, 1992, p. 2 ss.
- MACCARI, *Infedeltà patrimoniale*, in *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, a cura di GIUNTA, Torino, 2002, p. 149 ss.
- MACEY, *Agency theory and the criminal liability of organizations*, in *B. U. l. rev.*, 1991, p. 315 ss.
- MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare (e alla legge sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi)*, Padova, 2000.
- MAFFEI ALBERTI, a cura di, *Il nuovo diritto delle società, Commento sistematico al D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 aggiornato al D.Lgs. 28 dicembre 2004, n. 310*, Padova, 2005.
- MANGANO, *La causazione del fallimento*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1991, p. 459 ss.
- MANGANO, *Disciplina penale del fallimento*, Milano, 1993.
- MANGANO, *Il gruppo di imprese ovvero dal conflitto di interessi alla bancarotta patrimoniale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2000, p. 105 ss.
- MANGANO, *La bancarotta societaria*, Padova, 2001.
- MANGIONE, *La bancarotta fraudolenta impropria*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A. GIARDA-SEMINARA, Padova, 2002, p. 609 ss.
- MANTOVANI, *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 313 ss.

- MARCHETTI, *Sul controllo e sui poteri della controllante*, in *I gruppi di società*, a cura di BALZARINI-CARCANO-G. MUCCIARELLI, vol. II, Milano, 1996, p. 1547 ss.
- MARCHETTI-BIANCHI-GHEZZI-NOTARI, diretto da, *Commentario alla riforma delle società*, Milano, 2005.
- MARINUCCI, *Cause di giustificazione*, voce del *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1988, p. 130 ss.
- MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001.
- MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2006.
- MASUCCI, *Vantaggi del gruppo e dell'impresa collegata nel governo penale degli abusi di gestione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, p. 885 ss.
- MERTON, *Teoria e struttura sociale*, Bologna, 1966.
- MEYER-STORTONI, a cura di, *Diritto penale della banca, del mercato mobiliare e finanziario*, Torino, 2002.
- MEZZASALMA, *L'elemento psicologico nel delitto di bancarotta semplice*, Milano, 1970.
- MEZZETTI, *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 193 ss.
- MICHELETTI, *Riformulazione delle norme sui reati fallimentari che richiamano reati societari*, in *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, a cura di GIUNTA, Torino, 2002, p. 266 ss.
- MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, in *Contr. impr.*, 1986, 729 ss.
- MILITELLO, *Gruppi di società e diritto penale nell'esperienza francese*, in *Riv. soc.*, 1989, p. 729.
- MILITELLO, *Gruppi bancari e responsabilità penale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, p. 40 ss.
- MILITELLO, *Attività del gruppo e comportamenti illeciti: il gruppo come fattore criminogeno*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, p. 367 ss.
- MILITELLO, *L'infedeltà patrimoniale (art. 2634)*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A. GIARDA-SEMINARA, Padova, 2002, p. 471 ss.
- MIOLA, *Il diritto italiano dei gruppi de jure condendo: i gruppi ed i creditori*, in *Giur. comm.*, 1996, p. 409 ss.

- MONTALENTI, *Conflitto di interessi nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, p. 710 ss.
- MONTALENTI, *Il conflitto di interessi nella riforma del diritto societario*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 243 ss.
- MONTANI, *Economic crimes. Diritto penale ed economia: prove di dialogo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006, p. 909 ss.
- MORO VISCONTI, *I gruppi di società ed i reati societari*, in *Rass. giur. en. elettrica*, 2004, p. 687 ss.
- MUCCIARELLI F., *I profili penali della responsabilità dei sindaci*, in *Le responsabilità nel fallimento societario*, a cura di FERRO, Milano, 2001, p. 366 ss.
- MUCCIARELLI F., *La bancarotta societaria impropria*, in *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di ALESSANDRI, Milano, 2002, p. 443 ss.
- MUCCIARELLI F., *Il ruolo dei «vantaggi compensativi» nell'economia del delitto di infedeltà patrimoniale degli amministratori*, in *Giur. comm.*, 2002, p. 630 ss.
- MUSCO, *I nuovi reati societari*, Milano, 2004.
- NAPOLEONI, *Geometrie parallele e bagliori corruschi del diritto penale dei gruppi (bancarotta infragruppo, infedeltà patrimoniale e «vantaggi compensativi»)*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3787 ss.
- NAZZICONE, *Commento all'art. 2392*, in NAZZICONE-PROVIDENTI, *Società per azioni, Amministrazione e controlli (artt. 2380-2409-noviesdecies)*, Milano 2003, p. 181 ss.
- NAZZICONE-PROVIDENTI, *Società per azioni, Amministrazione e controlli (artt. 2380-2409-noviesdecies)*, Milano, 2003.
- NICCOLINI –STAGNO D'ALCONTRES, a cura di, *Società di capitali*, Napoli, 2004.
- NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955.
- NUVOLONE, *Fallimento (Reati in materia di)*, voce dell' *Enc. dir.*, vol XVI, Milano, 1967, p. 476 ss.
- OPPO, *Impresa e imprenditore. I) Diritto commerciale*, voce de *Enc. giur. Treccani*, XVI, Roma, 1989.
- PADOA-SCHIOPPA, *Il gruppo bancario nell'ordinamento creditizio*, in *I gruppi di società*, a cura di BALZARINI-CARCANO-G. MUCCIARELLI, vol. I, Milano, 1996, p. 507.
- PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, Palermo, 1957.

- PAGLIARO, *Fatto, diritto penale*, voce dell' *Enc.dir.*, Milano, 1967, vol. XVI, p. 951 ss.
- PAGLIARO, *Problemi generali del diritto penale d'impresa*, in *Ind. pen.*, 1985, p. 17 ss.
- PAGLIARO, *Problemi attuali del diritto penale fallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1988, p. 526 ss.
- PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2003.
- PAJARDI-FORMAGGIA TERNI DÈ GREGORI, *I reati fallimentari*, Milano, 1994.
- PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 350 ss.
- PALAZZO-PALIERO, a cura di, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2003.
- PALIERO, *Problemi e prospettive della responsabilità penale dell'ente nell'ordinamento italiano*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1997, p. 1173 ss.
- PALIERO, *L'economia della pena (un work in progress)*, in *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini-Paliero, Milano, 2006, vol. I, p. 539 ss. (ora anche in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1336 ss.).
- PATERNOSTER-SIMPSON, *A rational choice theory of corporate crime*, in *Five advances in criminological theory: routine activity and rational choice*, a cura di CLARKE-FELSON, New Brunswick, 1993, p. 37 ss.
- PATERNOSTER-SIMPSON, *Sanction threats and appeals to morality: testing a rational choice model of corporate crime*, in *Law & society rev.*, 1996, p. 549 ss.
- PATTI, «Direzione e coordinamento di società»: brevi spunti sulla responsabilità della capogruppo, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003 p. 357 ss.
- PAVAN, *Art. 223, II co., n. 1, l.f.: la pietra nello stagno*, in *Ind. pen.*, 2005, p. 1083 ss.
- PAVONE LA ROSA, a cura di, *I gruppi di società*, Bologna, 1982.
- PAVONE LA ROSA, *Introduzione*, in *I gruppi di società*, Bologna, 1982, p. 11 ss.
- PAVONE LA ROSA, *Responsabilità da controllo nei gruppi di società*, in *Riv. soc.*, 1984, p. 413 ss.
- PAVONE LA ROSA, *Divagazioni in tema di «controllo» e di «gruppo» nelle aggregazioni societarie*, in *Contr. impr.*, 1997, p. 508 ss.

- PAVONE LA ROSA, *Il gruppo di imprese nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2000, I, p. 481 ss.
- PAVONE LA ROSA, *La responsabilità degli amministratori della controllante nella crisi del gruppo societario*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 793 ss.
- PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 765 ss.
- PEARCE-TOMBS, *Hazards, law and class: contextualizing the regulation of corporate crime*, in *Soc. & legal studies*, 1997, p. 79 ss.
- PEDRAZZI, *Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1953, p. 529 ss.
- PEDRAZZI, *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. soc.*, 1962, p. 220 ss.
- PEDRAZZI, *Gruppo d'impresa e responsabilità penale*, in *Disciplina giuridica del gruppo d'impresa*, Milano, 1982, p. 157 ss.
- PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1988, p. 125 ss.
- PEDRAZZI, *Commento agli artt. 216, 217, 218, 220-226 l.f.*, in PEDRAZZI-SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, a cura di GALGANO, Bologna-Roma, 1995.
- PEDRAZZI-SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, a cura di GALGANO, Bologna-Roma, 1995.
- PEDRAZZI, *Dal diritto penale delle società al diritto penale dei gruppi: un difficile percorso*, in *I gruppi di società*, a cura di BALZARINI-CARCANO-G. MUCCIARELLI, vol. III, Milano, 1996, p. 1775 ss.
- PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, in AA. VV., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2000.
- PERNA-PISANTI-ZAMBONI-GARAVELLI, *Gruppo bancario*, in *La nuova legge bancaria. Il T.U. delle leggi sulla intermediazione bancaria e creditizia e le disposizioni di attuazione. Commentario*, a cura di FERRO-LUZZI e CASTALDI, Milano, 1996, p. 1007 ss.
- PETTITI, *Il marchio di gruppo*, Milano, 1996.
- PIERGALLINI, a cura di, *La riforma dei reati societari*, Milano, 2004.

- PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni: posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Milano, 2003.
- PONTI, *Compendio di criminologia*, Milano, 1999.
- POSNER, *Economic analysis of law*, New York, 2003.
- PUNCH, *Dirty business*, London-Thousand Oaks-New Dehli, 1996.
- PUNZO, *Il delitto di bancarotta*, Torino, 1953.
- RACITI, *Il criminale economico nella ricerca criminologica: dall'opera di Sutherland alle più recenti formulazioni teoretiche*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2005, p. 677 ss.
- RACKMILL, *Understanding and sanctioning the white collar offender*, in *Fed. probation*, 1992, p. 26 ss.
- REISS, *Organizational deviance*, in *Ohio Valley Sociologist*, 1965, p. 60 ss.
- RIGOTTI, *Doveri del collegio sindacale*, in *Collegio sindacale. Controllo contabile*, a cura di GHEZZI, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da MARCHETTI-BIANCHI-GHEZZI-NOTARI, Milano, 2005, p. 159 ss.
- RIMINI, *Il controllo contrattuale: spunti per una riflessione*, in *I gruppi di società*, a cura di BALZARINI-CARCANO-G. MUCCIARELLI, vol. II, Milano, 1996, p. 1903 ss.
- RINALDINI, *Commento all'art. 110 c.p.*, in *Codice penale commentato*, a cura di DOLCINI-MARINUCCI, Milano, 2006, p. 1104 ss.
- ROMANO, *Profili penalistici del conflitto d'interessi dell'amministratore di società per azioni*, Milano, 1967.
- RONDINONE, commento *all'art. 90*, in *La nuova disciplina della amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, a cura di CASTAGNOLA-SACCHI, Torino, 2000.
- RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Soc.*, 2004, p. 538 ss.
- ROSS, *Sin and society*, Boston, 1907.
- ROSSI A., a cura di, *Reati societari*, Torino, 2005.
- ROSSI A., *La responsabilità penale degli organi di amministrazione e controllo*, in *Reati societari*, a cura di A. ROSSI, Torino, 2005, p. 62 ss.
- ROSSI S., *Relazione introduttiva*, in *Giur. comm.*, 2002, p. 613 ss.

- SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2003, p. 661 ss.
- SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2004, p. 661 ss.
- SALAFIA, *Patologia dei gruppi di società*, in *Soc.*, 1995, p. 1141 ss.
- SALINAS, *Responsabilità degli amministratori, operazioni infragruppo e vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 2005, II, p. 256 ss.
- SANDRELLI, *Bancarotta fraudolenta per le società di un gruppo: condotte di distrazione e operazioni dolose ex art. 223 cpv. n. 2 l.f. nelle operazioni «intercompany»*, in *Fall.*, 2000, p. 50 ss.
- SANDRELLI, *L'infedeltà patrimoniale*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di AMBROSINI, vol. II, Torino, 2005, p. 488 ss.
- SANDULLI-SANTORO, *Direzione e coordinamento di società*, in *La riforma delle società, commentario del D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2004, pp. 311 ss.
- SANTAGATA, *Il gruppo paritetico*, Torino, 2001.
- SANTONI, *L'amministrazione straordinaria delle società e dei gruppi*, in *La riforma dell'amministrazione straordinaria*, a cura di BONFATTI-FALCONE, Roma, 2000, p. 93 ss.
- SANTORIELLO, *I reati di bancarotta*, Torino, 2002.
- SANTORIELLO, *Il nuovo diritto penale delle società*, Torino, 2003.
- SBISA, *Il gruppo di società nell'amministrazione delle grandi imprese in crisi (criteri di individuazione)*, in *Giur. comm.*, 1980, I, p. 265 ss.
- SBISA, *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, in *Contr. impr.*, 2003, p. 591 ss.
- SBISA, *La responsabilità della capogruppo*, in *Rass. giur. en. elett.*, 2004, p. 675 ss.
- SCAROINA, *Il problema del gruppo di imprese*, Milano, 2006.
- SCHIAVANO, *La nuova bancarotta fraudolenta societaria*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, p. 253 ss.
- SCHIAVANO, *Riflessioni sull'infedeltà patrimoniale societaria (art. 2634 c.c.)*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, p. 815 ss.
- SCIUMBATA, *La riforma del diritto penale societario: infedeltà patrimoniale e bancarotta societaria*, in *Nuovo dir.*, 2003, p. 235 ss.
- SCOGNAMIGLIO, *I gruppi e la riforma del diritto societario: prime riflessioni*, in *Rass. giur. en. elett.*, 2003, p. 161 ss.



- SCOTTI CAMUZZI, *I gruppi fra il diritto delle società ed il diritto dell'impresa*, in *I gruppi di società*, a cura di BALZARINI-CARCANO-G. MUCCIARELLI, vol. III, Milano, 1996, p. 2139 ss.
- SELLAROLI, *Considerazioni sull'elemento psicologico del delitto di bancarotta semplice*, in *Giust. pen.*, 1961, II, p. 781 ss.
- SGUBBI, *Profili penali della riforma delle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2003, p. 952 ss.
- SHOVER-BRYANT, *Theoretical explanation of corporate crime*, in *Understanding corporate criminality*, a cura di BLANKENSHIP, New York-Londra, 1993, p. 141 ss.
- SPIOTTA, *Commento all'art 2392*, in *Il nuovo diritto societario, Vol. 1*, diretto da COTTINO-BONFANTE-CAGNASSO-MONTALENTI, Bologna, 2004, p. 762 ss.
- STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, p. 459 ss.
- STILE, a cura di, *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991.
- STONE, *Where the law ends: the social control of corporate behaviour*, New York, 1975.
- SUTHERLAND, *Il crimine dei colletti bianchi. La versione integrale*, Milano, 1987.
- TAPPAN, *Who is the criminal?*, in *Am. soc. rev.*, 1947, p. 96 ss.
- TOMBARI, *Il gruppo di società*, Torino, 1997.
- TOMBARI, *La nuova disciplina dei gruppi di società*, in *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, a cura di BENAZZO-PATRIARCA-PRESTI, Milano, 2003, p. 237 ss.
- TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in *Giur. comm.*, 2004, p. 61 ss.
- VASSALLI, *Analogia nel diritto penale*, voce del *Dig. disc. pen.*, Torino, 1987, vol. I, p. 158 ss.
- VASSALLI, *I principii generali del diritto nell'esperienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 699 ss.
- VAUGHAN, *Toward understanding unlawful organizational behavior*, in *Mich. l. rev.*, 1982, p. 1393 ss.
- VAUGHAN, *Transaction systems and unlawful organizational behavior*, in *Social problems*, 1982, p. 373 ss.

- VAUGHAN, *Rational choice, situated action and the social control of organizations*, in *Law & soc. rev.*, 1998, p. 23 ss.
- VENAFRO, *Art. 2634 - Infedeltà patrimoniale*, in *Leg. pen.*, 2003, p. 508 ss.
- WEIGMANN, *I gruppi di società*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di AMBROSINI, vol. II, Torino, 2005, p. 36 ss.
- WHEELER-ROTHMAN, *The organization as weapon in white-collar crime*, in *Mich. l. rev.*, 1981-1982, p. 1403 ss.
- ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, Milano, 2006.
- ZUCCALÀ, *Due questioni attuali sul bene giuridico: la pretesa dimensione «critica» del bene e la pretesa necessaria offesa ad un bene*, in *Riv. trim dir. pen. ec.*, 2004, p. 839 ss.

Vorrei ringraziare tutti coloro che, a vario titolo, mi hanno aiutato nel lavoro di cui questa tesi costituisce solo una prima espressione.

In particolare, desidero menzionare il Prof. Alberto Alessandri, il Prof. Angelo Castagnola, la Dott.ssa Melissa Miedico, mio padre, Tani Galeone, ed i colleghi del Dottorato in diritto dell'impresa, XIX ciclo, con i quali, nel corso dei tre anni, vi è sempre stato un confronto, formativo e ricco di stimoli culturali.

Infine, vorrei manifestare la mia sincera gratitudine verso il Prof. Carlo Enrico Paliero, i cui insegnamenti rappresentano un valore inestimabile per la mia crescita scientifica.