

UNIVERSITA' COMMERCIALE LUIGI BOCCONI

Dottorato in Diritto dell'Impresa

- XX ciclo -

LA RESPONSABILITA' AMMINISTRATIVA DEGLI ENTI *EX*
D. LGS. 231/2001 E I GRUPPI DI SOCIETA'

Tesi di
Francesca Chiara Bevilacqua
matricola p1003524

Docente tutor
Chiar.mo Prof. Alberto Alessandri

- INDICE -

IL CAMPO DI APPLICAZIONE DEL D. LGS. 231/2001 E L'ATTIVITÀ DI DIREZIONE E COORDINAMENTO - 1 -

1. Il d. lgs. 231/2001 e l'attività di direzione e coordinamento ex art. 2497 c.c. Cenni introduttivi - 1 -

2. Il silenzio del decreto sui gruppi, preoccupazioni di prevenzione della criminalità d'impresa, spunti interpretativi forniti dall'articolato e rispetto del principio di legalità - 4 -

3. L'articolo 1: i soggetti cui si applicano le disposizioni del decreto. L'ipotesi del gruppo quale "ente" soggetto alla normativa - 11 -

IL CRITERIO D'IMPUTAZIONE OGGETTIVO: SVILUPPI GIURISPRUDENZIALI. L'ILLECITO "NELL'INTERESSE O A VANTAGGIO" DELL'ENTE E L'ATTIVITÀ DI DIREZIONE E COORDINAMENTO - 25 -

1. L'articolo 5: *interesse o vantaggio* - 25 -

2. Interesse ex art. 5 e "interesse di gruppo" - 38 -

3. Sull'eventualità che l'interesse di una società diretta e coordinata sia interpretato, rispetto alla capogruppo ed ai suoi agenti, come interesse esclusivo di terzi ex art. 5 co. 2 d. lgs. 231/2001 - 56 -

3. 1 Il caso IVRI holding. La pronuncia del g.i.p. - 58 -

3. 2 Il caso IVRI holding: l'ordinanza del Tribunale del Riesame - 64 -

4. Il caso UNIPOL – Fondazione Monte dei Paschi di Siena - 68 -

5. Ulteriori sviluppi giurisprudenziali - 89 -

SOGGETTI IN POSIZIONE "APICALE", SOGGETTI IN POSIZIONE "SOTTOPOSTA" E PROBLEMATICHE IN TEMA DI CONCORSO DI PERSONE - 95 -

1. 1 L'articolo 5 comma 1 a), "persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo". L'eventuale rilievo della capogruppo, e dei soggetti apicali della capogruppo stessa - 95 -

1. 2 (Segue) L'articolo 5 comma 1 a), "persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo": l'eventualità della rilevanza dei soggetti apicali della capogruppo - 100 -

1. 3 Sull'eventualità di considerare gli amministratori delle società eterodirette come soggetti apicali della capogruppo mediante l'interpretazione di tali società come *unità organizzative dotate di autonomia finanziaria e funzionale*, ai sensi dell'articolo 5 comma 1 a) - 101 -

2. L'articolo 5 comma 1 b), i soggetti "sottoposti". Sull'eventualità che gli amministratori della società diretta e coordinata vengano interpretati quali soggetti sottoposti alla direzione o alla vigilanza dei soggetti in posizione apicale nella capogruppo - 103 -

3. Il caso più lineare: il concorso di persone - 105 -

3. 1 Impostazione del problema nel caso di adesione alla tesi della natura penale della responsabilità ex d. lgs. 231/2001. Riflessioni nel caso di soggetti apicali.....	- 106 -
3. 2 Impostazione del problema nel caso di adesione alla tesi della natura penale della responsabilità ex d. lgs. 231/2001. Riflessioni nel caso di soggetti sottoposti	- 111 -
3. 3. La diversa ipotesi della fattispecie necessariamente plurisoggettiva	- 121 -
3. 4 Impostazione del problema nel caso di adesione alla tesi della natura amministrativa della responsabilità ex d. lgs. 231/2001	- 129 -

I CRITERI DI IMPUTAZIONE SOGGETTIVA E L'ATTIVITA' DI DIREZIONE E COORDINAMENTO

1. Gli articoli 6 e 7 del d. lgs. 231/2001: i criteri di imputazione soggettivi	- 133 -
2. Sull'eventualità di una colpa d'organizzazione della controllante per quanto accade nella controllata priva di idonei <i>compliance programs</i>	- 135 -
2. 1 Conseguenze sul piano civilistico della commissione di illeciti nella società diretta e coordinata priva di protocolli preventivi	- 135 -
2. 1. 1 La natura della responsabilità ex art. 2497 c.c.	- 145 -
2. 2. Brevi riflessioni sulla responsabilità per il pregiudizio alla partecipazione sociale ex art. 2497 c.c.....	- 150 -
2. 3 Risvolti sul piano penale-amministrativo	- 151 -
2. 4 Dell'eventualità di una responsabilità della società che esercita direzione e coordinamento e della società diretta dipendente dal reato commesso da un unico soggetto	- 160 -
2. 5 Del caso di concorso nel reato di persone fisiche appartenenti a società dirigente e società diretta. In particolare, sull'eventualità di una posizione di garanzia degli amministratori di società che esercita attività di direzione e coordinamento	- 168 -
3. Analisi empirica delle scelte operate nelle società che compongono il paniere dell'Indice S&P MIB	- 180 -
3. 1 Osservazioni riguardo gli organismi di vigilanza	- 189 -
3. 2 Osservazioni in merito a eventuali controllate estere	- 192 -
4. Alcune osservazioni conclusive sul tema	- 193 -

QUESTIONI DERIVANTI DALLA PRESENZA DI COMPONENTI ESTERE.....

1. Gruppi multinazionali. Il problema dei soggetti esteri	- 197 -
2. Il Caso Siemens. Possibili critiche all'interpretazione giurisprudenziale	- 202 -
3. Ripresa del confronto con il cd. Progetto Grosso	- 205 -
4. Sviluppi del tema in relazione a società soggette a direzione e coordinamento	- 206 -

UNA COMPARAZIONE CON IL SISTEMA NORDAMERICANO.....

1. Brevi cenni sulla <i>corporate criminal liability</i> . <i>Federal Sentencing Guidelines</i> e <i>Model Penal Code</i>	- 211 -
2. Recenti evoluzioni della <i>corporate criminal liability</i>	- 222 -
2. 1 Possibili conseguenze del caso <i>Booker</i> e <i>Fanfan</i> sulle <i>Federal Sentencing Guidelines for Organizations</i>	- 222 -

2. 2 La nuova direzione della <i>corporate criminal liability</i> negli USA: i <i>deferred</i> ed i <i>non prosecution agreements</i>	- 224 -
3. La responsabilità degli enti nei gruppi	- 232 -
3. 1 <i>Agency theory</i>	- 232 -
3. 2 <i>Unitary enterprise theory</i> ed altri spunti	- 235 -
4. Adozione ed attuazione dei <i>compliance programs</i> in un gruppo multinazionale: l'esempio di Altria	- 239 -
BIBLIOGRAFIA	- 243 -
BIBLIOGRAFIA DEL MATERIALE STATUNITENSE	- 267 -

CAPITOLO N. 1

IL CAMPO DI APPLICAZIONE DEL D. LGS. 231/2001 E L'ATTIVITÀ DI DIREZIONE E COORDINAMENTO

SOMMARIO **1.** Il d. lgs. 231/2001 e l'attività di direzione e coordinamento ex art. 2497 c.c. Cenni introduttivi **2.** Il silenzio del decreto sui gruppi, preoccupazioni di prevenzione della criminalità d'impresa, spunti interpretativi forniti dall'articolato e rispetto del principio di legalità **3.** L'articolo 1: i soggetti cui si applicano le disposizioni del decreto. L'ipotesi del gruppo quale "ente" soggetto alla normativa

1. Il d. lgs. 231/2001 e l'attività di direzione e coordinamento ex art. 2497 c.c. Cenni introduttivi

L'attribuzione di una responsabilità penale o – con espressione più asettica – "da reato" alle società e ad altri enti collettivi è stata storicamente oggetto in Italia, è noto, di ampio dibattito¹. Dibattito che non sembra affatto placato dall'ingresso nel nostro ordinamento nell'anno 2001 con il d. lgs. 231 della *responsabilità amministrativa dipendente da reato*. Se da un lato sono evidenti i costi della concentrazione in capo alla sola persona fisica della sanzione per l'illecito, dall'altro si continua a sottolineare lo stridere della persona giuridica, figura metaindividuale, con i requisiti di imputazione

¹ E' d'obbligo il riferimento al fondamentale saggio di F. BRICOLA, *Il costo del principio «societas delinquere non potest» nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, p. 951, ora in *Scritti di diritto penale*, II, Milano, 1997, p. 2975; tra i numerosi studi sul tema ci si limita qui a citare A. FALZEA, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in AA. VV. *La responsabilità penale delle persone giuridiche in diritto comunitario*, Milano, 1981, p. 139; A. ALESSANDRI, *Reati d'impresa e modelli sanzionatori*, Milano, 1984; J. DE FARIA COSTA, *Contributo per una legittimazione della responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 1246; M. ROMANO, *Societas delinquere non potest (nel ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 1031; K. TIEDMANN, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 615; F. STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1999, p. 459.

soggettiva di una responsabilità di tipo punitivo, stridore ancor più acuto sol che si rammenti il portato dell'articolo 27 co. 1 e 3 della Costituzione².

La difficoltà di ascrivere una responsabilità di tipo punitivo in capo ad un ente collettivo diviene – se possibile – ancor più problematica di fronte ad un insieme di entità complesso e sfaccettato come il gruppo di società.

Spesso accade che il gruppo sia contraddistinto da un'unitarietà dell'agire economico che va a contrapporsi alla molteplicità, sul piano giuridico, delle sue diverse componenti. L'organizzazione delle società del gruppo, l'interesse per il quale esse agiscono, i criteri di commisurazione del risultato d'impresa mutano per la peculiare essenza di questa struttura.

Al contempo la spersonalizzazione dell'attività imprenditoriale caratteristica dell'ente societario trova qui un'amplificazione maggiore, rendendo il gruppo un potenziale fattore criminogeno³.

E' noto che per lungo tempo il legislatore italiano ha faticato ad accogliere in modo unitario ed omogeneo il gruppo di società⁴. Lentamente però legislatore, dottrina e giurisprudenza hanno iniziato a prendere atto della nuova realtà, della forza che tale forma è in grado di apportare alle piccole società italiane ed hanno iniziato a riconoscerne l'importanza gradatamente, dapprima in discipline settoriali, poi – a livello interpretativo – anche mediante l'utilizzo del concetto di "vantaggio compensativo"⁵, poi infine con l'inserzione nel codice civile di una disciplina della *responsabilità da direzione e coordinamento*.

² Sul principio di colpevolezza si ricordano le due celeberrime pronunce della Corte Costituzionale del 1988: Corte Costituzionale, sent. 13-24 marzo 1988, n. 364 in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 686, con nota di D. PULITANO', *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza, ibidem*; *Foro it.*, 1988, I, p. 1385, con nota di G. FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: «prima lettura» della sentenza*, e in *Leg. pen.*, 1988, p. 449, con nota di T. PADOVANI, *L'ignoranza inevitabile sulla legge penale e la declaratoria d'incostituzionalità parziale dell'art. 5 c.p.*; Corte Costituzionale, sent. 13-dicembre-1988, n. 1085, in *Foro it.*, 1989, I, p. 1378, con nota di A. INGROIA, *Ulteriori sviluppi del riconoscimento costituzionale del principio di colpevolezza: parziale incostituzionalità del furto d'uso*, e in *Cass. pen.*, 1989, p. 758, con nota di A. PISANI, *Brevi note in tema di furto d'uso*.

³ Cfr. al riguardo V. MILITELLO, *Attività del gruppo e comportamenti illeciti: il gruppo come fattore criminogeno*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, p. 367.

⁴ Per la verità tuttora non si può parlare di una vera e propria generale definizione di gruppo. E' noto tuttavia come la riforma del diritto societario abbia disciplinato invece l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento.

⁵ Cfr. P. MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. Comm.*, 1995, p. 710.

Dall'accostamento di questo nucleo normativo a quello di cui al d. lgs. 231 del 2001 emergono non pochi problemi interpretativi. Se ne anticipano alcuni: può il gruppo – in sé considerato – rientrare nel novero degli enti soggetti al decreto? La società che esercita attività di direzione e coordinamento, come può (o deve) porsi nei confronti dell'organizzazione preventiva della commissione di reati delle società dirette? Può tale società rivestire una posizione di sorveglianza nei confronti di quanto accade nelle società che dirige e coordina? Il cd. interesse di gruppo può trovare un referente testuale nel d. lgs. 231/2001 all'art. 5? Nel caso in cui un amministratore della capogruppo commetta un reato che avvantaggia una delle società che questa dirige e coordina, quale soggetto societario risponderà: la capogruppo, la società eterodiretta, oppure entrambe? Come districarsi nel caso di *interlocking directorates*? Cosa accade nel caso in cui la capogruppo sia una società estera? Come è opportuno costruire i modelli organizzativi delle società di un gruppo?

Questi sono soltanto alcuni degli interrogativi che si cercherà – se non di risolvere – quanto meno di svolgere, presentando in maniera critica diverse opzioni interpretative.

Va da sé che per comprendere come la responsabilità da reato degli enti si possa articolare nell'ambito di un gruppo di imprese sarà necessario intersecare l'analisi della normativa sulla responsabilità amministrativa degli enti con l'esegesi della recente normativa civilistica sull'attività di direzione e coordinamento (artt. 2497 ss. c.c.)⁶. Si anticipa sin d'ora che nel presente lavoro ci si riferirà all'ipotesi in cui l'attività di direzione e coordinamento sia effettivamente esercitata.

⁶ Si concentrerà l'analisi sull'ipotesi di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, attività che, secondo le presunzioni relative stabilite dall'art. 2497-*sexies*, si verifica nel caso di società o ente tenuto al consolidamento dei bilanci o che comunque controlla le società ai sensi dell'art. 2359. Secondo l'art. 2359 c.c. sono considerate società controllate: 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa. Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) si computano anche i voti spettanti a società controllate, società fiduciarie e a persona interposta: non si computano i voti spettanti per conto di terzi.

2. Il silenzio del decreto sui gruppi, preoccupazioni di prevenzione della criminalità d'impresa, spunti interpretativi forniti dall'articolato e rispetto del principio di legalità

Incominciando l'analisi del problema, è opportuno partire dallo studio del complesso normativo che regola la responsabilità amministrativa dipendente da reato degli enti. Accostandosi a questo insieme di disposizioni, a questo sistema apparentemente compiuto di responsabilità, ci si aspetterebbe di trovare un'indicazione formale circa il modo di operare del decreto al cospetto di un gruppo societario. Il decreto legislativo n. 231 del 2001, conformemente alla legge delega n. 300/2000, non dedica tuttavia alcuna disposizione ai gruppi di società⁷.

Ciò rappresenta una significativa differenza rispetto al *Progetto di riforma della parte generale del codice penale Grosso*⁸, dal quale com'è noto il d. lgs. 231/2001 ha tratto diversi spunti. Nel Progetto si dedicava al fenomeno dei gruppi l'art. 123 co. 3 (nella versione approvata il 26 maggio 2001), che stabiliva: *“Se il fatto è stato commesso nell'ambito di una attività sottoposta alla direzione o controllo da parte di altra persona giuridica, la responsabilità ai sensi di questo titolo si estende alla persona giuridica che esercita la direzione o il controllo, indipendentemente dalle condizioni di cui al comma 2”*. Si

7 Si sono occupati del tema in particolare E. SCAROINA, *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo di imprese*, Giuffrè – Luiss University Press, 2006; L. CORSINI, *Gruppo d'impresa e responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato* in *Le Società*, 2004, fasc. 11, p. 1354; A. FRIGNANI – P. GROSSO – G. ROSSI, *I modelli di organizzazione di cui agli artt. 6 e 7 d. lgs. n. 231/2001 sulla responsabilità amministrativa degli enti*, in *Le società*, 2002, p. 153 ss.; U. LECIS, *L'organismo di vigilanza nei gruppi di società*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, n. 2, p. 45; G. LUNGHINI, *Responsabilità amministrativa degli enti: soggetti, interessi infragruppo e requisiti di idoneità e di attuazione dei modelli*, in *Corr. Merito*, 2005, n. 1, p. 89; P. MONTALENTI, *Corporate Governance, consiglio di amministrazione, sistemi di controllo interno: spunti per una riflessione*, in *Riv. Soc.*, 2002, p. 803, si vedano in particolare le pp. 833 ss.; L. PISTORELLI, *Brevi osservazioni sull'interesse di gruppo quale criterio oggettivo di imputazione della responsabilità da reato*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, n. 1, p. 11; F. SANTI, *La responsabilità delle società e degli enti. Modelli di esonero delle imprese. D. Lgs. 8.6.2001, n. 231. D.M. 26.6.2003, n. 201*, Milano, 2004, p. 198 ss.; F. SGUBBI, *Gruppo societario e responsabilità delle persone giuridiche ai sensi del D. Lgs. 231/2001*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, n. 1, p. 7; A. TAVERNA (a cura di), *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche nei gruppi di società*, Atti del Corporate Governance Forum di Roma, 2 febbraio 2005.

⁸ Progetto di revisione della parte generale del codice penale, Commissione Grosso, approvato dalla Commissione Ministeriale per la Riforma del codice penale nella seduta del 26 maggio 2001, reperibile sul sito www.giustizia.it. Cfr. F. DE MARTINO, *La responsabilità penale negli organismi complessi, una proposta della Commissione Grosso*, in *Ind. Pen.*, 2002, p. 111.

riprenderà più avanti l'analisi del sistema di responsabilità degli enti impostato dal Progetto. Al momento ci si limita a sottolineare come questo documento si fosse preoccupato di dare un inquadramento espresso e ben preciso al tema dell'illecito penale commesso nel gruppo, ed avesse deciso di impostare la questione in senso rigoristico per la società esercitante "la direzione o il controllo".

La soluzione del Progetto Grosso non è stata dunque accolta dal d. lgs. 231/2001, e nemmeno - nonostante il Progetto sia stato fonte di ispirazione per il legislatore delegato - è stata accolta l'idea di dare una regolamentazione esplicita, anche se eventualmente diversa da quella prescelta dal Progetto, al problema del gruppo di società.

Scelta singolare dunque, sol che si rammenti la crescente consapevolezza del gruppo di società e delle sue potenzialità da parte del legislatore italiano⁹.

Nel testo del d. lgs. 231/2001 non si fa alcun riferimento, quanto meno non in modo esplicito, a società interessate dal fenomeno della direzione unitaria. Tale circostanza induce a domandarsi cosa accada allora nel caso in cui l'illecito penale si verifichi proprio all'interno di un gruppo societario. Chiaramente se un soggetto appartenente ad una società soggetta a direzione e coordinamento commettesse un reato nell'interesse di questa, in assenza di ogni presidio di organizzazione preventiva del rischio reato, *nulla quaestio*: la società potrebbe essere ritenuta responsabile. Ma si è visto come le logiche dell'agire economico e dell'interesse sociale possano mutare radicalmente in un contesto di gruppo¹⁰. Da ciò consegue che l'illecito commesso nell'ambito di

⁹ Cfr. sui problemi legati alla mancata disciplina del gruppo O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001*, n. 231, Milano, 2005, p. 117 ss.; P. MONTALENTI, *op. cit.*, p. 836, secondo il quale il silenzio del legislatore sul punto non merita approvazione. In un altro recente scritto, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 333, lo stesso Autore definisce la normativa di cui al d. lgs. 231/2001 penalistica, e nota come questa sia stata dettata prescindendo sia dalla disciplina societaria, sia dalla disciplina del gruppo, dimostrando scarsa sensibilità rispetto alla magistratura, che ha invece subito dimostrato di cogliere i nessi tra direzione e coordinamento e predisposizione di modelli organizzativi volti alla prevenzione degli illeciti previsti dal decreto del 2001.

¹⁰ Per un'illustrazione in chiave aziendalistica dei vantaggi offerti dalla struttura di gruppo nonché delle sue possibili distorsioni, cfr. A. ZATTONI, *La dinamica societaria dei gruppi aziendali*, in D. RAVASI – A. ZATTONI – M. BRUNI, *Gruppi di imprese, quotazioni e privatizzazioni – Le discontinuità negli assetti istituzionali*, Egea, Milano, 2002, p. 65

una componente del gruppo non necessariamente è realizzato nell'interesse di questa, così come lo stesso illecito può invece avvantaggiare l'intero gruppo. Inoltre soggetti che ricoprono cariche di rilievo nella capogruppo sovente ne rivestono altre di pari importanza in società controllate e non è immediatamente evidente in quale veste abbiano agito e nell'interesse di quale soggetto. Ancora, l'assolvimento di quegli oneri organizzativi volti a scongiurare la responsabilità amministrativa dipendente da reato sembra doversi esplicare in modo del tutto peculiare nelle società appartenenti ad un gruppo. Infine, se tali oneri non vengono esplicitati, o se vengono esplicitati - ma in modo non consono - ciò potrebbe forse essere foriero di conseguenze particolari in capo alla *holding*.

La prassi, lo si è già accennato, nei primi anni di vigenza del d. lgs. 231/2001 ne ha visto un'applicazione molto ridotta¹¹. Significativa è però la circostanza che uno dei primi casi passati al vaglio della Magistratura abbia coinvolto proprio un gruppo di società. Ci si riferisce al caso degli Istituti di Vigilanza della città di Milano¹², che più avanti si vedrà in dettaglio. Preme ora evidenziare soltanto come la realtà giurisprudenziale abbia messo in luce fin dai primi casi come il d. lgs. 231/2001 debba necessariamente confrontarsi con il fenomeno dei gruppi di società, nonostante l'assenza di previsioni esplicite che regolino l'esplicarsi della responsabilità da reato all'interno di un complesso di enti così particolare e composito, dove la spersonalizzazione e l'agire collettivo si intensificano ancor più che nelle società che operano come monadi isolate,

¹¹ Si può affermare che forse la stessa magistratura ha inteso disapplicare di fatto per un certo lasso di tempo la nuova normativa, al fine di consentire alle imprese (ma probabilmente anche a se stessa) di prendere confidenza con il d. lgs 231/2001 e di adeguarsi alle previsioni dello stesso, che comportano significative e complesse innovazioni per il mondo societario. Per un'analisi delle prime pronunce si veda E. GARAVAGLIA, *La responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche: i primi anni di applicazione giurisprudenziale*, in *Giur. Comm.*, 2006, p. 383; V. VALIGNANI, *Responsabilità da reato delle persone giuridiche*, in *Studium iuris*, 2006, n. 10, p. 1186.

¹² Si veda l'ordinanza del 20 settembre 2004 n. 30382-03, Tribunale di Milano, g.i.p. Secchi, in *Guida al dir.*, 2004, n. 47, p. 69, con nota di G.P. DEL SASSO; in *Corriere del merito*, 2005, n. 1, p. 85, *Responsabilità amministrativa degli enti: soggetti, interessi infragruppo e requisiti di idoneità dei modelli*, con commento di G. LUNGHINI e in *Foro ambrosiano*, 2004, p. 520, ed il suo riesame: Tribunale del Riesame di Milano, sez. XI penale, rel. Epidendio, ordinanza 20 dicembre 2004, in *Foro ambrosiano*, 2004, p. 530. Del caso UNIPOL – Fondazione MPS intervenuto successivamente si dirà oltre al paragrafo n 5.3. Si tenga presente sin d'ora come il caso presenti una concezione di gruppo del tutto particolare, tanto che è dubbio addirittura che di gruppo si possa correttamente parlare.

creando maggiori problemi per l'attuazione del *societas delinquere et puniri potest*.

Qualora la possibilità di un'articolazione della responsabilità da reato nei gruppi fosse in radice negata, la normativa potrebbe prestare il fianco a facili elusioni. Sarebbe piuttosto semplice per la società madre far compiere reati vantaggiosi per la propria attività ad una società figlia, così da andare esente da responsabilità e far ricadere totalmente il peso di essi sulla controllata, magari piccola e di scarsa importanza strategica (tale che un nocumento ad essa non sarebbe in grado di danneggiare seriamente anche la capogruppo o il gruppo stesso globalmente considerato)¹³. Se è vero che spesso in casi del genere sarà plausibile riscontrare un concorso nel reato delle persone fisiche appartenenti alla capogruppo e alla società eterodiretta, e di conseguenza una responsabilità amministrativa sia dell'una che dell'altra¹⁴, ciò non di meno la struttura di gruppo potrebbe essere strumentalizzata, piegata ad usi distorti. Teste di paglia nella controllata potrebbero permettere ai vertici della capogruppo - e così alla capogruppo stessa - di restare nell'ombra¹⁵. Inoltre la persona fisica che riveste un certo ruolo nella società eterodiretta non sembra potersi configurare *prima facie* (a meno che non si teorizzino delle interpretazioni particolari, di cui si parlerà oltre) come persona legata altresì funzionalmente alla capogruppo, dunque la sua condotta, illecitamente

¹³ Si potrebbe rivedere in ciò l'antica tematica dell'autore mediato, ovvero il caso di chi strumentalizza un altro essere umano non imputabile, non colpevole o non punibile per altra causa, come autore materiale di un reato. Cfr. al riguardo G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, quarta edizione, Zanichelli, 2004 p. 458. Se la capogruppo facesse compiere ad una società coordinata e diretta gli illeciti per essa vantaggiosi, e questa risultasse non colpevole perché ad esempio l'autorità giudiziaria ritenesse il reato realizzato nell'interesse esclusivo di un terzo, in questo caso la capogruppo, ex art. 5. co. 2. Probabilmente tuttavia in eventualità di questo tipo sarà possibile rintracciare un concorso nel reato delle persone appartenenti alle due società coinvolte e da ciò, ove verificati tutti i necessari presupposti, la responsabilità amministrativa di entrambe. Tutto ciò sarà approfondito nel prosieguo del presente lavoro.

¹⁴ Sul tema del concorso di persone giuridiche si veda oltre al capitolo n. 3.

¹⁵ Non si dimentica certo che l'art. 8 del decreto dispone l'autonomia della responsabilità amministrativa, tale per cui quand'anche la persona fisica autrice del reato non fosse identificabile, la persona giuridica sarebbe nondimeno punibile, ma si allude all'ipotesi, che si svolgerà più in dettaglio nel prosieguo del lavoro, in cui non si trovi alcuna traccia dell'operato di un manager della capogruppo, ma in cui il ruolo di questi si sia limitato a prescrivere alle società dirette e coordinate di non adottare alcun modello organizzativo, pur consapevole dei rischi presenti, proprio allo scopo di lasciare alle società dirette l'attività delittuosa (che però beneficia l'intero gruppo o comunque la capogruppo) e le sue eventuali conseguenze sanzionatorie.

vantaggiosa per la *holding*, sembrerebbe poter riverberare conseguenze sanzionatorie soltanto sulla società eterodiretta.

Si noti come in questo modo la personalità del rimprovero alla persona giuridica non verrebbe rispettata. E' noto come il legislatore abbia tentato di delineare una peculiare "riprovevolezza" dell'ente collettivo¹⁶, al fine di rispettare il principio di colpevolezza che vige per la responsabilità penale in base a quanto stabilito all'art. 27 Cost., ma il cui portata si ritiene si possa estendere, quanto meno nella sua accezione minima in termini di divieto di responsabilità per fatto altrui, anche alla responsabilità amministrativa ex art. 689/1981 (al cui art. 3, *Elemento soggettivo*, sono previsti criteri di imputazione soggettiva di tipo doloso o colposo) ed anche a responsabilità di tipo più genericamente punitivo, che per il loro connotato di afflittività non possono ascrivere se non in base ad un rimprovero quanto più possibile "personale"¹⁷. Non sembrerebbe dunque del tutto corretto punire la società eterodiretta (o eventualmente non solo questa), se il motore della politica d'impresa esercitata mediante la modalità del gruppo di società, è la *holding*¹⁸. Ed a maggior ragione tale esito sarebbe

¹⁶ Così la Relazione al d. lgs. 231/2001, in G. GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, p. 444, ove si afferma che prevarrebbe oggi una "rinnovata concezione della colpevolezza in senso normativo (riprovevolezza)", che consentirebbe con maggiore facilità, rispetto alla concezione in chiave psicologica – considerata regressiva – un adattamento del principio dell'art. 27 Cost. agli enti collettivi.

¹⁷ La necessità di rispettare il principio di personalità anche in quest'ambito dalla connotazione poco chiara, ma comunque di stampo punitivo, sembra avvertita e sottolineata anche dalla prima giurisprudenza che si è espressa su questioni inerenti il d. lgs. 231/2001. Si veda ad esempio il seguente passo della sentenza del Tribunale di Lucca del 26 ottobre 2004, in *Foro it.*, 2006, II, p. 329: "La necessità di soggettivizzare quanto più possibile la responsabilità dell'ente — che si giustifica con l'esigenza di creare un sistema che, per la sua affinità con il diritto penale di cui condivide la stessa caratterizzazione afflittiva, si dimostri rispettoso innanzitutto del principio della colpevolezza — impone di accertare che il reato commesso, oltre ad essere imputabile all'ente sotto il profilo oggettivo (per essere il reato stato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente), sia in qualche misura quantomeno ad esso «rimproverabile» per un difetto di organizzazione". Si noti sin d'ora a questo proposito che alcune pronunce sembrano schierarsi a favore della tesi della natura penale della responsabilità da reato degli enti, con ciò che consegue in tema di principio di personalità della responsabilità, cfr. ad esempio Cass., sez. II, sent. 20 dicembre 2005, Soc. Jolly Mediterranea, in *Foro it.*, 2006, parte II, col. 329, con nota di richiami di G. ARMONE, che afferma: "Ad onta del nomen iuris, la nuova responsabilità, nominalmente amministrativa, dissimula la sua natura sostanzialmente penale; forse sottaciuta per non aprire delicati conflitti con i dogmi personalistici dell'imputazione criminale, di rango costituzionale (art. 27 Cost.); interpretabili in accezione riduttiva, come divieto di responsabilità per fatto altrui, o in una più variegata, come divieto di responsabilità per fatto incolpevole", pur accennando poco dopo anche alla tesi del *tertium genus*, ibrido dei sistemi penale e amministrativo.

¹⁸ Ritiene un limite del d. lgs. 231/2001 il fatto di non aver incluso i gruppi aziendali P. BASTIA, *Implicazioni organizzative e gestionali della responsabilità amministrativa delle società*, in F.

particolarmente negativo qualora si aderisse alla tesi di quei commentatori che ritengono la responsabilità degli enti penale, nonostante la diversa etichetta apposta dal legislatore delegato. Lo sforzo che il legislatore delegato ha profuso nel tentativo di delineare una colpevolezza dell'ente collettivo, tale da scongiurare ogni ipotesi di responsabilità oggettiva e ogni ipotetica censura di incostituzionalità, verrebbe probabilmente almeno in parte vanificato.

La sensazione che la rivoluzionaria novità giuridica rappresentata dalla responsabilità degli enti sarebbe notevolmente sminuita nella sua efficacia, qualora non si riconoscesse alcuna sua applicabilità nell'ambito dei gruppi, risulta ancora più intensa proprio guardando al panorama economico italiano, dove i gruppi hanno ormai assunto una fondamentale importanza anche per le imprese di piccole e medie dimensioni, che dall'aggregazione ricevono maggiore forza e competitività sul mercato¹⁹. Come ricorda Galgano, mentre l'avvento della società per azioni è stato dettato dal legislatore, l'avvento dei gruppi è stato dettato dallo spirito imprenditoriale, dunque dalla realtà economica stessa, al fine di incrementare le proprie potenzialità²⁰.

Si cercherà così di comprendere il funzionamento della responsabilità amministrativa dipendente da reato nei gruppi indagando sull'articolato del d. lgs. 231/2001 per verificare se – pur nel silenzio letterale serbato sul punto – esistano alcune disposizioni che possano orientare l'interpretazione di casi problematici che accadano appunto all'interno di gruppi. Certo lasciare il compito di comprendere il funzionamento della normativa nei gruppi

PALAZZO (a cura di), *Societas puniri potest La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003, p. 63, secondo il quale i gruppi, pur essendo dei complessi di società giuridicamente autonome, sono retti da un unico indirizzo strategico, con livelli di autorità gerarchica e di influenza simili a quelli riscontrabili nelle aziende a struttura complessa, con la conseguenza che non sono punibili le società capogruppo che tuttavia dettano la regia delle azioni illecite attribuite ad una controllata.

¹⁹ Per alcuni dati empirici al riguardo si veda il documento ISTAT, *I gruppi di imprese in Italia, Anno 2003*, del 3 marzo 2006, secondo il quale "Nel 2003 i gruppi di imprese in Italia sono oltre 59 mila; comprendono più di 138 mila imprese attive residenti e occupano oltre 5,1 milioni di addetti. Rispetto all'universo definito da Asia (Archivio statistico delle imprese attive), i gruppi coinvolgono il 3,2 per cento delle imprese attive e circa un terzo degli occupati e del volume di affari. L'incidenza dei gruppi sale al 20 per cento se calcolata rispetto alle sole società di capitale presenti in Asia, con un peso sull'occupazione del 57 per cento e sul volume di affari di oltre il 50 per cento. I gruppi nel 2003 sono circa il 14 per cento in più rispetto al 2002 e gli addetti coinvolti il 4 per cento in più".

²⁰ F. GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, in *Contr. Impr.*, 2002, p. 1016.

all'interprete, e in particolare al giudice, è circostanza piuttosto rischiosa, poiché ampio è il margine lasciato alla discrezionalità²¹.

Sin d'ora si avvertono due istanze che premono su questa ricerca: da un lato il timore or ora espresso che le apparenti lacune del d. lgs. 231/2001 sul tema possano fornire scappatoie alle società per perpetrare illeciti amministrativi sfruttando gli schermi forniti dalla struttura del gruppo, dall'altro l'esigenza – sovrana – di non incorrere, mossi da questa preoccupazione, in interpretazioni tali da stravolgere il senso del decreto legislativo, fino a sconfinare nell'analogia. E' opportuno rimarcare sin d'ora infatti come l'art. 2 del decreto preveda espressamente il principio di legalità²² (*L'ente non può essere ritenuto responsabile per un fatto costituente reato se la sua responsabilità amministrativa in relazione a quel reato e le relative sanzioni non sono espressamente previste da una legge entrata in vigore prima della commissione del fatto*), principio di rango primario che dovrà guidare tutta l'analisi, che qui si va a cominciare, della normativa del 2001²³.

Si analizzeranno dunque le singole disposizioni del decreto che potrebbero fornire degli appigli interpretativi, avendo sempre a mente il solco tracciato da tale principio.

²¹ Nello stesso senso E. SCAROINA, *op. cit.*, p. 216.

²² Sull'art. 2 del d. lgs. 231/2001 si vedano C. PECORELLA, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, D. lgs. 8 giugno 2001, n. 231, Milano, 2002, p. 76; G. DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità cd. amministrativa degli enti: la «parte generale» e la «parte speciale» del d. lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, in G. GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 87; M. GUERNELLI, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche nel diritto penale-amministrativo interno dopo il d. legisl. 8 giugno 2001 n. 231*, prima parte, in *Studium iuris*, 2002, fasc. 3, p. 286.

²³ Sul principio di legalità nel diritto penale cfr. *ex multis* B. PETROCELLI, *Appunti sul principio di legalità nel diritto penale*, in *Saggi di diritto penale*, Napoli, 1965, p. 185; G. VASSALLI *Nullum crimen sine lege*, in *Noviss. Dig. It.*, XI, Torino, 1965, p. 493; M. SPASARI, *Il principio di legalità nel diritto penale italiano*, in *Arch. Pen.*, 1966, I, p. 36; A. PAGLIARO, voce *Legge penale: principi generali*, in *Enc. Dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 950; F. PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Digesto disc. pen.*, VII, Torino, 1993, p. 338; P. GRASSO, *Il principio «nullum crimen, nulla poena sine lege» nella Costituzione Italiana*, Milano, 1972.

3. L'articolo 1: i soggetti cui si applicano le disposizioni del decreto. L'ipotesi del gruppo quale "ente" soggetto alla normativa

E' possibile prendere le mosse dell'analisi del decreto da una riflessione sugli enti soggetti alla disciplina²⁴. Si potrebbe infatti ipotizzare in linea teorica, proponendo un'ipotesi molto audace, un'inclusione del gruppo nel novero di questi enti, del gruppo inteso in modo separato e a sé stante rispetto alle sue singole componenti, come soggetto globalmente considerato. Si potrebbe ad esempio pensare al caso di un gruppo fortemente integrato, in cui l'amministratore delegato della capogruppo commettesse un illecito penale nell'interesse e a vantaggio di tutto il gruppo, non solo del vertice, dunque, ma anche delle società coordinate e dirette, in un contesto in cui presidi anticrimine fossero ad ogni livello assenti.

Quando all'art. 1 si enunciano gli enti cui si applicano le disposizioni del decreto, non si menziona tuttavia il gruppo di società, né alcuna altra aggregazione di enti societari. L'art. 1, rubricato *Soggetti*, menziona al co. 2 gli enti forniti di personalità giuridica, le società e le associazioni anche prive di personalità giuridica. In base al co. 3 sono esclusi Stato, enti pubblici territoriali, enti pubblici non economici ed enti che svolgano funzioni di rilievo costituzionale.

E' evidente che la lettera dell'articolo non fa alcun riferimento al gruppo come soggetto a sé stante, considerato in via autonoma e distinta rispetto alle società che lo compongono.

Né il gruppo può annoverarsi tra gli "enti forniti di personalità giuridica" poiché, allo stato, nel nostro ordinamento non è una tipologia di soggetto che

²⁴ Sul tema si vedano C. PECORELLA, *op. cit.*, p. 67; S. GENNAI – A. TRAVERSI, *La responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Milano, 2001, p. 12; G. DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità amministrativa degli enti: la "parte generale" e la "parte speciale" del d. lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, in G. GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti...*, cit., p. 81; L. STORTONI – D. TASSINARI, *La responsabilità degli enti: quale natura? Quali soggetti?*, in *Ind. Pen.*, 2006, n. 1, p. 22. La Corte di Cassazione ha recentemente escluso che il d. lgs. 231/2001 si applichi alle imprese individuali: Cass., sez. VI penale, sent. 3 marzo 2004 (dep. 22 aprile 2004), n. 18941, in *Cass. Pen.*, 2004, n. 1392, p. 4046, con nota di P. DI GERONIMO, *La Cassazione esclude l'applicabilità alle imprese individuali della responsabilità da reato previste per gli enti collettivi: spunti di diritto comparato*, p. 4049 e in *Riv. pen.*, 2005, fasc. 12, p. 1303, con nota di N. MONFREDA, *D. l.vo n. 231/2001: l'ambito soggettivo di applicazione alla luce della sentenza 18941/2004 della Corte di Cassazione*.

possa ottenere il riconoscimento di un'autonoma soggettività giuridica²⁵. A ben vedere lo stesso uso del termine "soggetto" nel periodo precedente non va inteso che in modo atecnico, poiché probabilmente il gruppo è un insieme di più soggetti, intrecciato grazie a peculiari legami, ma non può configurarsi come un ente, di per sé.

L'espressione *persona giuridica* si riferisce a quel fenomeno per il quale l'ordinamento considera soggetti di diritto, e dunque destinatari di norme, entità diverse dall'uomo²⁶. Il concetto di persona giuridica permette di ridurre ad unità, di riferire ad un centro unificato di imputazione diritti e obblighi. L'autonoma soggettività che la caratterizza, è tale da renderla insensibile alle vicende dei suoi componenti e viceversa. La persona giuridica è inoltre dotata di capacità giuridica. Ma non è qui possibile evidentemente ripercorrere le svariate correnti di interpretazione del concetto²⁷, né per soffermarsi sull'attuale evanescenza della tradizionale identificazione di capacità giuridica e soggettività giuridica²⁸, o della dissolvenza del legame tra personalità giuridica e soggettività²⁹. Qui interessa che, qualunque interpretazione si prescelga del concetto, in ogni caso esso non si adatta, nella configurazione attuale del nostro ordinamento, al gruppo di società³⁰. Interessante la tesi di Montalenti, secondo il quale la

²⁵ Sul tema si vedano P. GALLO, *Soggetto di diritto*, in *Digesto Disc. Priv.*, sez. civ., XVIII, UTET, 1998, p. 576; F. GALGANO, *Persona giuridica*, in *Digesto Disc. Priv.*, Sez. Civ., UTET, 1995, p. 392; G. SCALFI, voce *Persone giuridiche*, in *Enc. Giur.*, XXIII, Ist. Enc. It. Treccani, 1990; G.L. PELLIZZI, voce *Soggettività giuridica*, in *Enc. Giur.*, XXIX, Ist. Enc. It. Treccani, 1993; M.V. DE GIORGI, *Dalle persone giuridiche agli enti «non profit»*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, vol. 2, seconda edizione, UTET, 1999, p. 279; F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, Art. 11-35, seconda edizione, in SCIALOJA - BRANCA (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, Zanichelli, 2006.

²⁶ Così M.V. DE GIORGI, *op. cit.*, p. 279.

²⁷ Secondo F. GALGANO, *Persona giuridica, cit.*, pp. 402-403, ad esempio il problema delle persone giuridiche oggi è, in ultima analisi, il problema della determinazione delle condizioni d'uso del concetto di persona giuridica. La persona giuridica è solo "*uno strumento del linguaggio giuridico, utile per riassumere – insostituibile, anzi, in questa sua funzione semantica – una complessa disciplina normativa di rapporti intercorrenti tra persone fisiche*". Interessante come l'autore a proposito del gruppo, nella stessa opera, a p. 393, abbia occasione di affermare che proprio nei gruppi di società, in cui all'unità dell'impresa fa riscontro la pluralità delle società che li compongono, "*la persona giuridica rivela la propria natura di mera tecnica, che è tecnica di separazione di rischi e di responsabilità, relative ai diversi rami o settori o mercati dell'unica impresa*".

²⁸ Cfr. sul punto G.L. PELLIZZI, *op. cit.*, p. 1.

²⁹ M.V. DE GIORGI, *op. cit.*, p. 284.

³⁰ Nello stesso senso E. SCAROINA, *op. cit.*, p. 220, che sottolinea come anche nella dottrina tedesca si affermi che il gruppo, non possedendo organi sociali propri né un proprio patrimonio, può vedersi come autonomo soggetto di diritto. Non è dunque verosimile attribuire al *Konzern*

formulazione dell'art. 1 d. lgs. 231/2001 va a superare la tradizionale dicotomia tra enti con e senza personalità giuridica³¹, per introdurre un concetto di «enti» con soggettività separata». Dunque il decreto si applicherebbe a tutti gli «enti» dotati di rilievo reale, tali – esemplifica l'autore – sono ad esempio le associazioni non riconosciute, le società di avvocati, ma non le associazioni professionali o le associazioni temporanee di impresa³². Anche a consentire con questa peculiare riflessione, non sembra che il gruppo possa in sé rientrare in un concetto di *ente dotato di rilievo reale*.

Il d. lgs. 231/2001 sembra incentrato, sia nella struttura dei criteri di imputazione soggettiva, sia nella definizione del proprio campo di applicazione, sull'*organizzazione*³³. Il legislatore delegato ha dimostrato, infatti, una particolare attenzione per la presenza di una struttura articolata e tendenzialmente stabile. La si coglie nel novero degli enti interessati dal decreto, nel ruolo di rilievo che il reo deve rivestire nell'*organizzazione*³⁴, nell'importanza dell'interesse collettivo, interesse quindi superindividuale di un insieme di individui organizzato, nonché naturalmente nel ruolo dei modelli di organizzazione, gestione e controllo³⁵. Questo sostrato reale, concreto, sembra mancare al gruppo, o meglio, non sembra essere una sua caratteristica

obblighi di condotta derivanti da norme di rilevanza pubblicistica. Così come sostenuto da SCHNEIDER, che l'autrice richiama, nello scritto *La sovrapposizione delle norme strutturali e dei doveri organizzativi di rilevanza pubblicistica con il diritto dei gruppi (Riflessioni preliminari in tema di "compliance" nel gruppo)*, in AA.VV., *I gruppi di società, Atti del Convegno internazionale di studi, Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, Milano, p. 2089, "le norme di rilevanza pubblicistica non si riferiscono, di regola, al gruppo nella sua unitarietà, ma alle singole società ad esso appartenenti".

³¹ In questo stesso senso anche C. DE MAGLIE, *Responsabilità delle persone giuridiche: pregi e limiti del d. lgs. n. 231/2001*, in *Danno e responsabilità*, 2002, n. 3, p. 247, il decreto avrebbe formalizzato il superamento della tradizionale contrapposizione storica tra gruppi personificati e gruppi non personificati: anche questi ultimi andrebbero dunque considerati soggetti di diritto.

³² P. MONTALENTI, *ult. op. cit.*, p. 834.

³³ In questo senso si veda P. SFAMENI, *Responsabilità da reato degli enti e nuovo diritto azionario: appunti in tema di doveri degli amministratori ed organismo di vigilanza*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 155, che sottolinea la centralità dell'*attività* e del momento organizzativo.

³⁴ Anche nel caso in cui il soggetto agente sia in posizione subordinata, rileva in ogni caso un ruolo negligente da parte degli apicali.

³⁵ Sottolinea la necessità di considerare assieme tutti questi fattori, ricavandone la necessità al contempo che il reato non sia il frutto di un'iniziativa meramente individuali e che esso promani dal modo in cui è stato esercitato il potere di organizzazione N. SELVAGGI, *L'interesse dell'ente collettivo quale criterio di iscrizione della responsabilità da reato*, Napoli, 2006, p. 12 ss. E' del resto l'incapacità strutturale dell'ente a prestarsi all'individuazione di una *mens rea* in senso tradizionale a invocare la pregnanza del ruolo della sua organizzazione.

indefettibile, poiché l'aporia unità-pluralità, che da sempre lo connota, non sembra affatto dissolta in conseguenza della novella societaria del 2003.

Ripercorrendo l'elencazione svolta dal decreto, non pare certo che il gruppo possa iscriversi nella categoria delle società o delle associazioni prive di personalità giuridica, poiché sia l'associazione che la società sono entità che conoscono una ben precisa disciplina nel diritto civile italiano, incompatibile con il gruppo di società³⁶. Se il gruppo non è certo una società priva di personalità giuridica (società semplici, società in nome collettivo, società in accomandita semplice, società di fatto, società irregolari), non può dirsi nemmeno un'associazione, certamente non è un'associazione riconosciuta, ma nemmeno può definirsi associazione *non riconosciuta*, poiché lo scopo che il gruppo persegue certo non può essere qualificato *non lucrativo*. E sembra proprio che il termine associazione sia usato in questa sede dal legislatore con riferimento alla tipologia di ente di cui tratta il codice civile, nel titolo II del libro I, e non in senso lato o con riferimento all'ampia concezione che trova tutela nell'art. 18 Cost.

Il gruppo societario non è nemmeno assimilabile agli enti pubblici economici (che non svolgano funzioni di rilievo costituzionale) di cui all'art. 1 co. 3. Questi nascono dalla circostanza per la quale l'ordinamento in alcuni casi considera di interesse pubblico la presenza necessaria di un soggetto sul mercato, sì che è di pubblico interesse che questo soggetto svolga attività economiche, servendosi degli strumenti giuridici degli altri soggetti che operano nel settore. Si istituiscono allora gli enti pubblici economici, i quali sono inseriti nell'organizzazione amministrativa pubblica, ma generalmente non hanno poteri

³⁶ In senso conforme E. SCARONA, *op. cit.*, p. 220, secondo la quale "l'idea di un "macrosoggetto", un "super-ente" di fatto non è in alcun modo assimilabile alla realtà – cui la disciplina è essenzialmente rivolta – delle società e delle associazioni". Sull'incompatibilità del gruppo con le categorie di enti considerate all'art. 1 si vedano anche gli interessanti rilievi di M. MASUCCI, in *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio nella disciplina dei gruppi di società*, Napoli, 2006, p. 442, secondo il quale non trova supporto l'ipotesi che concepisce una "società di gruppo", né sembra possibile ragionare in termini di *impresa* di gruppo: "Restando indiscutibile la pluralità delle società che lo compongono, potrebbe semmai essere utilizzata la categoria dell'impresa di gruppo, che, tuttavia, resta infruttuosa nell'ottica dell'interpretazione del decreto, mirato a responsabilizzare la società o l'ente collettivo, non l'impresa in sé e per sé".

autoritativi³⁷. Essi sono titolari di impresa, e la tendenza attuale è di trasformarli in società per azioni. Si tratta quindi, si afferma tra gli studiosi del diritto amministrativo, di “una categoria in via di estinzione”³⁸. Se pure alcuni enti pubblici economici si caratterizzano perché detengono partecipazioni azionarie in società a capitale pubblico, da ciò non consegue che il gruppo, composto di società legate tra loro da peculiari legami, possa in sé, come insieme diverso e distinto dalle sue componenti, assumere la forma di ente pubblico economico.

Si potrebbe allora valutare una eventuale concezione del gruppo come *ente*, genericamente inteso. Il Progetto Grosso, ad esempio, all’art. 123 co. 2 si limitava a considerare passibili di responsabilità da reato gli enti “che svolgono attività economica”. Il primo comma dell’art. 1 del d. lgs. 231/2001 afferma come il decreto legislativo disciplini la responsabilità *degli enti* per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato. Sembra palese tuttavia come questa formula non intenda inquadrare una categoria di soggetti a sé, ma sia solo una formula generica, atecnica, che viene poi esplicitata ai co. 2 e 3 dello stesso art. 1.

Inoltre quando all’art. 1 co. 2 d. lgs. 231/2001 compare l’espressione “anche prive di personalità giuridica” è evidente, ad avviso di chi scrive, che questa va riferita solo a società e ad associazioni, e non anche agli enti cui si fa cenno subito prima, visto che il genere dell’aggettivo *prive* è chiaramente femminile e dunque non può accostarsi al sostantivo maschile *enti*.

La legge delega n. 300/2000 all’art. 11 co. 1 utilizzava un’espressione parzialmente diversa, parlando di “disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle società, associazioni od enti privi di personalità giuridica”. Una formulazione di questo tipo sembrava lasciare uno spazio maggiore, chiudendosi con una formula apparentemente residuale: “od enti privi di personalità giuridica”. Se la parola “ente” fosse stata qui intesa in senso lato ed atecnico, come semplice richiamo ad “entità” differenti dagli uomini, a “raggruppamenti” di tipo diverso ed eterogeneo, forse non sarebbe stato impossibile iscrivere in essa il gruppo, “entità” priva di personalità giuridica, qualora fosse stata mantenuta questa espressione nel decreto legislativo.

³⁷ Così E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, sesta edizione riveduta ed aggiornata, Giuffrè, 2004, p. 68.

³⁸ E. CASSETTA, *op. cit.*, p. 219.

Il d. lgs. contiene però, si è visto, una disposizione differente, nonostante si possa leggere nella relazione: “l’inequivoca volontà della delega di estendere la responsabilità anche a soggetti sprovvisti di personalità giuridica ha suggerito l’uso del termine «ente» piuttosto che «persona giuridica» (il segno linguistico avrebbe dovuto essere dilatato troppo al di là della sua capacità semantica)”. La parola ente per la verità compare soltanto nel primo comma dell’articolo e nel secondo comma, ove però è affiancata dall’espressione “forniti di personalità giuridica”, mentre la formula che segue “anche prive di personalità giuridica”, pare potersi accostare - si è visto - solamente ad associazioni ed enti. Se la Relazione si è espressa nel modo riportato, forse ciò significa che l’utilizzo dell’aggettivo *prive*, anziché *privi*, è una svista e che il risultato interpretativo ora delineato non era voluto. Tuttavia questa considerazione non può eliminare il fatto che la parola enti compaia da sola, e dunque in modo tale da consentirne un’interpretazione lata soltanto al co. 1, che tuttavia – si è detto sopra – sembra costituire solo un preambolo onnicomprensivo ed atecnico, di cui il co. 2 costituisce precisa (e tassativa) esplicitazione.

Si ritiene quindi, alla luce di quanto ora esposto, che il gruppo societario non possa essere considerato un ente. Per parlare di enti, sia pure anche solo di enti di fatto, occorre una qualche organizzazione che dia concreta stabilità ed unità all’insieme³⁹, occorre una minima organizzazione strutturale⁴⁰. Dal d. lgs. 231/2001 emerge come l’ente – per essere sanzionabile – deve avere natura collettiva, deve essere dotato di un proprio interesse, di un patrimonio e di un’organizzazione autonomi⁴¹. Non necessariamente è possibile riscontrare – nei gruppi societari – una vera e propria struttura organizzativa, un patrimonio, degli organi propri *del gruppo*, e non invece delle singole società che lo compongono⁴².

³⁹ Così A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato, diciassettesima edizione*, Giuffrè, 2004, p. 105.

⁴⁰ Così L. STORTONI – D. TASSINARI, *op. cit.*, p. 24, i quali sottolineano come il fatto che il concetto stesso di “ente” richieda un minimum di organizzazione strutturale è deducibile anche dal meccanismo di imputazione fondato sui modelli organizzativi.

⁴¹ Così C.E. PALIERO – F. PALAZZO, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Cedam, 2007, p. 2292; cfr. anche A. BASSI – T. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano, 2006, p. 57.

⁴² Si potrà riscontrare in alcuni casi l’accentramento di certe funzioni in capo al vertice, o la creazione di alcune strutture comuni al gruppo (ad esempio la “direzione affari generali di

In dottrina non manca chi ritiene l'espressione società e associazioni anche prive di responsabilità giuridica ampia e non tecnica, forse riferendosi in particolare al sostantivo associazioni, intendendo quest'ultimo in senso lato, svincolato dalla nozione codicistica di riferimento. L'espressione, secondo la tesi in discorso, sarebbe aperta ad un'innumerabile casistica di organizzazioni collettive prive di personalità giuridica, una dilatazione "incredibile" e suscettibile di maggior definizione solo mediante la prassi giurisprudenziale che si svilupperà⁴³.

In ogni caso occorrerebbe capire a monte se il gruppo, pur privo di personalità giuridica, possa ritenersi dotato di soggettività giuridica⁴⁴. Soggetto di diritto è chiunque possa essere titolare di situazioni giuridiche soggettive attive e passive. La soggettività giuridica consiste nella possibilità di essere centro di imputazione di situazioni giuridiche soggettive, quali diritti, poteri, doveri e così via⁴⁵. Non sembra questo il caso del gruppo, che di per sé non può essere, in via autonoma e distinta dalle sue componenti, soggetto di diritti, poteri e obblighi. Saranno di volta in volta la capogruppo, o la società controllata, o i loro soci o gestori ad assumerli.

Si rammenti comunque che, se anche si volesse estendere la responsabilità da reato ai gruppi, potrebbero sorgere dei problemi dall'analisi dell'art. 27 del decreto sulla responsabilità patrimoniale dell'ente, che al primo comma prevede: "Dell'obbligazione per il pagamento della sanzione pecuniaria risponde soltanto l'ente con il suo patrimonio o con il suo fondo comune"⁴⁶. La norma costituisce certo un indice di quale tipologia di enti possano rientrare nel campo di applicazione del dettato del 2001⁴⁷. Questa disposizione non sarebbe

gruppo"), ma non la presenza di veri e propri *organi* del gruppo in sé e per sé considerato. Anche secondo E. GARAVAGLIA, *op. cit.*, p. 391, nota n. 29, sarebbe incongruo ritenere i gruppi rientrare tra gli enti soggetti al decreto, ciò anche perché preoccupazioni repressive verrebbero spesso soddisfatte attraverso il riscontro di un concorso di persone appartenenti a diverse società del gruppo nel reato.

⁴³ In questi termini L. STORTONI – D. TASSINARI, *op. cit.*, p. 23.

⁴⁴ *Contra* F. SANTI, *op. cit.*, p. 201: "Il gruppo come tale non è un soggetto di diritto collettivo, un super-ente; lo sono le singole società cui spetta una soggettività distinta e autonoma (magari rafforzata dallo schermo della personalità giuridica)".

⁴⁵ Così P. GALLO, *op. cit.*, p. 577.

⁴⁶ In conformità a quanto previsto dalla legge delega all'art. 11, h): "prevedere che gli enti rispondono del pagamento della sanzione pecuniaria entro i limiti del fondo comune o del patrimonio sociale".

⁴⁷ Nello stesso senso E. GARAVAGLIA, *op. cit.*, p. 384, nota n. 4.

facilmente conciliabile con un'inclusione del gruppo societario nel novero dei soggetti cui si applicano le disposizioni del decreto, poiché, data l'assenza di personalità giuridica, non sarebbe sempre individuabile un patrimonio proprio del gruppo. Non si ignora che tra gli enti interessati dal decreto compaiono anche altri soggetti privi di personalità giuridica e privi di autonomia patrimoniale perfetta, quali ad esempio le società semplici o le associazioni non riconosciute. Ma è vero anche che una distinzione tra il patrimonio dell'ente e il patrimonio dei soci è in questo caso possibile: proprio l'art. 27 del decreto, in deroga alle disposizioni del codice civile riguardanti tali soggetti, stabilisce un diaframma tra patrimonio dell'ente e patrimonio dei soci, altrimenti assente⁴⁸), mentre non è sempre facilmente individuabile un patrimonio del gruppo. In altri termini, ove presente si potrebbe guardare al bilancio consolidato⁴⁹, ma nei numerosi casi di esonero di cui al d. lgs. 127/1991, se il gruppo fosse ritenuto responsabile e sanzionato, come si farebbe ad individuare i fondi con i quali provvedere al pagamento della sanzione? Si potrebbe pensare di applicare anche al gruppo l'art. 27, ipotizzando che anche in questo caso tale norma imponga all'interprete di individuare un patrimonio o fondo comune, tuttavia le difficoltà di rintracciarlo e di delinearlo precisamente resterebbero⁵⁰.

Inoltre, nel caso in cui si dovesse sanzionare il gruppo, si rischierebbe di potenziare quell'effetto *overspill* che secondo alcuni caratterizza già la punizione della singola società⁵¹. Si rischierebbe cioè di punire un soggetto

⁴⁸ In questo senso C. PECORELLA, *op. cit.*, p. 70, secondo la quale in mancanza di una previsione come questa, si sarebbe potuto infliggere una "doppia sanzione (penale prima e amministrativa dopo) in capo alla stessa persona, in quanto autore del reato e socio illimitatamente responsabile della società (ovvero rappresentante dell'associazione)". Critico sull'art. 27 d. lgs. 231/2001 R. RORDORF, *Prime (e sparse) riflessioni sulla responsabilità degli enti collettivi per reati commessi nel loro interesse o a loro vantaggio*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, cit., p. 13, per il quale effettivamente nelle società prive di autonomia patrimoniale l'art. 27 consentirà di non colpire il patrimonio dei singoli associati illimitatamente responsabili, tuttavia lo stesso non sarà in grado - ove la società conseguentemente alle sanzioni interdittive inflitte fallisca - di tutelare gli stessi da fallimento, in base all'art. 147 l. fall.

⁴⁹ Sul bilancio e in particolare sul fatto che la sua disciplina rappresenti una normativa di organizzazione cfr. P. SFAMENI, *Perdita del capitale sociale e bilancio straordinario. Funzione informativa ed organizzativa*, Milano, 2004.

⁵⁰ Circa l'endiadi personalità giuridica-autonomia patrimoniale, il venir meno oggi dell'indivisibilità di essa in riferimento al gruppo, cfr. P. DE BIASI, *Sull'attività di direzione e coordinamento di società*, in *Le società*, 2003, p. 946.

⁵¹ Su tale effetto si vedano C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, *op. cit.*, p. 44 ss., Sanford Kadish, *Some Observations on the Use of Criminal Sanctions in Enforcing Regulations*, 30 U.

composito per un illecito che ha riguardato un'area ristretta della sua struttura. Ciò andrebbe a scapito di un vasto numero di "terzi innocenti". Non si ignora l'art. 14 del d. lgs. 231/2001, la cui applicazione consentirebbe di effettuare un rimprovero specifico e mirato alla particolare attività "alla quale si riferisce l'illecito". Tuttavia la disposizione concerne solo l'ipotesi delle sanzioni interdittive, lasciando scoperta l'area di quelle pecuniarie⁵².

Si è detto di come il dibattito su di una forma di corresponsabilizzazione degli enti collettivi per i reati commessi dalle persone fisiche ad essi legati, si sia sempre incentrato in particolare sulla compatibilità della responsabilità penale con un organismo super-individuale⁵³. Nel caso del gruppo si tratta – potrebbe dirsi – di un organismo super-collettivo, una sorta di "aggregazione" di accorpamenti di individui. Va da sé quindi che declinare assieme questi macrosoggetti ed il diritto penale è ancor più problematico. Come si è già avuto

Chi. L. Rev. 423, 425 (1963), John C. Coffee, Jr., Making the Punishment Fit the Corporation: The Problem of Finding an Optimal Corporation Criminal Sanction, *1 Northern Illinois University Law Review* 3 (1980), John C. Coffee, Jr., "No Soul to Damn. No Body to Kick": An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment, *79 Michigan Law Review* 386 (1981), Christopher Kennedy, Criminal Sentences for Corporations: Alternative Fining Mechanisms, *73 Calif. L. Rev.* 443 (1985). La teoria dell'effetto *overspill*, nel pensiero degli autori statunitensi, consiste nell'osservazione secondo la quale le sanzioni pecuniarie inflitte alle società, si risolvono in realtà in un danno ad altri soggetti non colpevoli: gli azionisti (secondo alcuni), ma soprattutto i creditori, i lavoratori e finanche i consumatori. La sanzione penale andrebbe cioè a nuocere, in ultima analisi, a tutta una serie di *stakeholders* che non sono responsabili delle scelte aziendali criminose. Si usa rispondere a questi rilievi sostenendo che, per quanto riguarda gli azionisti, il loro investimento è per definizione rischioso, e che comunque non sarebbe giusto per essi beneficiare degli effetti delle azioni illecite della società. In secondo luogo, in riferimento anche a tutti gli altri terzi innocenti, si osserva che è connaturale ad ogni condanna che altri soggetti, oltre al reo, ne patiscano gli effetti, si pensi ad esempio all'effetto della reclusione di un soggetto sui suoi familiari, in termini economici e morali. Dunque la tematica dei terzi innocenti sarebbe un falso problema, o in ogni caso un problema che contraddistingue ogni imposizione di conseguenze afflittive sull'autore di una condotta illecita, e non soltanto una società. Ai fini che qui interessano, è di tutta evidenza che, se si ritenesse che la teoria dell'effetto *overspill* avesse quanto meno un fondo di verità, se non altro per l'immenso potenziale "plurioffensivo" dell'attività d'impresa, non si potrebbe ignorare il fatto che nel punire l'intero gruppo questo sarebbe amplificato, poiché la politica d'impresa criminosa, in ipotesi ad esempio promanante da una sola della società del gruppo, potrebbe causare ripercussioni negative sui soci delle altre società, sui loro creditori, impiegati ed altri portatori di interesse, non solo dunque quelli appartenenti alla società "colpevole".

⁵² Se certo sembra comprensibile la maggiore urgenza di una previsione di questo tipo per una delle gravose sanzioni interdittive contemplate dal decreto, ciò però non consente di affermare che al contrario una previsione simile sia del tutto superflua per le sanzioni pecuniarie. Proprio perché dal decreto emerge come si andrà a intaccare il patrimonio o fondo comune dell'ente per il pagamento della sanzione pecuniaria, si sente l'esigenza di assicurare che questa uscita non incida se non sulla componente organizzativa "colpevole".

⁵³ Si veda al riguardo P. PATRONO, *Verso la soggettività penale di società ed enti*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, p. 183.

occasione di affermare, si ritiene che la questione resti viva anche qualora si ritenga che la responsabilità “amministrativa” non sia in realtà penale, ma sia o effettivamente amministrativa (in questo caso è la stessa l. 681/1981 a richiedere un preciso *standard* di imputazione psicologica, del tutto in linea con il principio di responsabilità⁵⁴), o di un genere nuovo e diverso. L’afflittività che la connota, nonché gli evidenti sforzi del legislatore di delineare una colpevolezza propria della struttura collettiva, rendono la *personalità* un requisito imprescindibile anche per questo tipo di responsabilità, qualunque aggettivo le si voglia attribuire⁵⁵.

Né si vede come attribuire la responsabilità da reato al gruppo *tout court*, per superare ogni problema interpretativo che altrimenti sorgerebbe dall’interpretazione del decreto e per placare ogni preoccupazione repressiva, potrebbe conciliarsi con questo requisito. Se già può risultare dubbio sanzionare la *societas* per il reato del singolo agente, è palese come sanzionare un intero gruppo di società, per il reato commesso dal singolo agente in una specifica componente di esso, comporterebbe una violazione forse ancor più evidente della personalità della responsabilità.

L’art. 14 del d. lgs. 231/2001, per quanto riguarda solo le sanzioni di tipo interdittivo, sembra del resto un ulteriore indice dell’importanza che il principio di personalità riveste nell’ambito del nuovo sistema punitivo e pare quindi fornire all’interprete un ulteriore incoraggiamento per sostenere un’interpretazione della normativa strettamente aderente a questo principio.

Inoltre si deve osservare come se si accettasse un’interpretazione slabbrata e dai confini ampi ed incerti del concetto di ente soggetto al decreto, si rischierebbe di aprire la strada ad interpretazioni giurisprudenziali del tutto discrezionali, che potrebbero punire – magari sulla scorta di pressioni mediatiche⁵⁶, in tempi di insicurezza sociale, anche a seguito dei grandi *crack* –

⁵⁴ Come evidenziato anche da L. STORTONI – D. TASSINARI, *op. cit.*, p. 11 (i quali, peraltro, a p. 19 affermano che il d. lgs. 231/2001 stride con il principio di cui all’art. 27 Cost.), la l. 689/1981 nel dettare i principi generali dell’illecito amministrativo, dal punto di vista delle garanzie lo ha significativamente avvicinato all’illecito penale, basti pensare ai principi di legalità, di irretroattività, nonché, per quanto qui interessa, ai criteri di imputazione soggettiva.

⁵⁵ Sul tema di veda anche N. SELVAGGI, *op. cit.* p. 50 ss.

⁵⁶ Per un recente ed interessante testo riguardante il rapporto tra mass media - televisione in particolare - e giustizia penale, si veda G. FORTI – M. BERTOLINO (a cura di), *La televisione*

indifferentemente gruppi di società come associazioni temporanee di impresa, “alleanze” societarie delle tipologie e della durata più disparate, ecc. Il nuovo strumento sanzionatorio potrebbe prestarsi ad applicazioni incontrollate, tanto che probabilmente punire l’ente potrebbe essere un comodo viatico per ovviare alle difficoltà probatorie che spesso caratterizzano, sotto diversi aspetti, l’accertamento della responsabilità individuale nelle organizzazioni complesse⁵⁷. Un riconoscimento semplicistico del criterio dell’interesse-vantaggio, la circostanza che l’agente sia un soggetto apicale e che quindi l’onere sia girato alla *societas*, l’assenza di modelli che sembra contraddistinguere attualmente un alto numero di società, potrebbero condurre ad un utilizzo esasperato del d. lgs. 231/2001, una strada in discesa insomma verso la comoda *deep pocket*⁵⁸.

Si ricordi in ogni caso che la Relazione al decreto spiega come l’intento nel definire il campo di applicazione della nuova normativa – dettato dalla preoccupazione di non colpire anche entità di dimensioni minime per le quali l’apparato apprestato col d. lgs. 231/2001 avrebbe potuto rivelarsi addirittura diseconomico – fosse quello di fare riferimento ad enti che, pur privi di personalità giuridica, fossero non di meno nella possibilità di acquisirla⁵⁹. Così

del crimine: atti del convegno La rappresentazione televisiva del crimine, 15-16 maggio 2003, Milano, Vita e Pensiero, 2005.

⁵⁷ In questo senso si veda P. PATRONO, *op. cit.*, p. 195, secondo il quale “la tentazione connaturata a forme di responsabilità penale della persona giuridica è quella di prescindere dall’individuazione dei singoli responsabili dell’offesa”. Riprendendo quanto affermato nel proprio precedente lavoro, *Diritto penale dell’impresa e interessi umani fondamentali*, Padova, 1993, p. 128, l’Autore evidenzia il rischio di “un’imputazione oggettiva di conseguenze di natura prevalentemente patrimoniale alla persona giuridica, con comoda fuoriuscita dal vero e proprio circuito penale degli organi investiti della gestione dell’ente”. Nello stesso senso P. CONTE, *Il riconoscimento della responsabilità penale delle persone giuridiche nella legislazione francese*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1994, p. 96, richiamato anche dallo stesso PATRONO, che – a proposito della responsabilità della *personne morale* allora introdotta, giungeva a paventare una criminalità “disincarnata”, nel timore che i Tribunali si limitassero a condannare la persona giuridica, trascurando di coinvolgerne i dirigenti.

⁵⁸ Come si dirà meglio nel capitolo dedicato alla comparazione con gli Stati Uniti d’America, anche oltreoceano si svolgono riflessioni di questo tipo. Alan Strudler ad esempio, incontrato nel marzo 2006, presso la Wharton Business School, University of Pennsylvania, sostiene che se da un lato la responsabilità penale degli enti ha degli evidenti pregi dal punto di vista economico, poiché le sostanze della *corporation* possono normalmente più di quelle del singolo individuo, la *corporate criminal liability* si caratterizza dall’altro lato per essere comunque un’alternativa di tipo “*second best*”, una comoda soluzione alla difficoltà di rintracciare l’autore del reato dei crimini d’impresa ed alla sua insufficiente solvibilità.

⁵⁹ Così la Relazione, *cit.*, p. 436.

non è, già lo si è detto, per i gruppi di società, che non possono ottenere tale riconoscimento.

Quand'anche si superasse la difficoltà di rintracciare un patrimonio proprio del gruppo, rimarrebbe evidente la sensazione che il gruppo ente autonomo non è, a meno che non si intenda dilatare in modo incontrollabile la nozione di ente e l'interpretazione stessa del gruppo. Se così si facesse, si aprirebbe la strada ad un'espansione inopinata dei "raggruppamenti di individui" cui applicare la responsabilità da reato. Inoltre, si ribadisce, ci si scontrerebbe con questioni insuperabili di incompatibilità con il principio di personalità della responsabilità da reato, che si ritiene informare la disciplina del decreto, qualunque interpretazione si voglia dare della natura della responsabilità. Occorre attenersi al dato di fatto per cui nell'attuale realtà giuridica il gruppo *ente* non è.

Non si ritiene, in conclusione, che il gruppo societario possa essere di per sé soggetto al dettato del decreto: la normativa sembra decisamente scritta per un ente singolo, isolato, seppur allo stesso tempo collettivo. E, eccezion fatta per il caso in cui tutte le componenti del gruppo fossero votate all'illegalità, sembrerebbe difficile applicare il d. lgs. 231/2001 senza intaccare la personalità del rimprovero punitivo.

Quand'anche si volesse immaginare l'ipotesi di una persona fisica che operi nella struttura della capogruppo ma anche (in via ufficiale oppure soltanto di fatto) in quella delle controllate, che ad esempio corrompesse un pubblico ufficiale per far ottenere al gruppo un appalto particolarmente vantaggioso, il gruppo – considerato in modo autonomo e distinto dalle sue componenti – non potrebbe essere considerato complessivamente responsabile e sanzionato. Piuttosto si dovrà valutare l'ipotesi che ogni società sia di per sé considerata responsabile, in via autonoma rispetto alle altre. Si dovrà cioè verificare per ognuna se ricorrano tutti i criteri di imputazione, oggettivi e soggettivi, prescritti dal decreto. Casi simili a questo verranno vagliati in seguito.

In conclusione, se un insieme di individui organizzato in nome di un fine unico come la società può "delinquere" ed essere "punito", altrettanto non avviene per un aggregato di queste entità collettive, per un insieme cioè di

società mosse da un interesse comune e sovraindividuale, per una sorta di “sovraente collettivo”. Né deve sembrare incoerente ammettere la responsabilizzazione dell’aggregazione societaria e negarla invece all’aggregazione di più società in un gruppo. Il gruppo infatti non costituisce un soggetto autonomo ed indipendente dalle sue componenti.

CAPITOLO N. 2

IL CRITERIO D'IMPUTAZIONE OGGETTIVO: SVILUPPI GIURISPRUDENZIALI. L'ILLECITO "NELL'INTERESSE O A VANTAGGIO" DELL'ENTE E L'ATTIVITA' DI DIREZIONE E COORDINAMENTO

SOMMARIO **1.** L'articolo 5: *interesse o vantaggio*. **2.** Interesse *ex art. 5* e "interesse di gruppo" **3.** Sull'eventualità che l'interesse di una società diretta e coordinata sia interpretato, rispetto alla capogruppo ed ai suoi agenti, come interesse esclusivo di terzi *ex art. 5 co. 2 d. lgs. n. 231/2001* **3. 1** Il caso IVRI holding. La pronuncia del g.i.p. **3. 2** Il caso IVRI holding: l'ordinanza del Tribunale del Riesame **4.** Il caso UNIPOL – Fondazione Monte dei Paschi di Siena **5.** Ulteriori sviluppi giurisprudenziali

1. L'articolo 5: *interesse o vantaggio*

L'articolo 5 del decreto, che, come del resto tutto l'articolato del d. lgs. 231/2001, nulla dice in tema di gruppi di società⁶⁰, è una disposizione da vagliare con particolare cautela ai fini della presente indagine, poiché potrebbe prestarsi in più punti ad una lettura estensiva e permettere di coinvolgere ampiamente il gruppo nell'attribuzione della responsabilità amministrativa. L'articolo regola, infatti, sia la definizione dei soggetti che possono implicare con i loro comportamenti illeciti la responsabilità degli enti, sia il parametro

⁶⁰ A questo riguardo A. ASTROLOGO, "Interesse" e "vantaggio" quali criteri di attribuzione della responsabilità all'ente nel D. Lgs. 231/2001, in *Ind. Pen.*, 2003, n. 2, p. 658, nota come il d. lgs. 231/2001 non disciplini l'ipotesi in cui la persona fisica commetta il reato nell'interesse di un'impresa esterna – rispetto a quella in cui agisce la persona fisica stessa – posta in posizione di dominanza strategica (per esempio, una società capogruppo). La lacuna secondo l'autrice fa sì che sia "inevitabile l'impunità della capogruppo, anche qualora questa "imponga" le azioni illecite attribuite alla controllata".

d'imputazione che prevede la "finalizzazione" del reato all'ente (si vedrà di qui a poco quale senso abbia l'espressione ora utilizzata).

La norma prevede al primo comma che l'ente è responsabile per i reati commessi "nel suo interesse o a suo vantaggio"⁶¹. Di seguito, alle lettere a) e b), indica i soggetti – cd. apicali e sottoposti – che possono comportare con la loro condotta delittuosa la responsabilità dell'ente.

Ci si concentrerà ora sul primo aspetto dell'art. 5, la commissione dei reati nell'interesse o a vantaggio dell'ente, disposizione che delinea un criterio di imputazione della responsabilità all'ente di tipo *oggettivo*. Comprendere quale sia l'esatta interpretazione dell'espressione in discorso è di fondamentale importanza al fine di individuare lo spettro dei possibili significati dei termini interesse e vantaggio e così verificare se tra questi vi sia anche quel particolare concetto che va sotto il nome di *interesse di gruppo*. Poiché una società appartenente ad un gruppo orienta la propria attività in modo del tutto peculiare rispetto ad una società isolata, occorre verificare se ciò autorizzi un'interpretazione particolare anche del parametro di imputazione oggettiva.

Assegnare un significato preciso ai termini interesse e vantaggio, che sono stati ripresi testualmente dalla legge delega n. 300 del 2000⁶², non è compito semplice, poiché questi sono stati oggetto di numerose e variegata interpretazioni⁶³, tra le quali non è agevole districarsi.

Nell'accezione più piana si afferma, e così si esprime la Relazione al d. lgs. 231/2001⁶⁴, che i due concetti si distinguerebbero poiché l'interesse sarebbe caratterizzato da una connotazione marcatamente soggettiva e

⁶¹ Per i reati societari l'art. 25-ter prevede l'utilizzabilità del solo criterio dell'interesse. Su questa discrasia cfr. C.E. PALIERO, *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione*, in A. ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società. D.lgs. 11 aprile 2002 n. 61*, Milano, 2002, p. 59.

⁶² L'art. 11, co. 1, e) della l. 300/2000 prevedeva: "Prevedere che i soggetti di cui all'alinea del presente comma sono responsabili in relazione ai reati commessi, a loro vantaggio o a loro interesse, da chi svolge funzioni di (...); prevedere l'esclusione della responsabilità dei soggetti di cui all'alinea del presente comma nei casi in cui l'autore abbia commesso il reato nell'esclusivo interesse proprio o di terzi".

⁶³ Cfr. ad esempio D. PULITANO', *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 425; M. PELISSERO – G. FIDELBO, *La "nuova" responsabilità amministrativa delle persone giuridiche (d. lgs. 8.6.2001 n. 231)*, in *Leg. pen.*, 2002, p. 581; A. ASTROLOGO, *op. cit.*, p. 649; A. MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, in *Cass. Pen.*, 2003, 319, p. 1114.

⁶⁴ Relazione, *cit.*, p. 442.

sarebbe verificabile *ex ante*, mentre il vantaggio sarebbe connotato in modo oggettivo e suscettibile soltanto di un accertamento *ex post*. Il vantaggio in altri termini ricorrerebbe quando, pur non avendo la persona fisica agito nell'interesse dell'ente, nondimeno si registri che l'azione da questa commessa ha recato un oggettivo beneficio all'ente⁶⁵. L'interesse invece si riferirebbe all'ipotesi in cui il soggetto agisce orientando la propria condotta per l'ente⁶⁶.

Questa chiave di lettura del criterio di imputazione oggettivo non sembra del tutto convincente, soprattutto se si osservano le conseguenze che potrebbero derivare da una simile interpretazione del *vantaggio*. Questo, se applicato nel modo poco fa delineato e se inteso come concetto valevole indipendentemente dal simultaneo riscontro dell'interesse, potrebbe rivelarsi un criterio di imputazione eccessivamente rigido per l'ente, poiché questo si ritroverebbe addossate conseguenze sanzionatorie potenzialmente molto gravose per un'azione non orientata finalisticamente al perseguimento del suo interesse. Se ad esempio il reo avesse commesso il reato andando contro la politica d'impresa dell'ente, contro le linee etiche da questo dettate, ma avesse nondimeno provocato un oggettivo beneficio all'ente stesso, interpretando nel modo illustrato il parametro del vantaggio l'ente sarebbe passibile di responsabilità dipendente da reato. Anche per questa ragione sono state ipotizzate diverse letture alternative dell'art. 5 che, come si vedrà fra breve, riescono ad eliminare questo inconveniente.

L'analisi dei termini citati sarebbe incompleta se non si considerasse anche quanto statuito dal secondo comma dello stesso art. 5: "L'ente non risponde se le persone indicate hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi"⁶⁷. E' evidente che questa disposizione contiene un'asimmetria rispetto al

⁶⁵ La lettura del vantaggio quale oggettivo arricchimento economico sembra accordarsi positivamente con quanto previsto all'art. 3 del secondo Protocollo della Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità Europee in materia di riciclaggio, approvato dal Consiglio dell'Unione Europea il 19 giugno 1997, ove si parla di illeciti commessi a "*beneficio*" delle persone giuridiche, così A. ASTROLOGO, *op. cit.*, p. 658, n. 21.

⁶⁶ La Relazione al d. lgs. 231/2001 afferma in riferimento al criterio di imputazione oggettivo che ciò che conta è che l'ente risulti impegnato dal compimento di un'attività destinata a riversarsi nella sua sfera giuridica.

⁶⁷ Secondo A. ASTROLOGO, *op. cit.*, p. 657, a disposizione di cui all'art. 5 co. 2 permette di comprendere come per il legislatore delegato l'ente sia responsabile solo quando il fatto, pur materialmente commesso dalla persona fisica, è sostanzialmente il risultato di una strategia della *societas*.

co. 1: la disposizione ora riportata è, infatti, priva di ogni riferimento al vantaggio, vi si parla soltanto di *interesse*.

L'art. 5 co. 2 non è a ben vedere l'unica disposizione del decreto in cui si ripropone esclusivamente il termine *interesse* e si trascura invece il termine *vantaggio*. Ci si riferisce alla discussa previsione di cui all'art. 25-ter del d. lgs. 231/2001, inserito grazie alla riforma dei reati societari del 2002 (art. 3 co. 2 del d. lgs. 61/2002), che in relazione ai reati ivi annoverati stabilisce che l'ente risponde solo se questi vengono realizzati nel suo *interesse*⁶⁸. Certo si potrebbe vedere in ciò una semplice svista del legislatore⁶⁹, nondimeno la distonia rispetto agli altri reati presupposto è evidente, tanto che alcuni si sono domandati se questa disposizione non abbia creato un paradigma autonomo e differente di imputazione della responsabilità amministrativa all'ente qualora questa dipenda appunto dalla commissione dei reati societari di cui agli artt. 2621 ss. c.c.

Secondo chi scrive il co. 2 dell'art. 5 è di particolare importanza per delineare la portata del criterio di imputazione oggettivo. Se l'ente non è responsabile qualora il reo abbia agito unicamente nell'interesse proprio o di terzi, allora quando l'ente ha ricavato un vantaggio dal reato, ma a questo non si sia accompagnato il compimento dell'azione almeno in parte nel suo interesse, non sarà soddisfatto il parametro di imputazione oggettiva. Da ciò sembrerebbe conseguire una preminenza dell'interesse rispetto al vantaggio.

⁶⁸ L'art. 25-ter afferma: "*In relazione ai reati in materia societaria previsti dal codice civile, se commessi nell'interesse della società...*". Sulla particolarità dell'art. 25-ter si veda C.E. PALIERO, *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione*, cit., p. 47 ss., che si esprime con toni condivisibilmente molto critici sulla formulazione dell'art. 25-ter, affermando che questa "impone un delicato lavoro di ricostruzione del senso plausibile di questo enunciato, in apparenza sintomo di una patologica regressione infantile, da parte del legislatore, a forme rudimentali, proto-civilistiche, quasi tribali di responsabilità della persona giuridica" (così a p. 49). Sul tema si veda anche M. FORMICA, *La responsabilità amministrativa degli enti ed i reati societari*, in C. PIERGALLINI (a cura di), *La riforma dei reati societari, Atti del seminario. Macerata, 21 marzo 2003*, Milano, 2004, p. 211; M. FARINA, *I reati societari e la responsabilità delle persone giuridiche*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2004, n. 2, p. 138.

⁶⁹ In questo senso A. ASTROLOGO, *op. cit.*, p. 662, secondo cui la circostanza che l'ultimo comma dello stesso articolo faccia un riferimento al concetto di profitto - statuendo che "Se, in seguito alla commissione dei reati di cui al comma 1, l'ente ha conseguito un profitto di rilevante entità, la sanzione pecuniaria è aumentata di un terzo" - fa sì che si possa interpretare la presenza del solo *interesse* al primo comma dello stesso articolo come una mera svista, dato che, nel pensiero dell'autrice, *vantaggio* e *profitto* nell'ambito del decreto sono sostanzialmente sinonimi, alludendo entrambi all'oggettivo conseguimento di un arricchimento economico quale conseguenza diretta della commissione del reato.

Quest'ultimo non pare in altri termini, all'esito di una considerazione complessiva dell'art. 5, da solo sufficiente a fondare il nesso di imputazione oggettiva della responsabilità all'ente. Da ciò sembra possibile dedurre che occorre sempre una sia pur minima finalizzazione del reato all'ente, sì che le potenziali conseguenze eccessivamente gravose, sopra adombrate, risulterebbero scongiurate.

In questo senso sembra deporre anche la Relazione al decreto, secondo la quale nel caso in cui il reato non sia in alcun modo riconducibile all'ente, perché non realizzato neppure in parte nell'interesse di questo, si manifesta l'estraneità della persona morale all'illecito, sì che *“il giudice non dovrà neanche verificare se la persona morale abbia per caso tratto un vantaggio”*⁷⁰.

Ancora, a testimonianza della preminenza che si ritiene di dover accordare all'interesse, si può invocare la soluzione che era stata prescelta dal Progetto di riforma del codice penale Grosso, il quale è stato – soprattutto in riferimento ad alcuni specifici aspetti della responsabilità degli enti⁷¹ – fonte d'ispirazione importante per il legislatore delegato del 2001. In riferimento ai delitti dolosi (e soltanto dolosi sono stati fino all'estate 2007 i reati presupposto previsti agli artt. 24 ss. del decreto⁷²), l'art. 121 co. 1 a prevedeva che la

⁷⁰ La Relazione inserisce subito dopo un inciso tra parentesi: *“la previsione opera dunque in deroga al primo comma”*. Tuttavia, poiché grazie al co. 2 la responsabilità è esclusa se non si rinviene traccia di almeno un parziale interesse dell'ente, allora più che una deroga a quanto enunciato al primo comma, la disposizione sembra più un completamento del criterio d'imputazione, il quale può cogliersi nella sua interezza e con precisione solo ove si guardi al combinato disposto dei commi 1 e 2.

⁷¹ Basti citare a questo proposito il rilievo dato dallo stesso Progetto Grosso ai modelli organizzativi. Differente invece è stato il Progetto, come si è già avuto modo di notare, con riguardo all'aspetto della responsabilità da reato degli enti che interessa questo lavoro: in riferimento alle società che esercitano attività di direzione unitaria si è visto come il progetto avesse seguito una strada ben precisa.

⁷² La legge 3 agosto 2007 n. 123 ha infatti inserito un nuovo articolo nel d. lgs. 231/2001, il 25-*septies*, concernente l'omicidio colposo e le lesioni colpose gravi o gravissime, commessi con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro. L'introduzione di tali fattispecie colposa pone dei problemi proprio con riferimento al criterio d'imputazione oggettivo dell'interesse, che sembra porsi in palese contrasto col canone soggettivo di questi reati. Una prima tesi per riconciliare queste disposizioni potrebbe essere quella di considerare la disorganizzazione riguardante la normativa antiinfortuni, per l'igiene e la sicurezza sul lavoro, a monte dell'omicidio e delle lesioni come nell'interesse dell'ente. L'alternativa pare solo quella della modifica legislativa. Per alcune prime riflessioni al riguardo cfr. G. ZANALDA, *La responsabilità degli enti per gli infortuni sul lavoro, prevista dalla legge 3 agosto 2007, n. 123, Resp. amm. società e enti*, 2007, n. 4, p. 97; M. BELLINA, *Infortunio sul lavoro: responsabilità «da reato» della persona giuridica*, in *Dir. e pratica lav.*, 2007, p. 2538. Si attende peraltro, su questo come su altri aspetti, il parere della Commissione ministeriale

persona giuridica poteva essere chiamata a rispondere degli illeciti “*commessi per conto o comunque nell’interesse specifico della persona giuridica, da persona che aveva il potere di agire per la persona giuridica stessa*”. Si richiama dunque un illecito commesso perseguendo l’utilità dell’ente, con un esplicito e preciso riferimento al suo interesse *specifico*, quasi a fugare ogni dubbio – con l’espressione “*o comunque*”, come a dire *in ogni caso* - sulla valenza del criterio “*per conto di*”⁷³. Si noti inoltre che proprio in riferimento al parametro di imputazione oggettiva è possibile affermare che il d. lgs. 231/2001 abbia seguito notevolmente l’impostazione del Progetto, considerando che anche in questo era prevista un’attenuante della sanzione pecuniaria formulata in termini sostanzialmente analoghi all’art. 12 del decreto sopra citato. L’art. 130 n. 1 del disegno Grosso prevedeva infatti una sanzione pecuniaria diminuita “*se l’autore del reato ha commesso il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi, e la persona giuridica non ne ha tratto profitto o ha tratto un profitto insignificante*”⁷⁴.

Non è ben chiaro quale sia la natura della clausola di cui all’art. 5 co. 2⁷⁵. Se secondo un orientamento essa costituisce una causa di esclusione – per alcuni oggettiva, per altri soggettiva – della responsabilità⁷⁶, un’interruzione dell’immedesimazione organica⁷⁷, secondo un’altra tesi si tratterebbe di

presieduta dal dott. Greco, che sta ripensando alcuni elementi del d. lgs. 231/2001. Per alcune anticipazioni al riguardo cfr. G. NEGRI, *Reati fiscali puniti dal 231*, in *Il Sole 24 ore*, 28 ottobre 2007, p. 23.

⁷³ A proposito di questa espressione vi è un precedente in questo senso nel diritto francese: si prevede nel codice penale, all’articolo 121-2, la responsabilità delle *personnes morales* per gli illeciti commessi *pour leur compte*. Per altri spunti di diritto comparato si veda F. SANTI, *cit.*, p. 228.

⁷⁴ Si noti come il testo del Progetto Grosso differisca dall’attuale art. 12 co. 1 a) sostanzialmente per il solo utilizzo del termine profitto anziché del termine vantaggio. Ciò sembrerebbe un’ulteriore conferma di quanto affermato da A. ASTROLOGO, secondo la quale – limitatamente al contesto del d. lgs. 231/2001 – vantaggio e profitto si identificherebbero (vedi *infra* nt. 63).

⁷⁵ Sul punto si veda G. COCCO, *L’illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, n. 1, p. 95.

⁷⁶ Ad esempio parlano di causa oggettiva di esclusione della responsabilità C.E. PALIERO, *La responsabilità*, *cit.*, p. 52, A. MEREU, *La responsabilità “da reato” degli enti collettivi e i criteri di attribuzione della responsabilità tra teoria e prassi*, in *Ind. Pen.*, 2006, n. 1, p. 58; nel senso di causa soggettiva cfr. invece M. GUERNELLI, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche nel diritto penale-amministrativo interno dopo il d. legisl. 8 giugno 2001 n. 231*, prima parte, in *Studium iuris*, 2002, fasc. 3, p. 291.

⁷⁷ Si esprime in questo modo G. DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità cd. amministrativa degli enti: la «parte generale» e la «parte speciale» del d. lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, *cit.*, p. 101.

un'espressione che consegue semplicemente dal criterio d'imputazione oggettiva che richiede l'agire nell'interesse dell'ente⁷⁸. Conseguenze differenti in tema di onere della prova discendono a seconda che si aderisca a questa o a quella tesi⁷⁹. Ma a prescindere da questo profilo, ciò che più importa è che, comunque si intenda la clausola, grazie a questa ed al primo comma dell'art. 5 è necessario che il reato sia commesso almeno in parte nell'interesse dell'ente⁸⁰.

Esiste un'altra disposizione del decreto che sembra confermare questo assunto. L'art. 12 disciplina i casi di riduzione della sanzione pecuniaria, e prevede in particolare alla lettera a) che la sanzione possa essere ridotta se "l'autore del reato ha commesso il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi e l'ente non ne ha ricavato vantaggio o ne ha ricavato un vantaggio minimo". Qui si parla di una riduzione della sanzione pecuniaria – quindi di un'attenuazione del trattamento sanzionatorio e non di un'esclusione della responsabilità – nel caso in cui il reato sia stato realizzato nel prevalente interesse proprio o di terzi (non esclusivo quindi, come all'art. 5 co. 2), e il vantaggio conseguito dall'ente sia stato del tutto nullo o di minima entità. Si statuisce, dunque, che nel caso in cui il reato sia stato commesso nell'interesse minoritario dell'ente, ed in quello prevalente dell'autore stesso del reato o di terzi, la sanzione pecuniaria viene diminuita se allo stesso tempo l'ente ha conseguito un beneficio di scarsa o nulla entità. Quindi si ribadisce anche in questa sede come sia di importanza fondamentale che l'illecito penale sia stato realizzato almeno in piccola parte nell'interesse dell'ente. Scarso interesse e vantaggio assente o molto limitato comportano dunque una sanzione ridotta. Se

⁷⁸ Secondo D. PULITANO', *La responsabilità*, cit., p. 425, n. 27, si tratta di un semplice corollario della necessità che il reato sia riconducibile all'interesse dell'ente, di un'espressione che specifica l'elemento che fonda la responsabilità da reato.

⁷⁹ Secondo G. COCCO, *op. cit.*, p. 95, n. 21, l'onere grava evidentemente sull'accusa.

⁸⁰ Si veda in questo senso ad esempio G. DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti nel sistema sanzionatorio italiano: alcuni aspetti problematici*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, p. 671 ss., secondo il quale proprio dal combinato disposto delle disposizioni di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 5 emerge che l'unico criterio di collegamento rilevante è l'interesse, mentre il vantaggio costituirebbe una sorta di "variabile casuale che potrà anche darsi concretamente senza che, per ciò solo, si debba ipotizzare una responsabilità da reato della persona giuridica". Secondo G. COCCO, *op. cit.*, *ibidem*, a fondare la responsabilità dell'ente, a dispetto della formulazione alternativa "*interesse o vantaggio*", è la commissione del reato, quanto meno in parte, nell'interesse dell'ente.

anche il vantaggio è del tutto assente ma il reato è stato orientato seppur in minima parte all'ente, allora la responsabilità permane, non cade, si procede solamente ad un trattamento sanzionatorio meno severo.

Da tutto ciò consegue, secondo chi scrive, che il concetto di interesse svolge un ruolo primario e che il vantaggio di per sé solo non basta, occorrendo sempre una certa finalizzazione dell'illecito all'ente. Non si intende con questo affermare che non sussiste alcuna differenza tra i due termini considerati, non si vuole cioè sostenere che interesse e vantaggio siano sinonimi ed esprimano insieme un unico concetto di finalizzazione del reato all'ente, così come ritiene autorevole dottrina⁸¹. Si intende invece che, pur essendo concetti distinti, ed in questo senso è possibile valorizzare il contemporaneo utilizzo dei due concetti operato dal legislatore all'art. 12⁸², il secondo non pare da solo sufficiente a fondare il parametro di imputazione oggettiva. Nulla sembra ostare al riconoscimento di una diversità delle due nozioni, nel senso indicato dalla Relazione al d. lgs. 231/2001, ed in questo senso l'utilizzo della congiunzione disgiuntiva "o" non può essere svilito come un elemento formale del tutto irrilevante. Inoltre, come rilevato in dottrina, ritenere diversamente

⁸¹ E' D. PULITANO', *op. cit.*, p. 425, a ricorrere - per spiegare il significato della discussa formula di cui all'art. 5 - alla figura retorica dell'endiadi, attraverso la quale si esprime un concetto per mezzo di due sostantivi coordinati.

⁸² L'art. 12, come si è visto, stabilisce una riduzione della sanzione pecuniaria quando l'interesse perseguito era prevalentemente proprio dell'autore del reato o di terzi e, al contempo, il vantaggio conseguito dall'ente è risultato molto ridotto o nullo. Dal ricorrere nella stessa situazione descritta dal legislatore dei due termini, non può che derivare logicamente che gli stessi non si identificano, non sono la stessa cosa, ma si riferiscono a concetti diversi. In questo senso si veda A. ASTROLOGO, *op. cit.*, p. 656 ss., la quale nota come nel caso in cui il reato sia stato commesso nell'interesse prevalente proprio o di terzi e con vantaggio minimo dell'ente si fa riferimento ad una situazione in cui quindi i due termini devono ricorrere *contestualmente*, in deroga a quanto previsto all'art. 5 co. 1, che sembra richiedere la presenza di uno o dell'altro, *in via alternativa*. Da ciò sembra intuibile come per Astrologo ai fini della verifica del criterio di imputazione oggettivo sia sufficiente il ricorrere di uno o dell'altro presupposto, contrariamente a quanto sostenuto da chi scrive. Secondo l'Autrice la diversità dei due concetti consiste nel fatto che l'interesse allude alla politica d'impresa, mentre il vantaggio consiste in un arricchimento economico, un beneficio patrimoniale che il soggetto collettivo ottiene direttamente dal reato. Quest'ultimo si identificherebbe con il profitto, ciò consegue ad un'interpretazione sistematica della disciplina, in particolare dall'impostazione dell'apparato sanzionatorio prescelta e ben si accorderebbe con la relazione al decreto, in cui si definisce il profitto come "conseguenza economica immediata" del fatto di reato. Riguardo all'interesse la stessa autrice sottolinea come l'impresa si caratterizzi per essere un organismo vitale, capace di esprimere un proprio indirizzo strategico e operativo. Non si ha a che fare quindi con una struttura impersonale, al contrario si tratta di un "*organismo intenzionale*". Sulla questione si veda anche E. GARAVAGLIA, *op. cit.*, p. 389 ss.

contrasterebbe con il canone ermeneutico di conservazione delle norme⁸³. Tuttavia, per quanto possa sembrare irrazionale affermare al primo comma in via alternativa i due parametri, per poi smentirne sostanzialmente l'autonomia al comma successivo, si ritiene – si ribadisce – che per quanto previsto dal secondo comma dell'art. 5 non possa che ritenersi necessaria una parziale verifica dell'interesse dell'ente. Si preciserà meglio oltre cosa questo possa comportare per l'indagine del presente lavoro: è di immediata evidenza tuttavia come anche ai fini della circolazione della responsabilità all'interno dei gruppi ciò sia di notevole importanza. Se occorre questa minima finalizzazione dell'illecito all'ente, non sarà sufficiente per ascrivere la responsabilità ad una componente del gruppo affermare che il reato commesso nell'interesse della madre o di altra società sorella le ha comportato un obiettivo beneficio. Occorrerà accertare che l'illecito sia stato realizzato anche nell'interesse di questo, per quanto marginale.

Non è però sufficiente fermarsi ad evidenziare il ruolo primario svolto dall'interesse. Occorre precisare in che modo esso debba essere inteso.

Si potrebbe sostenere infatti che questo abbia un rilievo *soggettivo* e che vada accertato sul piano psicologico, cioè che si debba verificare che l'autore del reato nel proprio foro interno muovesse a questo scopo.

E' evidente tuttavia che se fosse questa la lettura da privilegiare si tratterebbe di un accertamento piuttosto difficile, per via della complessità che sempre riveste l'indagine sulla psiche umana. Si consideri inoltre che questa lettura sembra preclusa dall'autonomia che caratterizza la responsabilità da reato degli enti. In base all'art. 8 del d. lgs. 231/2001 la responsabilità dell'ente sussiste anche quando l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile o quando il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia. Se dunque è possibile accertare la responsabilità in capo all'ente anche nel caso in cui non sia possibile rintracciare la persona fisica che ha commesso l'illecito penale, allora si stabilisce che la responsabilità può essere riconosciuta anche quando il foro interno del reo non può essere scandagliato e dunque quando non si può accertare se egli avesse agito "per l'ente". Quindi non è possibile

⁸³ Così A. ASTROLOGO, *ibidem*.

sostenere la lettura in chiave psicologica del requisito dell'interesse di cui all'art. 5.

Dal principio dell'autonomia della responsabilità dell'ente discende che l'interesse non va verificato con riguardo all'elemento soggettivo dell'autore del reato, ma in modo differente: il requisito sembra dover essere interpretato come obiettiva finalizzazione dell'illecito all'ente⁸⁴. Occorre guardare all'oggettiva connotazione della condotta, alla direzione che questa assume, e non alla psiche dell'agente. La lettura offerta dalla dottrina, che vede i termini interesse e vantaggio come un'endiadi, come un unitario criterio di natura oggettiva, sembra dunque condivisibile⁸⁵: seppur non accoglibile, secondo chi scrive, con riguardo alla sostanziale identificazione in un unico concetto dei due termini in esame, coglie non di meno nel segno circa il modo in cui concepire l'interesse. Si deve intendere cioè l'interesse in senso oggettivo, *“riconoscibilmente connesso alla condotta dell'autore del reato”*⁸⁶. Quindi, al fine di verificare che il parametro di cui all'art. 5 sia soddisfatto nel caso concreto, di fronte alla commissione di un reato non si dovrà accertare che il soggetto avesse,

⁸⁴ Secondo G. DE SIMONE ad esempio, *op. ult. cit.*, p. 671, l'interesse non va inteso in senso soggettivo ma solo come finalizzazione oggettiva della condotta. Prendendo a prestito la terminologia del delitto tentato, si potrebbe dire che “l'agire della persona fisica dovrebbe presentare il duplice requisito dell'idoneità e della non equivocità”. Tuttavia alcuni autori (cfr. ad esempio A. MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1115), sottolineano che utilizzare il solo interesse è pericoloso, poiché si dovrebbe andare a scandagliare il foro interno dell'autore del reato, cosa non semplice, ed inoltre ricostruire la responsabilità dell'ente in base all'atteggiamento interiore del reo persona fisica, sarebbe irragionevole e in contrasto con il nostro diritto penale. Il collegamento del reato con l'ente dovrebbe poggiare su dati obiettivi, e non sulle intenzioni o rappresentazioni soggettive dell'autore del reato. Dunque, sostiene similmente D. PULITANO', *La responsabilità «da reato» degli enti nell'ordinamento italiano*, in *Cass. pen.*, 2003, supplemento al n. 6, p. 14, occorrerebbe addivenire, nell'interpretazione dell'art. 5, ad un criterio unitario, riducibile ad un interesse dell'ente inteso in senso obiettivo. Nota M. GUERNELLI, *op. cit.*, p. 291, come ciò valga a maggior ragione proprio ove si consideri che l'art. 8, statuendo l'autonomia della responsabilità dell'ente, prevede che lo stesso possa essere riconosciuto responsabile anche qualora l'autore del reato non sia stato identificato, oppure non sia imputabile. Se dunque non si può verificare quale fosse stato l'atteggiamento psicologico del reo, e nondimeno l'ente può essere riconosciuto responsabile, allora l'interesse o il vantaggio andranno considerati quali obiettiva tendenza o risultato della condotta.

⁸⁵ Si tratta della già ricordata tesi di D. PULITANO', *La responsabilità “da reato” degli enti: i criteri...*, *cit.*, p. 425.

⁸⁶ Così si esprime D. PULITANO', *ibidem*, secondo il quale “Il collegamento del reato con l'ente non è rimesso (e non sarebbe ragionevole rimetterlo) alle soggettive intenzioni o rappresentazioni dell'agente, ma poggia su dati obiettivi”. Concorde si dice G. COCCO, *op. cit.*, p. 96, che precisa come il requisito riguardi quello che è il “risultato potenziale od effettivo del fatto di reato”. Ritiene invece una forzatura del dato letterale la tesi dell'endiadi A. MEREU, *op. cit.*, p. 57.

nell'ambito dell'elemento soggettivo richiesto dalla fattispecie, anche il fine di giovare all'ente, come se si introducesse per questa via una componente in più al dolo così come previsto dal singolo reato. Non si tratta, in altri termini di aggiungere una sorta di dolo specifico⁸⁷, consistente nella volontà di perseguire un beneficio dell'ente, che non necessariamente si deve concretizzare per la verifica del reato, introducendo un elemento in più nella complessa fattispecie che origina il rimprovero dell'ente.

Si tratta, invece, di riscontrare nell'azione posta in essere dal reo un'obiettivo tensione verso l'ente di appartenenza, un'attitudine oggettiva della condotta al suo tornaconto.

Questa è la tesi cui si ritiene di aderire. E grazie ad essa potrebbe risultare meno semplicistico attribuire una responsabilità da reato ad una società parte di un gruppo qualora essa sia mera destinataria di un oggettivo vantaggio dal reato commesso nell'interesse di altra componente del gruppo.

Condivisibile è dunque la sentenza della Cassazione del dicembre 2005⁸⁸, che afferma che interesse e vantaggio sono due concetti giuridici nettamente distinti. Prima testimonianza di ciò è ravvisata nell'utilizzo della disgiuntiva "o" all'art. 5 ("reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio"). Ma al di là di questo profilo formale, secondo la Suprema Corte non v'è dubbio che l'impostazione delineata dalla Relazione al decreto sia la più corretta, poiché "i due vocaboli esprimono concetti giuridicamente diversi: potendosi distinguere un interesse «a monte» della società ad una locupletazione - prefigurata, pur se di fatto, eventualmente, non più realizzata - in conseguenza

⁸⁷ Interessante a questo proposito il pensiero di F. VIGNOLI, *Societas puniri potest: profili critici di un'autonoma responsabilità dell'ente collettivo*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, n. 7, p. 909, il quale ritiene distinti e differenti i termini interesse e vantaggio ma, con riferimento all'interesse, afferma che a questo non dev'essere attribuito un significato soggettivo, altrimenti si sconfinerebbe "nella dimensione di quello che potremmo definire una sorta di "dolo specifico". L'interesse infatti non attiene alla sfera psicologica del soggetto, ma al tipo di attività che viene realizzata e deve, pertanto, trovare una precisa incidenza nella idoneità della condotta a cagionare un beneficio per l'ente, a nulla rilevando giuridicamente l'interna intenzione del reo".

⁸⁸ Cass., sez. II, sent. 20 dicembre 2005, Soc. Jolly Mediterranea, in *Foro it.*, 2006, II, col. 329, con nota di richiami di G. ARMONE e in *Le società*, 2006, n. 6, p. 756, con nota di S. BARTOLOMUCCI, *Reato dell'amministratore e parametro oggettivo di imputazione della persona giuridica*, p. 759. Nella stessa pronuncia, la Cassazione afferma che sono esclusi dall'area di rilevanza del d. lgs. 231/2001 solo quei fatti illeciti che sono posti in essere nell'esclusivo interesse dell'autore del reato, "per un fine personalissimo o di terzi. In sostanza con condotte estranee alla politica d'impresa".

dell'illecito, rispetto ad un vantaggio obiettivamente conseguito all'esito del reato, perfino se non espressamente divisato *ex ante* dall'agente". La tesi dottrinale che rinvia nei due termini un'endiadi viene espressamente negata, nonostante la stessa Cassazione riconosca la problematicità che deriva dalla circostanza che in altre disposizioni del decreto non vengano ripetute entrambe le parole, così come accade nei sopra analizzati artt. 5 co. 2 e 25-ter.

Sino a questo punto l'orientamento dei giudici di legittimità sembra dunque da condividere. Tuttavia, quanto segue nella sentenza va in senso contrario alla tesi qui sostenuta della preminenza del ruolo svolto dall'interesse. Se si può sostanzialmente convenire con la distinzione effettuata dei due sintagmi così come ricostruita dalla Cassazione, per le ragioni sopraesposte non ci si può che discostare dalla pronuncia nel momento in cui sembra riconoscere al vantaggio la dignità di parametro di imputazione di per sé solo sufficiente e bastevole. Nel caso di specie l'amministratore unico della società imputata le aveva fatto pervenire illecitamente dei contributi statali⁸⁹. Questi tuttavia, subito dopo essere stati accreditati nei conti dell'ente, venivano trasferiti su conti personali del reo, evidenziando – sembra – una condotta distrattiva infedele del manager. Pare di intuire, dalla ricostruzione svolta dai giudici, che il reo avesse agito nel proprio esclusivo interesse, tradendo anzi gli interessi della propria società. Se quindi il parametro dell'interesse non poteva dirsi soddisfatto, poiché l'illecito veniva perpetrato dal reo a proprio esclusivo beneficio, ecco che la sentenza cerca di dimostrare come un vantaggio, inteso come oggettivo tornaconto, si fosse nondimeno per l'ente verificato. Il semplice versamento nei conti della società ha concretizzato nel pensiero dei giudici tale requisito, a nulla valendo la successiva condotta opportunistica dell'amministratore. Questa rappresenta secondo la Cassazione un post fatto non rilevante ai fini della responsabilità dell'ente, tutt'al più suscettibile di integrare una fattispecie di infedeltà patrimoniale, ma comunque non tale da eliminare il dato storico dell'effettivo conseguimento di un profitto per l'ente.

⁸⁹ Il procedimento origina dalla commissione del delitto di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche di cui all'art. 640-bis c.p. da parte di D'Azzo Antonio, amministratore unico della società Jolly Mediterraneo s.r.l..

Nel caso di specie la Corte sembra aver escluso il ricorrere dell'interesse dell'ente ed aver riscontrato in sua vece un vantaggio, peraltro di dubbia consistenza, vista la subitanea spoliazione dei conti della società. Si deve a questo proposito precisare che la sentenza adombra la possibilità che l'amministratore abbia distratto sui propri conti solo una parte dei contributi originariamente accreditati alla società (nei conti del reo si era rinvenuto un importo inferiore all'ammontare dei contributi pubblici erogati), e che quindi in capo a quest'ultima sia effettivamente rimasta una certa utilità. Tuttavia la Corte sembra sorvolare su questa eventualità, per ribadire come il mero accreditamento sia sufficiente a ritenere verificato il parametro di imputazione della responsabilità, qualunque cosa avvenga poi del denaro. "Se dunque il contributo pubblico sia entrato materialmente nel patrimonio sociale, confondendosi con le altre risorse pecuniarie, si è verificato il vantaggio oggettivo della società, che storicamente ha visto, per un lasso più o meno lungo di tempo, incrementata la sua ricchezza".

Si potrebbe sostenere che, se la società ha tratto un beneficio, per quanto limitato o fugace, dalla condotta illecita del proprio amministratore, sembrerebbe corretto sanzionarla. In fin dei conti, se l'interesse non va verificato in termini "psicologici", ma va inteso in termini oggettivi, effettivamente il parametro di imputazione oggettiva si è verificato, poiché il reato era obiettivamente volto a far conseguire alla società dei contributi. La condotta appropriativa è venuta in un secondo momento. L'amministratore unico poi, che incarna nell'ottica del legislatore del 2001 la politica e l'*ethos* aziendale, ha dimostrato un netto rifiuto della legalità. Tuttavia pare allo stesso tempo che la società in questione in questa vicenda non sia stata altro che un mero strumento nelle mani del proprio amministratore, che ha utilizzato la struttura collettiva esclusivamente per i propri fini, con un piano criminoso volto fin dall'inizio al proprio profitto. Come rilevato dalla stessa difesa della società, D'Azzo "aveva invece strumentalizzato la propria società di appartenenza a fini esclusivamente personali"⁹⁰. Discutibile resta quindi l'opportunità di sanzionare l'ente in questo caso.

⁹⁰ In tal modo la sentenza citata riporta il pensiero della difesa della società.

2. Interesse ex art. 5 e “interesse di gruppo”

Ci si concentri ora sul sostantivo interesse. Guardando all'articolo 5, ci si potrebbe chiedere innanzitutto se nel termine in oggetto possa ritenersi incluso anche il cd. interesse di gruppo.

E' evidente che se l'interesse collettivo potesse di per sé rilevare ai fini della responsabilità da reato, quale parametro sufficiente di imputazione sul piano oggettivo, ne deriverebbe un'ampia circolazione della responsabilità nel gruppo.

Si consideri che se si affermasse che l'interesse di gruppo è *species* del *genus* interesse di cui all'art. 5 co. 1, si espanderebbe l'attribuzione della responsabilità da reato in modo consistente⁹¹. Come si vedrà meglio oltre, infatti, la considerazione *funzionale* che propone il decreto del novero delle persone fisiche che con il loro operato possono implicare l'ente, potrebbe giustificare un'interpretazione assai lata dell'appartenenza dell'autore del reato agli enti facenti parte di un gruppo. Un soggetto in posizione apicale in una società a capo di un gruppo fortemente integrato, potrebbe essere visto dagli interpreti come al contempo soggetto di fatto apicale anche nelle diverse controllate⁹² e, qualora commettesse un reato nell'interesse del gruppo, grazie all'interpretazione slabbrata del sostantivo *interesse* di cui all'art. 5, si potrebbe giungere ad un riconoscimento indiscriminato di responsabilità amministrativa in capo alle diverse componenti del gruppo.

Inoltre, occorre rilevare come, laddove si accedesse ad un'interpretazione dilatata del rapporto qualificato reo – ente, gli amministratori di una *holding* potrebbero essere ritenuti, secondo un particolare orientamento,

⁹¹ In questo senso E. SCAROINA, *op. cit.*, p. 225, secondo la *quale* “la presunzione dell'esistenza di un interesse di gruppo superiore ed immanente a quello delle società che lo compongono conduce a svilire la portata del criterio di imputazione oggettiva, inducendo ad una indiscriminata corresponsabilizzazione delle imprese del gruppo anche nelle ipotesi in cui la commissione del reato non sia manifestazione di un diretto interesse di ciascuna di esse”.

⁹² Nota F. SGUBBI, *op. cit.*, par. 6.2, come se è vero che oggi i soggetti di fatto sono espressamente regolati all'art. 2639 c.c., nondimeno i parametri da utilizzare per verificare che di tali soggetti effettivamente si tratti sono piuttosto vaghi. Dunque anche l'uso della categoria *amministratore di fatto* conforme ai criteri di esercizio continuativo e significativo dei poteri tipici inerenti la qualifica, non sembra sufficiente a fornire un reale argine a facili incriminazioni di enti non pienamente coinvolti dagli illeciti.

destinatari di una posizione di garanzia e responsabili quindi *ex artt.* 40 cpv. e 110 c.p. dei reati commessi dagli amministratori delle controllate⁹³.

E' interpretazione da ponderare molto attentamente, dunque, quella per cui il mero agire nell'interesse del gruppo consentirebbe di ritenere soddisfatto il criterio di imputazione oggettivo per tutte le società che al gruppo appartengono. L'interesse collettivo peraltro è stato spesso utilizzato in *malam partem* dalla giurisprudenza penale⁹⁴.

Per valutare se interesse *ex art.* 5 e interesse di gruppo stiano in rapporto di genere a specie, occorrerebbe in primo luogo definire questo secondo concetto. Tuttavia dare una definizione precisa e unanimemente accolta di interesse di gruppo non appare possibile. In effetti, seppure oggi si registra forse una maggiore uniformità, i risultati interpretativi cui sono giunte dottrina e giurisprudenza non sono stati e non possono dirsi tuttora sempre omogenei⁹⁵.

La riflessione sul tema si è sviluppata, in modo particolare dagli anni '80 in poi, man mano che la consapevolezza del fenomeno del gruppo si radicava nell'ambiente giuridico. In particolare l'argomento è stato approfondito a seguito del dibattito che si è registrato, sia nella dottrina penale che in quella civile, sul conflitto di interessi e sui cd. vantaggi compensativi⁹⁶.

⁹³ Eventualità ipotizzata da L. PISTORELLI, *op. cit.*, p. 16, e F. SGUBBI, *op. cit.*, p. 8.

⁹⁴ Sottolinea come sia stato proprio il d. lgs. 231/2001 a proiettare improvvisamente l'interesse/vantaggio di gruppo al centro dell'esperienza giuridico-sanzionatoria F. SGUBBI, *ibidem*. Interessanti le notazioni dell'autore circa l'atteggiarsi della giurisprudenza nei riguardi del gruppo: finché veniva invocato come fattore di non punibilità nelle fattispecie penali, questa ne disconosceva ogni valenza giuridica sottolineando l'autonomia di ogni singola società e la rilevanza meramente economica del gruppo. Al contrario oggi l'interesse di gruppo sembra dalla stessa utilizzato come un comodo strumento per allargare la sfera della responsabilità "amministrativa", ritenendo pressoché all'improvviso non più significativa l'autonomia del singolo ente. Si tratterà dell'atteggiamento della giurisprudenza *infra*, tuttavia le osservazioni di Sgubbi sembrano piuttosto condivisibili, soprattutto a fronte di alcune delle ordinanze che verranno presentate.

⁹⁵ Da ultimo si veda sul tema S. GIOVANNINI, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, Milano, 2007, p. 152 ss.

⁹⁶ Sul tema si veda P. MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. Comm.*, 1995, p. 710; fondamentali anche i lavori del Convegno di Venezia, G. CARCANO – P. BALZARINI – G. MUCCIARELLI (a cura di), *I gruppi di società, Convegno internazionale di studi di Venezia*, Milano, 1996, in particolare i contributi di G. ROSSI, *Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo da risolvere*, p. 35, di G. COTTINO, *Divagazioni in tema di conflitto di interessi nei gruppi di società*, p. 1073, e F. D'ALESSANDRO, *Il dilemma del conflitto di interessi nei gruppi di società*, p. 1085. Infine in questa sede ci si limita a citare ancora N. ABRIANI – P. MONTALENTI – F. MUCCIARELLI – S. ROSSI – R. SACCHI, *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, in *Giur. Comm.*,

Secondo uno dei massimi studiosi del tema, la realizzazione dell'interesse di gruppo costituisce il risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento, cui mira la *holding*, il "beneficio che l'intero gruppo, e di riflesso, le singole controllate conseguono – o possono fondatamente, prevedere di conseguire – in virtù della strategia imprenditoriale perseguita dalla holding"⁹⁷. L'interesse collettivo è ritenuto *diverso* dall'interesse della capogruppo e delle altre consociate. Altra illustre dottrina, che concorda sulla necessità di tale distinzione teorizzando però un'impostazione del tema molto diversa da quella ora citata, ha espresso l'opinione che l'interesse di gruppo rappresenti "il punto di equilibrio, il centro di convergenza, l'asse di coordinamento tra l'interesse della controllante e l'interesse delle altre società del gruppo"⁹⁸. Secondo un'altra tesi, l'interesse di gruppo non sarebbe altro che uno dei modi di atteggiarsi dell'interesse del socio di maggioranza⁹⁹. Ancora, una corrente sostiene che la formula avrebbe solo una valenza descrittiva, e che non le sarebbe attribuibile alcuna rilevanza giuridica¹⁰⁰.

Già da questi pochi rimandi si può cogliere come il tema abbia originato impostazioni discordanti e sia carico di complessità. Mignoli tra i primi aveva sottolineato come la nozione di interesse sociale per le società di un gruppo dovesse essere rivista¹⁰¹. In ambito penalistico Pedrazzi nei suoi studi aveva messo in guardia dall'ambiguità del concetto: non si tratta di un *aliud* rispetto all'interesse sociale, anzi, l'interesse di gruppo si compenetra in esso, poiché il

2002, I, p. 613. In giurisprudenza si veda, tra i punti di partenza per la riflessione sul tema, Cass., sez. I, 26 febbraio 1990, n. 1439, Caltagirone, in *Giust. civ.*, 1990, p. 622 e Cass., sez. I, 8 maggio 1991, n. 5123, Accetti, *ivi*, 1992, p. 2509.

⁹⁷ F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto comm. e dir. pubbl. dell'economia* diretto da F. GALGANO, CEDAM, Padova, 2003, p. 182.

⁹⁸ P. MONTALENTI, *Conflitto di interesse*, *cit.*, p. 720. Nell'opera citata Montalenti notava come già allora l'interesse di gruppo fosse ormai sempre più spesso considerato non extra-sociale. Lo stesso Autore, in sede di commento della legge delega per la riforma del diritto societario, aveva rilevato come questa introducesse una nozione più ampia di interesse sociale, tale da ricomprendere anche l'interesse di gruppo, cfr. *Gruppi e conflitto di interessi nella legge delega per la riforma del diritto societario*, in ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Verso un nuovo diritto societario*, Bologna, 2002, p. 237. Critico il giudizio di Montalenti su alcune delle scelte fatte poi dal legislatore delegato in tema di direzione e coordinamento, cfr. *L'amministrazione sociale dal testo unico alla riforma del diritto societario*, in *Giur. Comm.*, 2003, p. 441. Sul nuovo assetto dei gruppi si veda da ultimo dello stesso Autore lo scritto *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 317.

⁹⁹ Così F. DI SABATO, *Concentrazioni e gruppi nel diritto interno* in *Giur. Comm.*, 1988, p. 543.

¹⁰⁰ Accenna a questa tesi L. BUTTARO, in G. CARCANO – P. BALZARINI – G. MUCCIARELLI (a cura di), *I gruppi di società*, *cit.*, p. 740.

¹⁰¹ A. MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, in *Contr. impr.*, 1986, p. 735.

gruppo genera “un’interessenza delle sorti comuni, una solidarietà egoisticamente radicata”¹⁰². Un’aprioristica valutazione dell’interesse di gruppo sarebbe fallace, poiché la logica che deve guidarne l’analisi dev’essere quella che valuta il singolo caso. In concreto, infatti, rilevava lo studioso, “*può profilarsi un obiettivo comune all’intero gruppo, compresa la consociata chiamata a sopportare un sacrificio; come può verificarsi che dietro l’interesse di gruppo si celi l’interesse esclusivo della capogruppo o di altra società privilegiata (che è poi l’interesse del relativo azionariato di comando)*”¹⁰³.

Sembra possibile affermare oggi, consentendo con l’orientamento sopra citato, che l’interesse di gruppo dev’essere tenuto distinto sia dall’interesse delle singole società controllate, sia soprattutto dall’interesse della capogruppo. In altri termini si tratta di un interesse complessivo, di tutto il gruppo appunto, e non può essere scambiato col solo interesse del vertice dello stesso, per quanto quest’ultimo assuma nel gruppo una posizione sovraordinata. Inoltre l’interesse collettivo non può limitarsi ad una mera sommatoria di interessi individuali, poiché “più che sintetizzare un’addizione, designa dunque una relazione di solidarietà tra interessi cui l’ordinamento collega una valutazione positiva e la correlativa tutela”¹⁰⁴.

Va valutato attentamente, e caso per caso, se l’azione realizzata nell’interesse di gruppo sia compatibile con l’interesse sociale dello specifico ente considerato, e occorre in particolare verificare che dietro lo *slogan* dell’interesse di gruppo non si celi invece il solo interesse della *holding* o dei suoi azionisti di comando, né il solo interesse di un’altra società privilegiata.

L’accertamento della liceità – ai fini sia penali che civili (pur con cadenze parzialmente diverse, si vedrà) – di un’azione compiuta nell’interesse del gruppo, in riferimento allo specifico interesse della singola società appartenente allo stesso, non può essere misurato sul solo momento temporale in cui l’azione

¹⁰² C. PEDRAZZI, *Dal diritto penale delle società al diritto penale dei gruppi: un difficile percorso*, in G. CARCANO – P. BALZARINI – G. MUCCIARELLI (a cura di), *I gruppi di società, Convegno internazionale di studi di Venezia*, cit., p. 1775, ora in C. PEDRAZZI, *Diritto penale, vol. III, Scritti di diritto penale dell’economia, Problemi generali - Diritto penale societario*, Milano, 2003, p. 828.

¹⁰³ C. PEDRAZZI, *op. cit.*, p. 829.

¹⁰⁴ Così N. SELVAGGI, *op. cit.*, p. 139, cui si rinvia anche per i riferimenti a P. CARNELUTTI e P.G. JAEGER.

avvenga. L'azione dev'essere invece considerata nella consapevolezza dell'ottica di lungo periodo che caratterizza l'agire del gruppo. Nella cornice di gruppo il singolo episodio si innesta "in una continuità e polivalenza di rapporti che rende fuorviante una considerazione isolata". Occorre adottare quindi "un'ampia angolatura", che tenga conto "delle ricadute di vario segno derivanti dall'inserimento nel gruppo"¹⁰⁵. Ciò che sembra inizialmente danneggiare una società può poi essere compensato ad esempio con specifici atti a ciò rivolti, oppure la stessa società potrebbe beneficiare altrimenti dell'appartenenza al gruppo, sì da veder riequilibrato lo svantaggio inizialmente patito.

Com'è noto, la formula attraverso la quale verificare la sussistenza di "vantaggi compensativi" atti a riparare il sacrificio originariamente sofferto è discussa, se da alcuni è proposta in modo elastico¹⁰⁶, da altri invece è teorizzata con meccanismi più rigidi¹⁰⁷. Neppure a livello normativo si riscontra un'uniformità di impostazioni al riguardo. Si allude naturalmente alle diverse formulazioni che caratterizzano la fattispecie penale di infedeltà patrimoniale di cui all'art. 2634 c.c.¹⁰⁸, introdotta nel 2002, e la responsabilità da esercizio di direzione e coordinamento di cui all'art. 2497 c.c.¹⁰⁹, così come delineata nel

¹⁰⁵ Le espressioni sono di C. PEDRAZZI, *op. cit.*, p. 826.

¹⁰⁶ Cfr. ad esempio P. MONTALENTI, *ult. op. cit.*, p. 731, che evidenzia come la politica di gruppo sia di medio e lungo termine, ciò fa sì che possa derivare un beneficio alla controllata anche in tempi diversi rispetto al momento dell'operazione, secondo un parametro non rigidamente proporzionale né necessariamente quantitativo.

¹⁰⁷ A titolo esemplificativo, richiede un indennizzo a favore della controllata P. SPADA, *L'amministrazione della società per azioni tra interesse sociale e interesse di gruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, p. 223. Ritiene che la capogruppo debba trasferire contrattualmente i vantaggi che aveva sottratto ad una consociata F. BONELLI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società*, in *Giur. comm.*, 1992, p. 219.

¹⁰⁸ C. BENUSSI, nello scritto *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale nei gruppi di società: limite scriminante o «esegetico»?*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. DOLCINI e C.E. PALIERO, III, Milano, 2006, p. 2182 ss., in particolare nota n. 55, ritiene che la norma costituisca la prima volta in cui si dà giuridica rilevanza all'interesse di gruppo quale interesse per il conseguimento del quale la società controllata o dipendente può agire e concretamente agisce. L'interesse di gruppo viene fatto cioè rientrare fra gli interessi sociali che è possibile perseguire quando le imprese societarie sono organizzate in forma aggregata. Per una sintesi dell'evoluzione dal vecchio art. 2631 c.c. all'attuale 2634 c.c. cfr. C. MARINI, *Dal conflitto d'interessi all'infedeltà patrimoniale*, in *Diritto penale commerciale, dispensa per gli studenti del corso di laurea in giurisprudenza*, Milano, Egea, 2006, p. 203.

¹⁰⁹ Cfr. tra gli altri sulla nuova disciplina V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 1229.

2003¹¹⁰. Dubbio è il referente temporale che deve essere considerato per valutare il risultato complessivo della direzione unitaria nelle due ipotesi. Ma non sembra questa la sede per approfondire tale complessa questione e ripercorrere le diverse posizioni dottrinali sul punto. Basti qui rilevare come l'interesse collettivo si differenzi dall'interesse delle singole componenti del gruppo. Sulla base di questo assunto, si svolgeranno nel prosieguo della trattazione alcune riflessioni relative al rapporto di questo particolare concetto con il criterio di imputazione oggettivo di cui all'art. 5 d. lgs. 231/2001. Non si intende certo disconoscere l'importanza del dibattito sui temi poc'anzi citati. Si ritiene tuttavia che ai fini del presente lavoro ciò che maggiormente importi sia ricordare come l'interesse di gruppo continui ad essere un concetto sfuggente e carico di ambiguità, e come l'accertamento del parametro di ascrizione della responsabilità - *l'interesse ex art. 5* – per la società appartenente ad un gruppo non possa accontentarsi di un illecito realizzato nell'interesse *del gruppo*.

Tentando di impostare comunque un'analisi dei rapporti tra questa ambigua nozione ed il parametro d'imputazione oggettivo della responsabilità da reato, un primo rilievo di ordine strettamente letterale sembrerebbe escludere l'eventualità che l'interesse *ex art. 5* abbracci anche l'interesse collettivo. Difatti il co. 1 della norma si apre affermando che *l'ente* è responsabile per i reati commessi nel *suo* interesse o *a suo* vantaggio. E' evidente che gli aggettivi possessivi si riferiscono all'ente e, dal momento che si è escluso nel capitolo precedente che il gruppo, globalmente considerato,

¹¹⁰ Se l'art. 2634 c.c. al co. 3 stabilisce che "In ogni caso non è ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo, se compensato da vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo", l'art. 2497 c.c. nel secondo periodo del co. 1 afferma che non vi è responsabilità "quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette". La diversità delle due formule potrebbe spiegarsi con l'osservazione che al diritto penale compete sempre un ruolo di estrema ratio, e che quindi opportunamente l'illecito civile sembra avere una sfera più ampia di quello penale, giacché questo interviene soltanto dove a compensazione del profitto non sia configurabile nemmeno un vantaggio futuro anche soltanto ragionevolmente prevedibile, cfr. P. MONTALENTI, *Gruppi e conflitto di interessi nella legge delega per la riforma del diritto societario*, cit., p. 242. Cfr. al riguardo anche V. NAPOLEONI, *Geometrie parallele e bagliori corruschi del diritto penale dei gruppi (bancarotta infragruppo, infedeltà patrimoniale e «vantaggi compensativi»)*, in *Cass. Pen.*, 2005, p. 3803. Per alcune riflessioni sul tema dei gruppi nel penale societario prima della riforma dei reati societari si veda tra gli altri G.P. ACCINNI, *Profili penali del conflitto d'interessi nei gruppi di società*, in *Riv. soc.*, 1991, p. 1010. Sull'infedeltà patrimoniale in rapporto ai gruppi societari si veda in particolare M. MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio*, cit., Napoli, 2006.

possa essere considerato un *ente* soggetto alla disciplina del decreto, non si vede come l'interesse di gruppo possa rientrare nelle categorie dell'art. 5.

Inoltre l'interesse di gruppo si riferisce – di per sé ed in modo immediato – ad una realtà sovraindividuale e complessa, che mal si concilia con l'individualità del singolo soggetto societario, che è quella che il legislatore delegato aveva in mente nel redigere il decreto¹¹¹.

E' certo vero che l'interesse di gruppo ha trovato via via sempre più numerosi riconoscimenti nella legislazione, nella dottrina e nella giurisprudenza. Non per questo sembra possibile affermare che ogni volta in cui ricorra il termine "interesse" in un qualunque contesto legislativo questo includa ineluttabilmente anche l'interesse di gruppo¹¹². La lettera della norma non sembra lasciare spazio ad una sua inclusione nell'*interesse*. Il dato normativo, in altri termini, dovrebbe essere allargato fino a ricomprendere un significato che non pare ad esso proprio, confliggendo così con il principio di legalità di cui all'art. 2 d. lgs. 231/2001.

Dunque la persona fisica deve agire nell'interesse, sembrerebbe, della società nella quale è (a vario titolo) inserita. Il fatto che agisca, in ipotesi, nell'interesse del gruppo cui la sua società appartiene, non sembra sufficiente – di per sé – a riconoscere una responsabilità da reato del gruppo - che, come si è visto, non è in sé soggetto alle disposizioni del decreto -, né a riconoscere automaticamente una responsabilità della singola società considerata. L'interesse, si ribadisce, dev'essere *dell'ente*¹¹³, del singolo ente nel quale la persona fisica opera.

Ciò posto, si può rilevare, come è stato notato in dottrina, che spesso l'interesse di una società controllata potrà essere al contempo anche interesse della sua controllante¹¹⁴, e vice versa. O che l'interesse di una società del gruppo potrà rappresentare altresì – in particolari circostanze – l'interesse dell'intero gruppo, basti pensare ad esempio a corrottele riguardanti grossi

¹¹¹ Sottolinea come il legislatore mostri di concepire l'interesse come un dato di raccordo con la singola società o associazione, ancorché priva di personalità giuridica, e non con il gruppo di società, M. MASUCCI, *op. cit.*, p. 442.

¹¹² Si vedrà a breve la diversa concezione adottata dalla giurisprudenza milanese.

¹¹³ Cfr. F. SANTI, *op. cit.*, p. 201, sottolinea che sia l'autore del reato, sia l'interesse (o vantaggio) perseguito con esso devono essere dell'ente.

¹¹⁴ C. PECORELLA, *op. cit.*, pp. 83 – 84.

appalti che, se vinti da una delle società, potrebbero andare a beneficiare con essa in ultima analisi, se non altro per il conseguimento di una maggiore forza e visibilità sul mercato, anche il gruppo nel suo complesso. E' soltanto in senso lato, dunque, che è possibile affermare che anche l'interesse di gruppo rileva nel campo dell'art. 5 d. lgs. 231/2001¹¹⁵.

Per la sua "superindividualità" l'interesse di gruppo, si ribadisce, non si può ritenere di per sé contenuto nell'*interesse ex art. 5*; esso va di volta in volta "tradotto", calato sul singolo ente preso in considerazione.

Piuttosto che ragionare sulla definizione del concetto di interesse di gruppo e smarrirsi nelle difficoltà di delinearlo precisamente, si potrebbe tentare un'altra strada. E' l'interesse sociale del singolo ente parte di un gruppo ad atteggiarsi diversamente per il suo non essere "isola". L'interesse di gruppo non può dirsi ad esso estraneo¹¹⁶. Si potrebbe allora cercare di ricostruire la nozione di interesse di ente "raggruppato". Ma questo non risolverebbe certo i problemi, perché delimitare i confini precisi dell'interesse sociale della società raggruppata è evidentemente quanto mai arduo. Se si può affermare che oggi interesse sociale e interesse di gruppo non necessariamente confliggono, come si poteva ritenere in passato, ed anzi spesso si intersecano, questo non dice molto sul concreto articolarsi del primo e sul grado di possibile dilatazione che esso può subire in funzione del gruppo¹¹⁷.

Si rifletta ora sulla funzione svolta dagli artt. 2497 e 2634 c.c. In ambiti differenti questi contribuiscono a verificare se particolari azioni siano rispettose dell'interesse sociale, adottando tuttavia ottiche molto diverse quanto alla verifica dei vantaggi compensativi. In estrema sintesi, se da una parte ci si concentra sulla mancanza del danno, dall'altra si riflette invece sulla non ingiustizia del profitto; se il diritto civile sembra richiedere un parametro di

¹¹⁵ Non si dimentichi inoltre che il gruppo può presentarsi in molte forme, non solo in quella "verticale" e quindi a maggior ragione conclusioni affrettate sul tema e applicate in modo automatico in ogni situazione di "gruppo" vanno scongiurate, cfr. al riguardo L. PISTORELLI, *op. cit.*

¹¹⁶ Cfr. in questo senso C. BENUSSI, *op. cit.*, p. 2190, il quale afferma che non siamo in presenza di un interesse estraneo all'interesse sociale, ma di un interesse che, formalmente «terzo», viene ricondotto a quello sociale per effetto di una logica compensativa che tiene conto dei rapporti infragruppo, dei vantaggi assicurati dall'appartenenza al gruppo e delle compensazioni anche indirette idonee a compensare i sacrifici subiti.

¹¹⁷ Cfr. sul tema il già citato e recente lavoro di S. GIOVANNINI, *ibidem*.

certezza, quello penale si accontenta di una fondata prevedibilità (circostanza che suscita dubbi di indeterminatezza della fattispecie¹¹⁸); se in un campo il punto di partenza è l'esercizio di attività di direzione e coordinamento, nell'altro si parla indifferentemente di appartenenza al gruppo o di collegamento. Da una parte il danno deve essere integralmente eliminato, dall'altra il profitto deve essere compensato. Nella fattispecie civile presupposto è la violazione dei principi di "corretta gestione societaria e imprenditoriale" nell'esercizio della direzione unitaria, in quella penale è il conflitto di interessi. Certo si potrebbe tentare di interpretare le due diverse logiche cercando di avvicinarle e di trovare un punto di vista comune omogeneo. Ma la diversità delle due norme non sembra potersi disconoscere.

Ci si può poi chiedere se le due norme valgano solo nel loro specifico ambito o se siano suscettibili di un'estensione ad altri campi dell'ordinamento. In particolare, se il caso fosse questo secondo, ci si dovrebbe domandare quale delle due impostazioni andrebbe applicata all'area penale-amministrativa di cui alla responsabilità degli enti ex d. lgs. 231/2001.

Ma ancor prima ci si dovrebbe interrogare sullo scopo che si intende realmente perseguire nel valutare l'eventuale esportabilità della logica dei vantaggi compensativi all'area della responsabilità degli enti. Occorre comprendere bene in quale direzione muove la considerazione del gruppo nel campo del d. lgs. 231/2001, se per fondare una maggiore severità e dunque in ottica sfavorevole alle società "ree", o se invece come elemento da utilizzare in favore delle potenziali responsabili. Il fenomeno di gruppo si potrebbe infatti prestare ad entrambe le vie, data la divergenza di orientamenti sul suo conto.

Una lettura sfavorevole alle società potrebbe comportare la conclusione che il reato apparentemente *contro* l'ente, se guardato attraverso la lente dei vantaggi compensativi, tale non è, ché anzi ci sono i presupposti oggettivi per ascrivere ad esso la responsabilità. Il ragionamento non sembra tuttavia percorribile, se il reato pare andare contro l'ente o comunque non sembra – oggettivamente – interessarlo in alcun modo, allora non si ritrovano gli indici

¹¹⁸ Cfr. in tal senso R. ACQUAROLI, *Alcune osservazioni sul reato di infedeltà patrimoniale alla luce del nuovo diritto societario*, in C. PIERGALLINI (a cura di), *La riforma dei reati societari, Atti del seminario. Macerata, 21 marzo 2003*, Milano, 2004, p. 183.

che testimoniano quell'interesse di tipo obiettivo che si ritiene disciplinato all'art. 5.

Al contrario, qualora si volesse utilizzare la logica dei vantaggi compensativi in ottica favorevole alle società, si potrebbe valorizzare il sacrificio penalmente illecito momentaneo imposto dalla capogruppo alla controllata, prescindendo da una considerazione globale ed *ex post* del risultato della direzione unitaria, e vanificare così la possibilità di riconoscerne la responsabilità poiché danneggiata dal reato.

L'opinabilità dell'interpretazione della questione sembra poter comportare enormi problemi di inintelligibilità della fattispecie "illecito amministrativo da reato" e di arbitrarietà giudiziaria. E prima ancora, non vi sarebbero indici certi a favore della formula di cui all'art. 2634 c.c. oppure di quella di cui all'art. 2497 c.c. Se da un lato quella del reato societario potrebbe sembrare più opportuna per un campo punitivo come quello del d. lgs. 231/2001, quella di cui all'art. 2497 c.c., contribuendo a delineare elementi peculiari della fattispecie gruppo, potrebbe sembrare vestita di un'autorevolezza maggiore. Si potrebbe tentare un coordinamento delle due impostazioni ma non sembra possibile oscurare la loro grande diversità¹¹⁹.

Si dovrebbe poi riflettere sul fatto che la formula dei vantaggi compensativi svolge normalmente il compito di discernere tra un'azione lecita ed una illecita, quando invece per parlare di responsabilità degli enti occorre necessariamente un fatto penalmente illecito¹²⁰. Il contrasto sembra stridente. Occorrerebbe in effetti applicare la teoria – in quale delle sue formulazioni resta questione dubbia – per valutare se il reato, contrariamente a quanto possa apparire ad un primo sguardo, poteva dirsi realizzato nell'interesse sociale.

In ogni caso è indubbio che le disposizioni di cui al co. 3 dell'art. 2634 e di cui al co. 1, ultimo periodo, dell'art. 2497 c.c., costituiscono clausole di esenzione della responsabilità (tralasciando qui l'annoso problema dell'esatta

¹¹⁹ Sul rapporto tra disciplina penale e civile si veda C. BENUSSI, *op. cit.*, p. 2200.

¹²⁰ O un illecito amministrativo, in base al controverso sottosistema introdotto con la legislazione in tema di *market abuse*.

configurazione giuridica della clausola penale¹²¹), mentre invece l'interesse di gruppo è sembrato sinora rilevare nella prassi soprattutto *in malam partem*, in funzione praticamente opposta a quella esentativa da responsabilità delle norme citate. Infatti, il concetto è stato usato a tutt'oggi dalla prima giurisprudenza sul decreto – come si analizzerà più in dettaglio fra breve – allo scopo di estendere la responsabilità gravemente affittiva introdotta nel 2001.

Di fronte a queste apparenti incongruenze sembra opportuno svolgere una breve digressione. Al di là della tesi che ognuno senta di prediligere circa l'esatta definizione del concetto di interesse sociale, si può affermare che questo si pone necessariamente nei binari della liceità: *la legalità dell'agire d'impresa è co-elemento essenziale dell'interesse sociale*¹²². Quest'ultimo segna un limite all'operato degli amministratori; per quanto si possa discutere della sua precisa configurazione, lecite devono essere le modalità di conseguirlo.

Ciò potrebbe sembrare in contrasto col fatto che il presupposto della responsabilità dell'ente sia la commissione di un reato nel suo interesse, dunque una condotta illecita, ma al contempo volta al beneficio della società. Secondo una tesi¹²³, questo non deve trarre in inganno: l'interesse-vantaggio dell'ente è neutrale rispetto all'eventuale illiceità degli atti strumentali alla realizzazione dell'interesse della società. Occorrerebbe distinguere – al di là dei profili di illiceità – tra atti rientranti nell'oggetto sociale ed atti che esulano dallo stesso. Se un certo atto – ad esempio la stipulazione di un contratto di appalto – rientra nell'oggetto sociale dell'ente, allora, ai fini del d. lgs. 231/2001, poco importa che il modo di realizzare tale scopo, e quindi gli atti strumentali posti in essere al fine di perseguire l'oggetto sociale, siano penalmente illeciti. Diverso sarebbe se l'atto non rientrasse nemmeno nell'ambito dell'oggetto sociale.

Sempre secondo questa dottrina, non sarebbe contraddittorio assumere da un lato che il comportamento delittuoso non appartiene all'oggetto sociale,

¹²¹ Cfr. al riguardo tra gli altri E. VENAFRO, *Commento all'art. 2634 c.c.*, in *Legisl. Pen.*, 2003, p. 517; F. GIUNTA, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, seconda edizione, Torino, 2004, p. 293; R. ACQUAROLI, *op. cit.*, p. 187.

¹²² P. SFAMENI, *cit.*, p. 164. L'Autore rileva come pacificamente nel nostro ordinamento la massimizzazione del valore per gli azionisti o dell'interesse sociale non possa legittimamente transitare da un'analisi dei costi e dei benefici conseguenti alla violazione di regole e norme.

¹²³ P. SFAMENI, *Responsabilità da reato degli enti*, *cit.*, p. 165, nota n. 21.

dall'altro prevedere che la responsabilità *ex d. lgs. 231/2001* si fonda sull'agire delittuoso nell'interesse della società stessa.

Se non si intendesse ragionare in questi termini, si potrebbe invece sostenere¹²⁴ che l'interesse dell'ente di cui all'art. 5 è cosa del tutto differente dall'interesse "civilistico" di cui agli artt. 2373 e 2441 c.c.¹²⁵.

¹²⁴ L'alternativa è suggerita dallo stesso P. SFAMENI, *ibidem*.

¹²⁵ Il tema è particolarmente complesso e rischia di esulare dallo scopo di questa trattazione. Si può dire in proposito come si debba innanzitutto tenere distinti *oggetto sociale* e *interesse sociale*. Se definire quest'ultimo non è certo immediato, ed occorrerebbe aderire ad una particolare visione, forse meglio ad una particolare *filosofia* della società, la definizione del primo è più semplice. Si tratta – è noto – del tipo di attività economica che la società si propone di svolgere e che descrive nel proprio atto costitutivo. I concetti non sono certo identici. Si potrebbe affermare che entrambi devono essere necessariamente leciti. Per quanto riguarda l'oggetto sociale, se fosse illecito il contratto di società sarebbe nullo. Ma per quanto riguarda l'interesse sociale non è forse così immediato affermare – quanto meno ai fini del ragionamento penalistico – che esso deve essere necessariamente realizzato attraverso atti leciti. Tornano alla mente, infatti, alcune pronunce rese dalla Cassazione in tema di distrazione di fondi da parte di amministratori sociali a fini illeciti, ad esempio allo scopo di pagare tangenti ad un pubblico ufficiale e permettere così alla società gestita di aggiudicarsi un appalto. L'ipotesi sembrerebbe oggi paradigmatica del caso tipo in cui opera la responsabilità amministrativa degli enti. L'orientamento cui si fa cenno è quello, ad esempio, della vicenda Cusani. Nell'ambito delle complesse vicende inerenti la gestione di Montedison, che in questa sede è impossibile ripercorrere, occorre verificare se potesse definirsi appropriazione indebita il comportamento tenuto dal finanziere in concorso con alcuni amministratori, il giudizio di legittimità affermò in proposito che: "Il versamento su un conto ufficialmente non riconducibile alla società, operato da una parte soltanto del consiglio di amministrazione, di una somma di denaro facente parte di una riserva finanziaria occulta della società stessa, non può essere di per sé considerato idoneo atto di interversione del titolo del possesso, ove sia rigorosamente provato che la gestione dei fondi è stata comunque finalizzata al perseguimento degli scopi sociali, e ciò per la mancanza della necessaria negazione dei diritti del proprietario. L'elargizione a titolo gratuito di una somma di denaro di pertinenza di una società, da parte di chi abbia il possesso della somma stessa, volta al perseguimento anche con mezzi illeciti dell'interesse sociale, non può essere qualificata come distrattiva, e tanto meno come appropriativa, pur se compiuta in violazione delle norme organizzative societarie" (Cass., sez. V, 21 gennaio 1998, Cusani, in *Foro it.*, 1998, II, 517, n. P. LA SPINA e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 301 n. C. PEDRAZZI). Si può certo discutere della correttezza di tale orientamento, ed in questa sede non è possibile ripercorrere l'enorme dibattito sul tema e la trama delle pronunce rese in senso contrario a questa (cfr. ad esempio Cass., sez. II, 4 aprile 1997, Bussei, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, 1435, n. C. PEDRAZZI, *Sui limiti dell'«appropriazione»*). La sentenza affermò: "Il termine *appropriarsi* non significa soltanto *annettere al proprio patrimonio il denaro o la cosa mobile altrui bensì anche disporne, arbitrariamente, uti dominus sotto qualsiasi forma, sicché l'uso arbitrario dell'uno o dell'altra - dal quale derivi per il proprietario l'irreversibile perdita dell'uno o dell'altra - va equiparata all'appropriazione in senso stretto; pertanto, sussiste il delitto di appropriazione indebita nel fatto dell'amministratore di società che costituendo riserve di denaro extrabilancio, con gestione occulta, le distrae in favore di terzi per finalità illecite ed estranee all'oggetto sociale e alle finalità aziendali, così procurando agli stessi un ingiusto profitto". Si noti peraltro come prima della pronuncia di legittimità in primo grado il Tribunale di Reggio Emilia aveva affermato che "Nessun elemento di ingiustizia il Bussei aveva realizzato, nemmeno quando aveva dato denaro a pubblici ufficiali", atteso che "pagare per ottenere appalti, soddisfare il concussore" si configuravano non come atti estranei all'oggetto sociale bensì come "spese promozionali, volte ad incrementare il volume degli affari" o come modi (nel caso dei pagamenti al concussore) per evitare alla società mali maggiori – onde, conclusivamente, all'imputato Bussei "nessuna lesione del patrimonio sociale poteva*

Si noti inoltre che l'ente preso di mira dal d. lgs. 231/2001 non è tanto quello intrinsecamente illecito¹²⁶ (almeno non in prima battuta, contro quest'ultimo varrà infatti la sanzione prevista all'art. 16 ult. co.), quanto quello lecito al cui interno si verificano dei comportamenti devianti.

L'identità terminologica del criterio d'imputazione oggettivo e del fine sociale non deve trarre in inganno. L'uso dello stesso vocabolo certo non indica necessariamente un'identità di nozioni. Anzi, ciò che sembra ineluttabilmente emergere è la disuguaglianza delle nozioni di interesse sociale e di interesse inteso come parametro di ascrizione della responsabilità da reato. Non si trascuri inoltre che se invece si ritenesse quest'ultimo sinonimo di interesse sociale, si legherebbe l'attribuzione di una responsabilità fortemente afflittiva ad un parametro quanto mai ambiguo, riguardo al quale si registrano posizioni molto differenziate in dottrina, ed in ultima analisi alla discrezionalità giurisprudenziale. Si noti per inciso come sarebbe vieppiù difficile conciliare la responsabilità da reato commesso nell'interesse della società con la circostanza che alcuni dei reati presupposto richiamati dall'art. 25-ter sono strutturati come fattispecie di danno, che richiedono in particolare il verificarsi di un danno patrimoniale alla stessa società¹²⁷.

Si tratta di sintagmi notevolmente difformi. Uno si riferisce al generale fine dell'esistenza stessa della società, sia che lo si voglia intendere come massimizzazione della redditività, sia che lo si intenda sotto altre sfumature,

addebitarsi, che anzi egli lo aveva tutelato e probabilmente incrementato". Escluse l'appropriazione indebita ma con motivazioni in parte diverse alla sentenza del caso Cusani citata nel testo Cass., sez. II, 23 giugno 1989, Bernabei, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 266, n. V. MILITELLO, *Gli abusi del patrimonio sociale di società controllate e le relazioni fra appropriazione e distrazione*, p. 275). Tuttavia ciò che qui preme sottolineare è che indubbiamente – seppure nel tema, del tutto peculiare, della valutazione della condotta distrattiva degli amministratori di società ai fini penali (e in particolare al fine di accertarne l'ascrivibilità alla fattispecie di cui all'art. 646 c.p.) – si è giunti in passato a ritenere compatibile con l'interesse sociale una condotta penalmente illecita, come quella volta a deviare fondi dell'ente per realizzare corrottele potenzialmente molto vantaggiose, distinguendo pare l'interesse sociale dalle modalità di conseguirlo. Questa pronuncia non sembra però in grado di mutare la generale visione dell'interesse sociale come qualcosa di lecito, e non come un concetto in grado di giustificare qualunque condotta purché vantaggiosa. In conclusione i rapporti tra interesse sociale e interesse ex art. 5, che pure sono nozioni del tutto diverse, risultano non sempre facilmente demarcabili, o meglio sembrano sussistere alcune aree di significato comuni ad entrambe, che rendono disagevole una netta distinzione.

¹²⁶ Nota N. SELVAGGI, *op. cit.*, p. 139, come nel caso dell'impresa intrinsecamente criminosa vi sia piena corrispondenza tra crimine e attività sociale e dunque in questo particolare caso si può ritenere che intercorra un rapporto di strumentalità tra il reato e l'interesse collettivo.

¹²⁷ L'osservazione è di N. SELVAGGI, *op. cit.*, p. 150.

l'altro invece è un concetto diverso, istantaneo e concreto, è l'interesse che una specifica operazione in un dato momento storico riveste in via diretta per la società. Il primo è un fine che pervade e caratterizza tutta la vita della società, mentre il secondo svolge la funzione di indagare l'attribuibilità della responsabilità "amministrativa" per un atto contingente, in base al beneficio tradibile dalla società e oggettivamente ricollegabile all'illecito.

Né tutte le speculazioni proponibili sui rapporti tra interesse sociale e interesse di gruppo possono di conseguenza ripetersi perfettamente in relazione al criterio di imputazione oggettivo di cui all'art. 5. Si tratta di impostazioni logiche solo parzialmente coincidenti¹²⁸. I due concetti possono avere una sfera comune ma certo non si identificano.

Se l'interesse dell'art. 5 è dunque cosa diversa dall'interesse sociale, il filtro dei vantaggi compensativi, che serve certo a verificare il rispetto del secondo, non è in grado di per sé di verificare la sussistenza del primo. Interesse quale criterio di imputazione oggettivo di una responsabilità afflittiva all'ente e interesse sociale, visto in chiave istituzionalista, contrattualista¹²⁹, neoistituzionalista o da qualunque altra angolatura lo si voglia interpretare, sono concetti non coincidenti, sicché il rispetto di uno non implica necessariamente la concreta verificabilità dell'altro. Inoltre l'interesse di cui all'art. 5 ha sempre una connotazione in certo senso "negativa", perché si riferisce a un reato, e deve trattarsi di un reato scaturito dall'organizzazione, che abbia con essa un certo legame, e che non ricada su di essa, imprevisto e non voluto, in modo meramente oggettivo.

Ciò che deve realmente guidare l'interprete è la concentrazione sul singolo ente preso in esame. Il reato può intendersi commesso oggettivamente nel suo interesse, almeno parziale? E' l'accento sulla specifica società, unito

¹²⁸ Ritiene che l'interesse di cui all'art. 5 debba essere colto in modo non del tutto corrispondente a quello che normalmente identifica il suo significato privatistico, almeno non nel suo senso tradizionale di interesse dei soci alla divisione degli utili o più ingenerale di interesse dei membri alla realizzazione degli scopi collettivi, N. SELVAGGI, *op. cit.*, p. 151.

¹²⁹ Sulle diverse filosofie, sul loro valore storico, e sull'assenza oggi di modelli puri totalmente in un senso o nell'altro, si veda N. SELVAGGI, *op. cit.*, p. 140 ss. di particolare interesse le notazioni dell'Autore sulle coloriture pubblicistiche che venano il tratto prevalentemente contrattualista dell'ordinamento italiano. Tra queste venature, oltre all'art. 2409 c.c., include anche lo stesso d. lgs. 231/2001, che con il suo accento sull'organizzazione e sul suo ruolo di prevenzione sembra espressione del fatto che la cogestione dell'interesse alla legalità sia affidato anche alle società, cfr. p. 148.

all'interpretazione obiettiva che si è inteso dare dell'interesse in questo lavoro, che deve orientare la risposta a questa domanda. In questo senso non è determinante tanto l'appartenenza o meno al gruppo, quanto in genere il grado di importanza che riveste il legame – di gruppo, ma anche di altro genere – tra gli enti considerati. Che si tratti formalmente di una *joint venture*, di un contratto di fornitura, di un'imminente fusione, oppure di un rapporto di collegamento, di controllo, o ancora dell'effettivo esercizio dell'attività di direzione unitaria, l'importante è che questo (co)interessamento che deriva dal particolare legame che congiunge due soggetti emerga in modo oggettivo, con una certa evidenza, e renda il reato commesso nell'interesse di uno obiettivamente volto anche all'interesse dell'altro¹³⁰. Se invece occorrono molti e complessi calcoli per capire se un'operazione possa infine essere o meno nell'interesse di uno dei poli di questi "legami", oppure ancora se occorre indagare sul dolo o sui motivi a delinquere del reo, pena lo stallo, probabilmente non siamo in presenza di quell'interesse che in modo schietto lega l'illecito penale all'ente. Qualora l'interesse perseguito attraverso un'azione risulti molto dubbio probabilmente non ci saranno i presupposti per ritenere questa azione obiettivamente compiuta nell'interesse della società ex art. 5, secondo la lettura di questo che si è accolta in questo lavoro.

Non è determinante la presenza di un interesse di gruppo, quanto l'attenzione a come l'interesse di una singola società possa assumere conformazioni diverse a seconda del suo modo di operare sul mercato, se in forma del tutto isolata, o se invece legata – nel modo più disparato – ad altri enti. Se questo legame è significativo tanto da modificare lo spettro delle scelte imprenditoriali del singolo ente, allora probabilmente si potrà vedere verificato -

¹³⁰ Evidenzia come il rapporto di controllo non sia certo l'unico tipo di collegamento che causi una cointeressenza tra più enti T.E. EPIDENDIO, *Le misure cautelari e i gruppi di impresa: teoria e prassi applicativa dai casi concreti*, in *Resp. amm. società e enti*, 2006, n.2, p.123. Il magistrato invoca a proposito diverse altre situazioni: il fenomeno del socio dominante, gli *interlocking directorates*, il dominio occulto sugli enti, la *joint-venture*, particolari rapporti finanziari tra gli enti, accordi di licenza o di fornitura, le famiglie di impresa. In questi casi, nota lo stesso autore nel commento all'art. 5 d. lgs. 231/2001 in A. GIARDA – E.M. MANCUSO – G. SPANGHER – G. VARRASO (a cura di), *Responsabilità "penale" delle persone giuridiche*, Ipsoa, 2007, p. 51, il giudice dovrà verificare la presenza di "nessi o cointeressenze concrete tra enti che, per fondare l'interesse rilevante ai fini dell'integrazione dell'illecito, devono avere gli stessi caratteri che l'interesse ex art. 5 deve avere in generale, cioè oggettività, concretezza e attualità".

purché ad esito di un'analisi scrupolosa del singolo caso – il criterio di imputazione oggettiva anche laddove l'ente in prima battuta interessato dall'illecito sia un altro.

Significa ben poco – a parere di chi scrive – che il reato sia stato commesso nel nome dell'interesse collettivo del gruppo. Occorre invece verificare nel singolo caso¹³¹ che l'interesse perseguito dal reo fosse – seppure in via mediata e non diretta – quello della specifica società presa in esame. Questo accertamento deve essere svolto con un certo grado di concretezza, prescindendo cioè da fumose e del tutto ipotetiche ricadute future dell'azione realizzata nell'interesse immediato di un'altra consociata¹³². Certo la presenza di un legame di controllo tra la società diretta destinataria degli effetti della condotta penalmente illecita e altra società rende concretamente possibile un'ascrizione di responsabilità ad entrambe (sul presupposto – si badi – che l'autore del reato rivesta cariche formali, o anche di fatto, in ambedue). Il consolidamento delle posizioni economico-finanziarie delle due entità rende difatti del tutto ragionevole che quanto sia compiuto nell'interesse della controllata si rifletta poi anche sulla sua controllante. Meno immediato sembra il discorso nel caso di società legate da semplice rapporto di collegamento, occorrerebbero in quel caso indici particolarmente sicuri per poter estendere il parametro di imputazione oggettivo¹³³. Certamente sembra doversi prescindere

¹³¹ Sottolinea l'importanza di evitare di trarre conseguenze automatiche dalla sussistenza di un gruppo, per privilegiare invece un'attenta analisi caso per caso L. PISTORELLI, *op.cit.*

¹³² Si osservi, peraltro, che la Cassazione ha recentemente affermato, con riguardo alla fattispecie di cui all'art. 2634, co. 3 c.c., che i vantaggi compensativi devono essere “basati su elementi sicuri, pressoché certi e non meramente aleatori o costituenti una semplice aspettativa: deve trattarsi, quindi, di una previsione di sostanziale certezza” (così *Cass. pen.*, 7 ottobre 2003, n. 38110, in *Giur. Comm.*, 2004, II, p. 600, con nota di E. CODAZZI, *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale (dalla compensazione “virtuale” alla compensazione “reale”): alcune riflessioni alla luce della riforma del diritto societario*).

¹³³ E' possibile valorizzare in tal senso una recente sentenza della Cassazione civile, sez. I, la n. 26325 dell'11 dicembre 2006 - pubblicata in *Le società*, 2007, n. 11, p. 1362, con nota di M.M. GAETA, p. 1364 - che ha affermato: “L'atto compiuto dagli amministratori in nome della società è estraneo all'oggetto sociale se non è idoneo in concreto a soddisfare un interesse economico, sia pure mediato e indiretto, ma giuridicamente rilevante della società. Sebbene l'appartenenza al medesimo gruppo societario consenta, in linea di principio, di riconoscere connessioni rilevanti tra gli interessi, formalmente distinti, dei vari soggetti giuridici che compongono il gruppo (sì da giustificare attività dirette al perseguimento di un interesse che esula da quello proprio e specifico delle singole società, inteso in senso stretto, ma vi è ricompreso in senso mediato), tuttavia la mera ipotesi della sussistenza di vantaggi compensativi non è sufficiente al fine di affermare la legittimità dell'atto sul piano dei limiti imposti dall'oggetto sociale, ma l'amministratore ha l'onere di allegare e provare gli ipotizzati

– a meno che non si rinvenivano prove concrete in tal senso – dalla corresponsabilizzazione di altre consociate oltre alla capogruppo e alla controllata “sede” del reato: la mera appartenenza al medesimo gruppo non sembra sufficiente a fondare l’ascrizione sul piano oggettivo della responsabilità da reato.

Non si dimentichi inoltre che il legame reo – ente e l’interesse non sono gli unici parametri su cui si fonda il rimprovero dell’ente. E’ il legame con l’organizzazione che deve essere valorizzato e che spesso condurrà ad escludere la responsabilità. Nei capitoli successivi si discuterà meglio del ruolo dell’organizzazione rispetto alla commissione del reato – se vero e proprio elemento causale, se elemento agevolativo, se mero incidente, ecc.

Nel presente lavoro si è sostenuto come il vantaggio di cui all’art. 5 d. lgs. 231/2001 non sia parametro autonomo e sufficiente, da solo, per imputare la responsabilità all’ente. Si è invece sostenuta la centralità del criterio dell’interesse, unico vero criterio di imputazione. Da questa impostazione discende come una semplice ricaduta obiettiva su di una consociata di un vantaggio dal reato realizzato nell’interesse di altra consociata non sia sufficiente a fondare la responsabilità da reato. Anche se l’interesse della prima non deve necessariamente essere entrato a far parte del disegno del reo, ciononostante deve essere riconoscibile un oggettivo interesse anche per la consociata non immediatamente interessata nella condotta illecita.

A conclusione di quanto sinora affermato si aggiunga che sembra esservi una decisa contrapposizione tra l’ottica temporale assunta dal decreto e quella

benefici indiretti, connessi al vantaggio complessivo del gruppo, e la loro idoneità a compensare efficacemente gli effetti immediati negativi dell’operazione compiuta”. Seppure si tratti di una sentenza civile, nondimeno l’accento sulla considerazione concreta del beneficio derivante dal gruppo sembra elemento da avvalorare anche ai fini dell’indagine sulla responsabilità penale e amministrativa. Nello stesso senso si veda la stessa sezione I della Cassazione, 24 agosto 2004 n. 16707, in *Le società*, 2005, n. 2, p. 164, con nota di G. CIAMPOLI, p. 168. In campo penale, la differente formula dell’infedeltà patrimoniale sembra essere interpretata in modo rigido dalle prime pronunce sul tema, con un’enfasi sulla fondatezza della prevedibilità dei vantaggi compensativi che sembra avvicinare il co. 3 alla formula di cui all’art. 2497 c.c.. La sezione V della Cassazione, nella sentenza del 23 giugno 2003, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, p. 885, n. M. MASUCCI, ha affermato – in tema di infedeltà patrimoniale – che non è sufficiente, ai fini della verifica dei vantaggi compensativi, la mera speranza o l’aspettativa di benefici futuri. La sentenza del 18 novembre 2004 n. 10688, sempre della V sezione, ha affermato che vantaggi prevedibilmente fondati sono quelli “basati su elementi sicuri e non aleatori o costituenti una semplice aspettativa”. La pronuncia è pubblicata in *Cass. pen.*, 2005, p. 3787.

inerente il gruppo societario. Il d. lgs. 231/2001, per la sua dipendenza dall'illecito penale, sembra legato al momento temporale dell'azione criminosa, ad uno specifico ed isolato segmento cronologico. La logica che concerne il gruppo e che consente di valutarne la politica è invece tipicamente di lungo periodo, poiché solo in un orizzonte temporale esteso possono operare compiutamente le eventuali stanze di compensazione tra le varie società del gruppo¹³⁴. Ciò sembra stridere con la circostanza che il decreto sembra contenere una visione oggettiva dell'interesse, come già più volte affermato, non sembra rilevare il concreto dipanarsi della rappresentazione e della volizione del reo in riferimento alle società toccate dalla propria condotta illecita (purché l'atteggiarsi del foro interno del reo in tal senso non faccia venir meno la configurabilità del reato presupposto). Ciò a meno che non si voglia ritenere che la formula dei vantaggi compensativi di cui all'art. 2634 c.c. non sia esportabile¹³⁵ a tutto l'ambito penale, o comunque punitivo, legittimando perciò una diversa considerazione anche in questa sede dell'operare dell'interesse nei gruppi, trascurando peraltro il probabile indice in senso contrario dato dall'assenza dell'infedeltà patrimoniale tra i reati presupposto. Sembra rilevare invece l'interesse che emerge in modo obiettivo dall'operato del reo. Dunque non sembra esserci molto spazio per valutazioni che considerino che l'azione – pur svantaggiosa per una consociata – sarebbe stata nondimeno oggetto nella mente del reo di un atto futuro diretto a compensarla (e quindi per un'applicazione *in malam partem* della teoria dei vantaggi compensativi). Si ricordi che in base all'art. 8 la responsabilità dell'ente può sussistere anche se il

¹³⁴ In campo molto diverso, in tema cioè di condotte distrattive di un amministratore infedele nell'ambito di un gruppo, E. GIOVANARDI, *Sull'impossibilità di estendere i vantaggi compensativi ai reati fallimentari*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1367, ha ad esempio notato "l'inconsistenza dell'interesse di gruppo è suffragata dalla considerazione che, assumendo particolare importanza nell'ottica penalistica il momento consumativo della condotta, questa si perfeziona nel momento stesso in cui viene compiuto l'atto distrattivo, essendo penalmente irrilevante che successivamente il patrimonio venga in tutto o in parte reintegrato, anche attraverso gli eventuali vantaggi compensativi derivanti dall'appartenenza ad un gruppo".

¹³⁵ Cfr. al riguardo G. LUNGHINI, *Responsabilità amministrativa degli enti: soggetti, interessi infragruppo e requisiti di idoneità e di attuazione dei modelli*, in *Corr. Merito*, 2005, n.1, p. 89. Sulla possibilità di esportare la teoria al territorio penalfallimentare cfr. V. NAPOLEONI, *op. cit.*, p. 3805 e le riflessioni sulla già citata sentenza della Cassazione del 18 marzo 2005, Giammarino, e su altre recenti pronunce in tema C. BENUSSI, *op. cit.*, p. 2187 ss.

reo non è stato individuato, dunque anche se è impossibile verificare quali fossero gli intenti perseguiti nel suo foro interno.

Si approfondirà ulteriormente il tema dell'interesse di gruppo più avanti, quando si affronterà l'esegesi di alcune prime pronunce giurisprudenziali che hanno toccato il tema del gruppo in rapporto al d. lgs. 231/2001.

Dalle riflessioni svolte – in questo e nel precedente capitolo – sugli articoli 1 e 5, sembra potersi confermare l'esclusione, cosa che in realtà era ragionevolmente prevedibile, di un'attribuzione di responsabilità al gruppo come soggetto distinto dalle sue componenti. Ricapitolando quanto sinora trattato, l'interesse di gruppo non trova spazio nella nozione di interesse abbracciata dall'art. 5, tranne nel caso in cui questo coincida con l'interesse del singolo ente (o comunque se il reato sia volto a realizzare anche questo), e l'entità (in senso atecnico) *gruppo* non rientra tra i soggetti collettivi cui si applicano le disposizioni del decreto in base all'art. 1, poiché non ha soggettività giuridica, né può essere accostato alle altre tipologie di enti considerate dallo stesso articolo.

Queste affermazioni non precludono tuttavia una possibile operatività della responsabilità amministrativa dipendente da reato nei gruppi. Di fatti, rispetto all'ipotesi che il gruppo sia di per sé suscettibile di rimprovero ex d. lgs. 231/2001, un'eventuale responsabilità (o corresponsabilità) di una società del gruppo per l'illecito amministrativo dipendente dal reato commesso in altra società del gruppo si pone su un piano di analisi diverso, che richiede una indagine separata.

3. Sull'eventualità che l'interesse di una società diretta e coordinata sia interpretato, rispetto alla capogruppo ed ai suoi agenti, come interesse esclusivo di terzi ex art. 5 co. 2 d. lgs. 231/2001

Si riprende ora brevemente l'articolo 1 del decreto per svolgere una puntualizzazione piuttosto ovvia: quando la norma parla di *società* non esclude certo che le società siano delle capogruppo o che siano sottoposte alla direzione o al coordinamento di un'altra società.

Fatta questa naturale premessa, si riprenda ora l'articolo 5: si è detto come la disposizione si riferisca all'interesse o al vantaggio dell'ente cui "appartiene" la persona fisica autrice del reato.

Si immagini ora che l'amministratore di una società capogruppo compia un reato nell'interesse di una società diretta e coordinata. Si è detto come l'ultimo comma dell'art. 5 neghi la responsabilità dell'ente quando la persona fisica ha agito nell'esclusivo interesse proprio o di terzi. Ci si deve domandare allora se l'interesse della società eterodiretta possa caratterizzarsi come un interesse esclusivo di terzi e quindi comportare l'esclusione della responsabilità della società che la dirige¹³⁶.

Per rispondere all'interrogativo sarà utile riferirsi ad uno dei primi casi che hanno visto l'applicazione del d. lgs. 231/2001, il caso riguardante il gruppo di società attive nel settore della vigilanza privata a Milano.

Prima di analizzare nel dettaglio la vicenda, è bene chiarire quanto segue: comprendere se l'interesse di una controllata può ritenersi interesse esclusivo di terzi serve a verificare se la società capogruppo possa essere ritenuta responsabile del reato commesso con questo orientamento finalistico da un soggetto appartenente ad essa. Profilo correlato, ma distinto, concerne invece un'eventuale responsabilità (o corresponsabilità) della controllata per il reato commesso da un soggetto ai vertici della capogruppo, ciò in particolare nel caso in cui si accolga l'interpretazione che vede questo soggetto, a determinate condizioni, come *di fatto* in posizione apicale anche nella controllata. In questo paragrafo ci si limiterà ad esaminare il primo di questi aspetti, riservando l'esame del secondo ad un momento successivo.

Partendo dunque dal primo profilo, è evidente come nessuna responsabilità potrebbe essere addossata alla capogruppo nel caso in cui si accedesse alla tesi che considera l'interesse della società da questa coordinata e diretta come *interesse esclusivo di terzi*, ai sensi dell'articolo 5 comma 2 del d. lgs. 231/2001.

Si è detto però come il contesto di gruppo muti spesso le logiche dell'agire individuale e le pieghi ad una prospettiva diversa, in cui la singola

¹³⁶ In senso affermativo F. SANTI, *op. cit.*, p. 202.

società si attende un beneficio derivante dall'agire quale parte di un complesso più ampio ed in cui i benefici economici di una componente si riflettono in molti casi sulle altre componenti o comunque su quell'entità che è il risultato della loro unione sotto una direzione unitaria. Dunque sarà ben possibile che il perseguimento dell'interesse di una parte del gruppo sia volto in fondo al raggiungimento di un obiettivo più ampio, che potrà essere quello di realizzare un interesse che è anche quello della capogruppo ad esempio, o che è addirittura l'interesse di tutto il gruppo.

Non sembra tuttavia che ciò debba accadere sempre ed inequivocabilmente. Sarà cioè ben possibile, ed anzi frequente, che perseguire l'interesse di una controllata faccia altresì l'interesse della capogruppo, ma non necessariamente questa situazione si verificherà nella totalità dei casi. Non si può escludere che l'amministratore di una società delinqua nell'interesse di un'altra non perché ciò realizzi al contempo l'interesse del proprio ente, ma per motivazioni esogene. Sembra nuovamente consigliabile, secondo chi scrive, un atteggiamento volto a considerare il singolo caso, nella sua concreta specificità, prima di concludere che l'interesse di una società è anche l'interesse di altra società del gruppo, o del gruppo intero stesso.

Si apre ora un piccolo *excursus* giurisprudenziale sul tema dell'interesse-avvantaggio, cominciando dal caso IVRI holding, che ha presentato un problema simile a quello appena visto.

3. 1 Il caso IVRI holding. La pronuncia del g.i.p.

Il caso ha interessato alcune società operanti nel campo della vigilanza privata: IVRI holding spa, COGEFI spa, VCM Vigilanza Città di Milano spa, IVRI Istituti Vigilanza Riunito d'Italia spa. In particolare IVRI holding e COGEFI risultavano controllare le società del gruppo IVRI¹³⁷.

Riassumendo molto sinteticamente i fatti, alcuni soggetti appartenenti a queste società, agendo in concorso tra loro, commettevano reati di corruzione e

¹³⁷ Dall'ordinanza del 20 settembre 2004 del Tribunale di Milano, citata alla nota n. 12, non si ricavano maggiori dettagli al riguardo. Vi si legge solo: "Il capitale sociale di Ivri Holding è così suddiviso: 40,5% Cogefi, 36,5% Difin s.r.l., 23% Antonella Zanè (cugina di Zanè Gian Pietro). Il capitale sociale di Cogefi s.p.a. è così suddiviso: 99% Zanè Gian Pietro, 1% Diana De Rosmini (moglie di Zanè Gian Pietro). IVRI Holding e Cogefi controllano le società del gruppo IVRI come emerge dai prospetti in atti".

truffa ai danni del Comune di Milano, pagando pubblici ufficiali affinché le associazioni temporanee costituite dalle loro società si aggiudicassero diversi appalti nel campo dei servizi di vigilanza e facendo figurare un dispiego maggiore di forze rispetto a quelle poi effettivamente utilizzate, in contrasto con quanto stipulato col Comune.

Tra gli autori del reato figurava tal Zanè Gian Pietro, presidente del consiglio di amministrazione nonché socio di IVRI holding ed al contempo amministratore unico e socio di COGEFI. Diverse delle società controllate da IVRI holding e COGEFI erano risultate vincitrici di svariate procedure ad evidenza pubblica.

Nell'ordinanza cautelare del 20 settembre 2004, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari di Milano, giudice Beatrice Secchi, al fine di verificare la sussistenza di tutti i presupposti per l'applicazione di una misura cautelare ex art. 45 d. lgs. 231/2001 a IVRI holding e COGEFI spa, è stata valutata la sussistenza dei requisiti di cui all'art. 5 commi 1 e 2.

Il g.i.p. ha inteso verificare se Zanè avesse agito nell'interesse delle società in cui rivestiva un ruolo apicale oppure invece nell'interesse esclusivo proprio o di terzi, chiedendosi se l'interesse delle controllate potesse così qualificarsi. A questo scopo il giudice ha aperto nell'ordinanza una lunga digressione sul gruppo societario, che sembra fare propria la tesi proposta da Galgano¹³⁸, autorevolissimo studioso della materia, le cui tesi non possono però dirsi unanimemente condivise.

L'*excursus* si apre con l'affermazione secondo la quale nel caso in cui un'impresa assuma notevoli dimensioni, essa può assumere la configurazione di una pluralità di società operanti sotto la direzione unificante di una società capogruppo o *holding*. Le diverse società possono svolgere ognuna una specifica fase del processo produttivo, oppure possono operare ognuna in una diversa zona geografica. Le azioni di queste società appartengono in tutto o in parte alla società cd. *holding*, che esercita su di esse un'attività di direzione e coordinamento, e che riconduce ad unità economica i diversi settori rappresentati dalle singole componenti del gruppo.

Questa scomposizione dell'impresa in più società può portare a separare tra loro le due fondamentali funzioni imprenditoriali: attività di direzione da un

¹³⁸ Sui gruppi dopo la riforma del 2003 si veda di F. GALGANO, *I gruppi nella riforma*, cit., p. 1015. Sulla peculiare concezione dell'Autore del gruppo come unica impresa cfr. *L'oggetto della holding è dunque, l'esercizio mediato e indiretto dell'impresa di gruppo*, in *Contr. Impr.*, 1990, p. 401, e prima ancora *Qual è l'oggetto della società holding?*, in *Contr. Impr.*, 1986, p. 47.

lato, attività di produzione o di scambio dall'altro. Si configura così – secondo il magistrato milanese - una *holding pura*, la quale non svolge alcuna attività di produzione o di scambio, ma si limita ad amministrare le proprie partecipazioni azionarie, cioè a dirigere le società del proprio gruppo (società operanti).

Da questa si distingue la *holding operativa*, che esercita, in forza della propria partecipazione di controllo, un'attività di direzione e coordinamento sulle controllate operative, ponendosi così a capo di un gruppo di società. La *holding* ha così una funzione imprenditoriale che consiste nella direzione strategica e finanziaria. La società *holding* esercita, in modo mediato, la medesima attività d'impresa che le controllate esercitano in modo immediato e diretto. Oggetto della *holding* è quindi l'esercizio indiretto di attività di impresa.

Svolta questa distinzione, l'ordinanza ha affermato come il concetto di *interesse di gruppo*, già riconosciuto dalla giurisprudenza della Cassazione, per cui la controllante che agisce in ausilio di altra società del gruppo non soddisfa un interesse altrui ma realizza un proprio interesse, abbia determinato l'inserimento nel codice civile delle norme su direzione e coordinamento.

Tutto ciò affermato, secondo il giudice le società IVRI holding e COGEFI hanno soddisfatto, attraverso le controllate, un proprio interesse. Sono state direttamente coinvolte nella gestione di queste ultime, e non si sono limitate alla mera gestione delle partecipazioni. Al contrario hanno attivamente partecipato alle scelte decisionali concernenti in particolare gli appalti.

Quindi per il g.i.p. milanese IVRI e COGEFI erano *holding operative* e non pure, ed esercitavano in modo mediato e indiretto la stessa attività imprenditoriale delle controllate. Da ciò deriva che l'interesse della controllata è anche – per questa interessenza delle società del gruppo – interesse della capogruppo operativa.

Sembra così che l'ordinanza sostenga non tanto, come farà invece il Tribunale del Riesame¹³⁹, che l'interesse di gruppo è di per sé *species* del *genus* "interesse" che compare all'art. 5 co. 1, quanto che semplicemente l'interesse di una controllata e quello della sua *holding* vengono a confondersi,

¹³⁹ Si veda al paragrafo successivo.

ad identificarsi, così che l'interesse dell'una è anche interesse dell'altra e che certo non si può affermare che si verifichi l'eventualità di cui all'art. 5 co. 2.

Per inciso, si è visto come il giudice abbia distinto *holding* pura e *holding* operativa, ed abbia affermato che nel caso di specie è il secondo fenomeno a venire in rilievo. Tuttavia non ha poi esplicitato (perché poi il tema della *holding* pura non viene più ripreso) se la distinzione porti con sé delle conseguenze in termini di ascrizione della responsabilità amministrativa dipendente da reato. Non è stato sviluppato cioè il tema, che pare però *in nuce* nella distinzione fatta dal g.i.p., riguardante il ruolo meno "attivo" svolto dalla *holding* pura, tale da comportarne un coinvolgimento ridotto nei fatti che interessano le controllate rispetto a quello che conosce invece una *holding* operativa. Sembra implicito nel ragionamento del giudice che se la *holding* del caso fosse stata pura, non si sarebbe potuto ipotizzare un'altrettanto forte implicazione della *holding* e dei suoi vertici nelle vicende delle controllate e che dunque in quel caso forse sarebbe stata ammissibile la tesi della terzietà delle controllate rispetto alle controllanti ed in conclusione si sarebbe potuti pervenire all'esclusione della responsabilità da reato per la *holding* pura.

Secondo l'impostazione dell'ordinanza dunque Zanè, adoperandosi perché le controllate si aggiudicassero gli appalti, aveva agito nell'interesse di IVRI holding e COGEFI e non di soggetti terzi.

Ciò detto, il g.i.p. ha poi risposto ad un rilievo della difesa delle società. Questa affermava – si legge nella ricostruzione fatta dal giudice stesso – che Zanè avrebbe agito non quale soggetto apicale di diritto di IVRI holding e COGEFI, ma quale amministratore di fatto delle controllate¹⁴⁰. La difesa con questa precisazione voleva probabilmente addossare ogni responsabilità sulla persona fisica e sulle controllate, adombrando quindi un'eventuale responsabilità amministrativa di queste ultime, dipendente dal reato commesso dal soggetto in posizione *di fatto* apicale. L'assunto della difesa avrebbe potuto infatti servire sia a sostenere che Zanè non era, nel momento in cui commetteva i reati ascrittigli, persona appartenente alle *holding* (non era dunque persona *dell'ente* capogruppo così come richiesto dall'art. 5 co. 1. lett.

¹⁴⁰ Si vedrà nel prossimo paragrafo che questo rilievo della difesa verrà poi precisato e chiarito dalla difesa stessa nell'atto presentato avverso l'ordinanza del giudice Secchi.

a), sia che l'interesse per il quale costui aveva agito era interesse esclusivo di terzi.

Il giudice ha negato fondamento alla tesi difensiva, sottolineando semplicemente che se Zanè aveva potuto realizzare i comportamenti a lui ascritti, pur non rivestendo alcuna formale posizione nelle controllate, era stato solo grazie ai poteri rivestiti nelle controllanti ("in funzione dei poteri"). Questo punto è particolarmente delicato. E' molto frequente che la stessa persona all'interno di un gruppo rivesta qualifiche in più società. In questo caso una delle qualifiche sarebbe stata rivestita in modo non ufficiale¹⁴¹: ciò non cambia però il fatto che in queste situazioni sia difficile stabilire in quale veste il soggetto abbia agito e, ancor prima, non è nemmeno chiaro se sia possibile fare questo esame, se sia possibile cioè affermare che effettivamente la persona ha agito solo in uno dei particolari ruoli tra quelli rivestiti. La strada percorsa dall'ordinanza ritiene anzitutto possibile questa distinzione, e la svolge sostenendo che le corrottele e gli altri illeciti perpetrati da Zanè sono stati commessi solo in funzione del suo formale ruolo nelle *holding*. In altri termini, sembrerebbe, solo grazie alla posizione di preminente rilievo ricoperta nelle società capogruppo. Ammesso e non concesso che nel caso di specie Zanè fosse effettivamente amministratore di fatto delle società controllate, non sembra a chi scrive così semplice affermare, come fa l'ordinanza, che egli ha agito soltanto nella sua veste di soggetto apicale delle *holding*, quasi oscurando momentaneamente la sua carica ufficiosa nelle controllate. Proprio per via della conformità degli interessi di *holding* e controllate affermare questa separazione sembra operazione piuttosto artificiosa. Ma l'ordinanza sembra non voler nemmeno entrare nel merito dell'asserita posizione di amministratore di fatto di Zanè, facendosi bastare il fatto che la coincidenza dell'interesse delle controllate con quello delle *holding*, per via del fenomeno del gruppo, autorizzi a ritenere verificato il criterio di imputazione oggettivo richiesto dall'art. d.lgs. 231/2001. Di fronte al fatto che Zanè aveva agito in concorso con persone fisiche appartenenti alle gerarchie delle controllate e che dunque già questi soggetti erano sufficienti a chiamare in gioco la responsabilità anche delle

¹⁴¹ Si prescinde in questo momento da una valutazione della effettiva plausibilità della carica di amministratore di fatto delle controllate in capo a Zanè.

controllate, non occorre più ponderare la tesi che Zanè ricopriva anche un ruolo fattuale in esse. Il risultato era già raggiunto: responsabilità delle *holding* e pure delle controllate. Non si vaglia inoltre minimamente l'ipotesi che sussista, accanto al concorso delle persone fisiche nel reato, un concorso delle persone giuridiche nell'illecito amministrativo da questo dipendente, né si vaglia la legittimità teorica di tale eventualità¹⁴².

Anche la parte conclusiva dell'ordinanza presenta dei passi interessanti. Riscontrata la sussistenza di tutti i presupposti necessari, il g.i.p. ha disposto una misura cautelare nei confronti delle società. Ma in luogo della misura richiesta dal p.m., molto gravosa poiché consistente nell'interdizione dall'esercizio dell'attività per un anno, il giudice ha scelto di consentire la prosecuzione dell'attività da parte di un commissario giudiziale¹⁴³ per il medesimo periodo, ciò – si legge – anche perché altrimenti l'interdizione dell'attività delle controllanti IVRI holding e COGEFI si sarebbe riverberata sulle controllate determinandone la paralisi. In quel caso poi la nomina di un commissario giudiziale per le controllate sarebbe stata inutile poiché queste, *“nella paralisi delle controllanti, non sarebbero in grado di operare”*.

Non si possiedono purtroppo gli assetti proprietari completi delle società del gruppo IVRI. Tuttavia ipotizzare addirittura una completa paralisi per le controllate, in caso di interdizione delle controllanti, sembra forse eccessivo. Sicuramente fa pensare ad un legame di controllo particolarmente intenso (una partecipazione azionaria vicina al 100%, forse). Comunque è interessante vedere come il giudice milanese si dimostri ben consapevole di come il gruppo agisca come un unico soggetto economico, si dimostri particolarmente sensibile alle dinamiche di gruppo, tanto da considerarlo quasi come un unico soggetto anche dal punto di vista giuridico, nel momento in cui immaginando le ricadute dell'interdizione delle controllanti, immagina addirittura un'interruzione totale dell'attività delle controllate. Quindi la scelta di sostituire all'interdizione dall'esercizio di attività, la prosecuzione mediante nomina di un commissario

¹⁴² Del tema del concorso di persone giuridiche si discorrerà più avanti.

¹⁴³ Sul commissario giudiziale si veda in particolare S. BARTOLOMUCCI, *Esigenze cautelari ex D. Lgs. n. 231/2001: nomina e ruolo del commissario giudiziale*, in *Le società*, 2006, n. 3, p. 370.

giudiziale, sembra volta allo scopo di tutelare le realtà che dipendono in modo così stretto dalla vitalità del loro vertice, proteggendo così la collettività in ossequio al dettato dell'art. 14 del d. lgs. 231/2001. Se interdire le *holding* significa paralizzare anche le controllate, la scelta del giudice Secchi è ragionevole. Prima di effettuare delle considerazioni conclusive sul caso, è opportuno esaminare il Riesame dell'ordinanza ora analizzata.

3. 2 Il caso IVRI holding: l'ordinanza del Tribunale del Riesame

L'ordinanza del Tribunale del Riesame di Milano, Sezione XI, relatore il giudice Epidendio, si è espressa sul ricorso avverso l'ordinanza del g.i.p. Secchi in data 14 dicembre 2004.

La difesa di COGEFI srl nel proporre appello sottolineava tra l'altro come davanti al g.i.p. non avesse inteso sostenere che Zanè aveva agito come amministratore di fatto delle controllate, ma che aveva però agito nell'interesse esclusivo di queste, e non nell'interesse e vantaggio di IVRI holding e COGEFI, così come richiesto dall'art. 5 d. lgs. 231/2001. Ecco quindi come la difesa della società chiarisca e precisi quanto si era analizzato nel paragrafo precedente. L'interesse cui si riferisce l'articolo 5 - spiega ora - è immediato e diretto, mentre invece quello delle controllanti a che le controllate si aggiudichino degli appalti è un interesse soltanto indiretto e mediato, caratterizzato inoltre da eventualità ed incertezza, poiché dipendente dalla distribuzione degli utili che le controllate maturino.

L'ordinanza al riguardo muove diverse obiezioni. Rileva innanzitutto come la norma preveda in alternativa (visto l'uso della disgiuntiva "o") che l'azione sia commessa nell'interesse o a vantaggio dell'ente. Dunque se commesso nell'interesse dell'ente, non è necessario che il reato porti poi effettivamente un vantaggio all'ente. Ciò è desumibile anche dall'art. 12 co. 1 a), in base al quale si fa luogo ad una riduzione della sanzione pecuniaria se l'autore del reato ha commesso il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi e l'ente non ne ha ricavato vantaggio o ne ha ricavato un vantaggio minimo. Se la responsabilità permane, per quanto in forma attenuata, nel caso in cui il reato sia stato commesso anche nell'interesse proprio o di terzi e senza alcun

beneficio effettivo per l'ente, ciò vuol dire che non è nemmeno necessario che il soggetto agente abbia avuto di mira come scopo principale l'utilità dell'ente e che se l'azione era almeno in parte finalizzata all'ente, allora non occorre che essa porti anche un reale vantaggio. Dunque i sintagmi interesse e vantaggio non sono certo sinonimi, ma si distinguono perché il vantaggio si riferisce alla concreta acquisizione di un'utilità economica per l'ente, mentre l'interesse implica solo la finalizzazione del reato a quell'utilità, senza che sia necessario che questa venga realmente conseguita. La circostanza – rileva correttamente il Tribunale - che nel caso di specie il beneficio per l'ente sia eventuale ed incerto, perché dipendente dalla distribuzione degli utili, non prova dunque nulla, poiché l'interesse è requisito diverso e di per sé sufficiente. Conta che il reato sia stato “finalizzato” al conseguimento di un'utilità per la società controllante.

La condotta tenuta da Zanè affinché le controllate potessero vincere gli appalti, dietro corresponsione di una tangente, si giustifica nella finalizzazione dell'illecito all'interesse dell'intero gruppo di società, dunque all'interesse di più società, e non soltanto di quelle che hanno ottenuto l'appalto.

L'interesse di gruppo infatti non è, nella concezione del Tribunale, interesse proprio ed esclusivo di uno dei suoi membri, ma è un interesse comune a tutti i soggetti che ne fanno parte.

Sembra che il Tribunale del Riesame accolga sul punto le conclusioni del g.i.p., ma con una sfumatura diversa. L'interesse di gruppo è qui considerato ascrivibile al sintagma *interesse* adottato dall'art. 5. co. 1 (in questo senso si veda meglio *infra*). L'interpretazione del termine interesse includerebbe dunque anche quell'interesse di gruppo che tanti riconoscimenti ha avuto in giurisprudenza e nelle leggi.

La difesa di COGEFI, spiega l'ordinanza, teme che si finisca per estendere eccessivamente la responsabilità degli enti qualora questi costituiscano un gruppo, e per applicare sanzioni estremamente gravose alla capogruppo per illeciti che avvantaggiano solo alcune controllate. A questa obiezione l'ordinanza di riesame ribatte che limite e misura del coinvolgimento della controllante è “il criterio di imputazione del reato commesso dalla persona fisica, che implica la sussistenza di un rapporto qualificato tra l'agente e l'ente,

nella specie la posizione apicale di amministratore della controllante da parte di chi ha commesso il reato da cui dipende l'illecito amministrativo”.

La responsabilità da reato può colpire la controllante solo qualora sussista l'appartenenza qualificata all'ente della persona fisica che ha commesso il reato. Tanto è sufficiente a garantirla da ogni indebita estensione di responsabilità. Dunque, sembrano dire i giudici, ciò che conta è che la persona fisica che commette il reato sia *dell'ente*.

Si nota incidentalmente che certo la necessità che la persona fisica appartenga all'ente è criterio importante per evitare ampliamenti eccessivi di responsabilità a monte, tuttavia se prevalesse in giurisprudenza la visione dell'amministratore della capogruppo quale amministratore di fatto delle società dirette e coordinate, allora il ruolo di argine verrebbe notevolmente affievolito e si tradurrebbe probabilmente in un coinvolgimento molto frequente della capogruppo (si tralascia al momento di considerare la bontà o meno di questo ipotetico risultato).

L'ordinanza poi si associa al rilievo del g.i.p. circa la considerazione attribuita all'interesse di gruppo oggi, considerazione non più soltanto di fatto ma anche incardinata in norme del codice civile quali l'art. 2497 c.c. e 2497-*ter* c.c. (quest'ultimo riguardante la motivazione delle decisioni). Tale riconoscimento della nozione di interesse di gruppo conduce a prenderlo in considerazione qualora le norme parlino di interesse e quindi anche nel caso dell'art. 5 del d. lgs. 231/2001.

L'esistenza di un rapporto qualificato, duraturo e stabile tra controllante e controllata impedisce di reputare quest'ultima un terzo e impedisce di ritenere che l'attività della controllante possa dirsi compiuta nell'esclusivo interesse del terzo, in considerazione degli inevitabili interessi che le condizioni della controllata riverberano sulla controllante.

Si ritiene così verificato il requisito di cui all'art. 5 co. 1 e 2.

In conclusione la tesi del giudice del Riesame sembra osare più delle parole del g.i.p., poiché giunge alle medesime conclusioni sulla sussistenza nel caso della responsabilità della capogruppo ma in modo parzialmente diverso,

dichiarando cioè in modo più esplicito che l'interesse di gruppo è compreso nei possibili significati della parola interesse che compare all'articolo 5¹⁴⁴.

Il criterio di imputazione oggettivo di cui all'art. 5, così interpretato, sembra sicuramente lasciare margini per una circolazione della responsabilità all'interno del gruppo. Una parziale mitigazione potrebbe venire dalla seguente considerazione: come visto sopra, secondo la tesi di diversi autori, che chi scrive condivide, il concetto di vantaggio non andrebbe interpretato secondo quanto indicato dalla Relazione, come mera verifica oggettiva di un beneficio di per sé bastevole a fondare l'imputazione sul piano oggettivo. Occorrerebbe invece verificare sempre una minima finalizzazione dell'atto illecito all'ente¹⁴⁵. Ciò consentirebbe di evitare conseguenze gravose e in parte ingiustificate per l'ente: s'immagini che la persona fisica agisca andando espressamente contro la politica dell'ente, ma recando allo stesso nondimeno un vantaggio economico: non sembra corretto ritenere anche in quest'eventualità responsabile l'ente. Si è già visto come deponga in tal senso la previsione di cui all'art. 5 co. 2, per la quale l'ente non risponde se il reato è stato commesso dalla persona fisica nell'esclusivo interesse proprio o di terzi. Se dunque la giurisprudenza si allineasse all'orientamento secondo il quale il semplice verificarsi di un beneficio non è sufficiente, ma è necessario accertare in capo all'agente un interesse della capogruppo – seppur di entità minima –, allora l'ascrizione della responsabilità anche a quest'ultima diverrebbe meno immediata. La necessità di accertare che *ex ante* l'azione del reo era diretta anche nell'interesse dell'ente, potrebbe rendere più difficile la soddisfazione del criterio di imputazione oggettivo per la capogruppo. E' evidente infatti come una cosa sia riscontrare l'ottenimento obiettivo di un vantaggio, altra cosa è dover dimostrare che la condotta illecita era *ex ante* volta allo scopo di realizzare (anche) gli interessi della capogruppo.

¹⁴⁴ A p. 11 della sentenza si legge: "(...) la nozione di interesse del gruppo è ormai una nozione non di mero fatto ma accolta dal codice civile in alcune norme tra le quali quelle di cui all'art. 2497ter e 2397 c.c., a conferma del rilievo giuridico di tale tipo di interesse e della necessità e possibilità di prenderlo in considerazione allorché le norme facciano riferimento alla nozione di interesse come nel caso dell'art. 5 D. lvo. n 231/2001".

¹⁴⁵ Su questa lettura del criterio di imputazione oggettivo, e sui diversi orientamenti dottrinali al riguardo, si veda quanto detto nei paragrafi precedenti.

4. Il caso UNIPOL – Fondazione Monte dei Paschi di Siena

Le pronunce *supra* esaminate, per quanto siano state emesse in sede cautelare, contribuiscono a dare un'idea di come la magistratura sembri piuttosto incline a valorizzare, in modo a tratti molto discutibile, i legami di gruppo per giustificare l'applicazione della responsabilità da reato.

Il caso degli istituti di vigilanza non è stato l'unico ad aver interessato la problematica dei gruppi di società. Recentemente il Tribunale di Milano, con una sentenza emessa dal g.i.p. Alessandra Cerreti in sede di giudizio abbreviato il 26 febbraio 2007¹⁴⁶, è tornato ad occuparsi di gruppi e d. lgs. 231/2001, nell'ambito di un procedimento che ha visto coinvolte diverse persone fisiche e tre persone giuridiche in una complessa operazione di manipolazione del mercato.

La vicenda ha riguardato due noti protagonisti del mercato italiano, UNIPOL s.p.a. e la Fondazione Monte dei Paschi di Siena, ed alcuni loro agenti. Occorre dedicare qualche pagina alla descrizione della complicata dinamica dei fatti.

UNIPOL aveva necessità di ottenere liquidità in vista di un aumento di capitale volto a supportare i propri piani di investimento, in particolare l'acquisto del Gruppo Winthertur Italia. Per fare questo decideva di vendere un pacchetto di azioni privilegiate a Fondazione MPS. A questo scopo, il direttore generale dell'Area Finanziaria, Immobiliare, Partecipazioni e Controllo di UNIPOL s.p.a. (Carlo Cimbri), assieme al direttore finanziario della stessa (Stefano Dall'Aglio) ed al direttore generale della Fondazione MPS (Emilio Tonini), con l'aiuto di un *trader* (Davide Gatti) di una società di investimento mobiliare, COFIRI, nella ricostruzione svolta dal magistrato milanese architettavano un'operazione volta a determinare il rialzo del prezzo delle azioni privilegiate UNIPOL sul mercato, così che la vendita risultasse particolarmente vantaggiosa per UNIPOL e così che Fondazione MPS venisse ad acquisire un pacchetto azionario di alto livello, da mantenere stabilmente nelle proprie partecipazioni a seguito dell'ottenuta stabilizzazione dell'alto prezzo. Come si vedrà meglio oltre, secondo il giudice milanese, l'artificioso meccanismo era il frutto di un preventivo accordo dei vertici degli enti coinvolti.

Per ottenere il rialzo, UNIPOL vendeva, nei giorni precedenti la concretizzazione dell'accordo con Fondazione MPS, un numero sostenuto di azioni in ogni seduta, riuscendo in questo modo, peraltro in un contesto di debolezza del mercato e senza rispettare i principi Consob in tema di stabilizzazione del prezzo (comunicazione n. BOR/RM/92005334 del 23 luglio 1992), a creare negli investitori la sensazione di una speculazione del mercato

¹⁴⁶ La sentenza è pubblicata in *Corr. merito*, 2007, p. 913, con commento di F. AGNINO, *La sfuggente individuazione del delitto di aggrottaggio*, p. 924.

sulle azioni privilegiate UNIPOL, ed ottenendo infine la crescita del prezzo di scambio di circa il 7 %. Principale compratore dei titoli era MEIEAURORA s.p.a., società – si noti – controllata al 100% da UNIPOL. Si osservi inoltre che chi dava gli ordini di acquisto era Dall'Aglio, dipendente UNIPOL con ruolo di direttore finanziario e tenuto a rispondere a Cimbri, che aveva una delega ad operare per conto di MEIEAURORA in quanto direttore finanziario *del gruppo* (ufficialmente qualificato come *“direttore centrale”*). Queste operazioni di mobilitazione di quantità considerevoli di azioni privilegiate si protraevano dal 19 al 30 marzo 2003.

Il 31 marzo, dopo che il prezzo era quindi notevolmente cresciuto, un'altra società del gruppo UNIPOL, FINSOE s.p.a., vendeva, anch'essa tramite COFIRI, sul mercato dei blocchi un consistente pacchetto di azioni privilegiate UNIPOL. Acquirente era la Fondazione MPS, attraverso la INTERMONTE SECURITIES SIM s.p.a., società appartenente al gruppo MPS.

L'anomalia nell'andamento dei prezzi e nelle quantità scambiate risultava particolarmente sospetta anche perché nei periodi precedenti UNIPOL non aveva mai operato in maniera così sistematica sulle azioni privilegiate. Inoltre l'intensa operatività cessava il 1 aprile 2003, esattamente un giorno dopo la cessione del pacchetto da parte di FINSOE alla Fondazione MPS. Ancora, l'intermediario di cui UNIPOL si serviva per queste operazioni, COFIRI, non è quello abitualmente utilizzato per questa tipologia di manovre, ed anzi è un intermediario di dimensioni e livello piuttosto modesti.

L'anomalia veniva naturalmente notata dalla Consob, la quale provvedeva a svolgere un'attività ispettiva, che dava esiti di grande utilità per i giudici. In particolare la magistratura milanese si avvaleva della relazione redatta da Consob, delle registrazioni delle conversazioni telefoniche tra gli intermediari finanziari e dalle dichiarazioni rese ai funzionari Consob da coloro che poi venivano iscritti nel registro degli indagati.

Dalle conversazioni telefoniche tra Dall'Aglio e il *trader* Gatti, emerge in modo alquanto limpido la volontà non certo di effettuare un semplice investimento sul titolo (nota opportunamente Consob che è piuttosto strano che un cliente desideri acquistare a prezzi crescenti), quanto di spingere lo stesso al rialzo. Dall'Aglio diceva ad esempio a Gatti in data 19 marzo: *“cerchiamo di dargli la spinta e vediamo se ci seguono”*; riferendosi a Wall Street che stava per aprire. Poco più tardi lo stesso Dall'Aglio diceva: *“cominciamo a portarlo un po' su (...)”*, *“comincia poco alla volta a portarlo su, cerchiamo di farlo atterrare su 1.68”*, riferendosi – col termine *atterrare* – al finale di seduta. Qualche giorno più tardi, il 25 marzo 2003, Gatti – sempre conversando telefonicamente con Dall'Aglio – affermava *“bisogna tenere sotto pressione gli speculatori”*. Risultava così inequivoca la volontà di creare nel mercato la sensazione che il titolo stesse crescendo, così da indurre altri investitori a comprare, e far contribuire anch'essi al rialzo del titolo. Si evincerà dalle comunicazioni successive come Dall'Aglio sperasse addirittura di ingenerare negli investitori la convinzione di un'imminente conversione delle azioni privilegiate in azioni ordinarie.

Circa l'iniziativa dell'operazione di cessione del pacchetto a Fondazione MPS, quest'ultima e UNIPOL sostenevano tesi del tutto diverse. Secondo UNIPOL e FINSOE l'iniziativa era venuta dalla Fondazione. Secondo la Fondazione invece era stata UNIPOL a prospettare l'operazione, mediante

l'invio di un fax da parte del presidente Giovanni Consorte, al presidente della Fondazione Giuseppe Mussari, contenente proposta formale in tal senso. A sostegno della veridicità della propria tesi, cui la magistratura decide di dar credito, la Fondazione produceva copia del documento. Nel fax, datato 27 febbraio 2003, si proponeva un prezzo medio di carico per FINSOE di € 1.76. A questo punto la Fondazione tentava di trattare per un prezzo più conveniente, attorno a € 1.70 (cifra che sarebbe stata comunque lievemente superiore alla media dei prezzi di mercato degli ultimi 10 giorni: € 1,6923). Tuttavia UNIPOL si dimostrava irremovibile sulle condizioni di prezzo proposte. La Fondazione MPS si decideva all'acquisto ritenendolo comunque vantaggioso, poiché non eccessivamente distante dal prezzo medio e perché corrispondente agli obiettivi di rendimento di medio periodo nonché in linea con una strategia di diversificazione del portafoglio non immobilizzato.

Il vantaggio economico conseguito da FINSOE attraverso la vendita al prezzo di € 1.76, che è stato possibile proporre grazie alle manovre manipolative che hanno spinto al rialzo il prezzo delle azioni, è stimato – se confrontato col prezzo di € 1.669 che il titolo aveva il 18 marzo, giorno precedente l'inizio delle operazioni – in € 409.000 (€ 437.000 se si considerano anche le ultime vendite effettuate il giorno 1 aprile). Per MEIEAURORA il costo dell'operazione manipolativa viene stimato complessivamente in € 167.000, comprensivi dell'acquisto delle azioni a prezzi crescenti dal 19 al 31 marzo e dell'ultimo acquisto del 1^o aprile.

La fattispecie riscontrata dal giudice nei comportamenti descritti è quella di aggioaggio di cui all'art. 2637 c.c. nella previgente formulazione, quella che era stata introdotta nel 2002 dalla riforma dei reati societari (d. lgs. 61/2002)¹⁴⁷. Il fatto era stato commesso nel 2003, nel 2005 è intervenuta la legge comunitaria 2004, n. 62/2005, che ha inserito nel Testo Unico in materia di intermediazione finanziaria (d. lgs. 58/1998) il nuovo art. 185 "*Manipolazione del mercato*". Il g.i.p. Cerreti ha ritenuto che sussiste continuità normativa tra il reato di aggioaggio di cui all'art. 2637 c.c. e la nuova fattispecie, e ha applicato la precedente norma del codice civile, perché ritenuta più favorevole. Il g.i.p. tratteggia nella sentenza l'illecito, sottolineando come questo tuteli il generale buon andamento dell'economia ed il regolare funzionamento del mercato, proteggendo la corretta formazione del prezzo dei titoli. Descritti brevemente i tre schemi di aggioaggio possibili, *Information Based*, *Action Based* e *Trade Based Manipulation*¹⁴⁸, la dott.ssa Cerreti ha ritenuto che fosse in particolare l'ultimo il tipo ricorrente nel caso di specie. Questo consiste nel compimento di operazioni che sarebbero di per sé, se considerate autonomamente, lecite, ma che sono invece pregiudizievoli del corretto funzionamento del mercato se considerate nel loro complesso, poiché oggettivamente idonee ad alterare la corretta formazione del prezzo di mercato. Ciò rende naturalmente di più difficile accertamento questa tipologia di manipolazione; secondo alcuni

¹⁴⁷ Al riguardo si vedano F. MUCCIARELLI, *Aggioaggio*, in A. ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società. D.lgs. 11 aprile 2002 n. 61*, Milano, 2002, p. 421; L. FOFFANI, *art. 2637*, in F. PALAZZO – C.E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007, p. 1899.

¹⁴⁸ Al riguardo si veda M. VIZZARDI, *Manipolazione del mercato: un doppio binario da ripensare?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, n. 2, p. 712.

peraltro, e il giudice cita a questo proposito Fischel e Ross¹⁴⁹, proprio per le sue peculiarità non sarebbe ragionevole sanzionare penalmente la *Trade Based Manipulation*.

L'art. 2637 c.c. disciplina le condotte di chi diffonde notizie false, ovvero pone in essere operazioni simulate o altri artifici concretamente idonei a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari. Le operazioni del caso UNIPOL – Fondazione MPS sembrano potersi iscrivere negli “*altri artifici*” dotati di capacità ingannatoria. Rilevante, secondo il giudice, la direttiva *Market Abuse*, che definisce manipolazione del mercato tra l'altro operazioni o ordini di compravendita “*che forniscano o siano suscettibili di fornire, indicazioni false ovvero fuorvianti in merito all'offerta, alla domanda o al prezzo degli strumenti finanziari*”. Un suggerimento sul confine tra condotte lecite ed illecite viene inoltre, nell'esegesi della pronuncia, dall'osservazione del nuovo art. 187-ter, introdotto anch'esso dalla l. n. 62/2005, in base al quale è prevista una sanzione amministrativa per la manipolazione del mercato – salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato¹⁵⁰ – tranne il caso in cui la persona sottoposta al procedimento amministrativo dimostri di aver agito per motivi legittimi e in conformità alle prassi di mercato ammesse nel mercato interessato.

Nel caso esaminato il giudice ha rinvenuto la concretizzazione di condotte di per sé lecite, la vendita di titoli, che concretamente hanno falsato il meccanismo di formazione del mercato, causando una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari quotati. Nel fax citato, inviato da Consorte al presidente di Fondazione MPS, si trovano riferimenti a contatti precedenti e ad intese raggiunte sull'operazione. Da ciò emerge quindi, secondo il giudice, che l'affare era già stato discusso tra i vertici dei due enti, e che il fax concretizzava soltanto quanto già sostanzialmente stabilito. La trattativa si era poi aperta sul prezzo di cessione, inizialmente considerato da Siena troppo alto. Le trattative si protraevano proprio durante i giorni del marzo 2003 di anomale operazioni sulle azioni privilegiate. Fondazione MPS monitorava costantemente, com'è naturale, il prezzo dei titoli, e si decideva ad accettare il prezzo proposto da UNIPOL, e che UNIPOL non aveva accettato di modificare, esattamente quando le azioni privilegiate toccavano e superavano in alcune sedute – grazie agli artifici posti in essere sopra descritti – proprio la cifra di € 1.76 indicata nel fax da Consorte e quando anche la media ponderata dei prezzi delle dieci sedute precedenti era ormai di poco inferiore alla stessa cifra. Dunque è stato

¹⁴⁹ FISCHEL – ROSS, *Should the law prohibit Manipulation in Financial Markets?*, 105 *Harv. L. Rev.* 503 (1991).

¹⁵⁰ E' presente dunque un doppio binario, che è parso agli interpreti piuttosto irrazionale e foriero di numerose aporie. Sul tema di veda M. VIZZARDI, *op. cit.*, p. 729 ss.; F. SANTI, *La responsabilità delle “persone giuridiche” per illeciti penali e per illeciti amministrativi di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato*, in *Banca, borsa, titoli di c.*, 2006, n. 1, p. 81. In tema di “*market abuse*” si vedano anche F. MUCCIARELLI, *Primato della giurisdizione e diritto economico sanzionatorio: a proposito di market abuse*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 137; E. AMATI, *La disciplina degli abusi di mercato*, in AA.VV. (a cura di G. INSOLERA), *La legislazione penale compulsiva*, Cedam, 2006, p. 203; S. SEMINARA, *Disposizioni comuni agli illeciti di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, n. 1, p. 9; G.P. ACCINNI, *Opa obbligatoria e condotta “artificiosa” nel reato di aggrottaggio c.d. “manipolativo”*, in *Riv. soc.*, 2006, p. 56; C.E. PALIERO, “*Market abuse*” e legislazione penale: un connubio tormentato, in *Corr. Merito*, 2005, n. 7, p. 811.

proprio l'aumento del prezzo del titolo a consentire ad UNIPOL di concludere positivamente le trattative con Fondazione MPS.

Sull'attitudine ingannatoria delle operazioni e sullo scopo perseguito – il rialzo del prezzo – non possono esserci dubbi secondo la sentenza, prova ne è il contenuto delle conversazioni telefoniche intercorse tra Gatti e Dall'Aglio sopra citate. E' chiaro come gli imputati desiderassero provocare il rialzo del titolo con l'impiego del minor numero possibile, così che il costo per l'acquisto sopportato dalla controllata MEIEAURORA non risultasse troppo gravoso. Si tratta, si legge nella sentenza, di un caso esemplare di "aggiotaggio manipolativo". Tutte le altre spiegazioni addotte dai vertici di UNIPOL e delle altre società del gruppo coinvolte non sembrano reggere. Se anche l'investimento in azioni privilegiate di UNIPOL fosse stato considerato vantaggioso da MEIEAURORA, non si comprenderebbe perché decidersi all'acquisto in modo così precipitoso, coi prezzi in rialzo, e nel giro di pochi giorni. Inoltre dato che la società è controllata al 100% da UNIPOL, la decisione dev'essere stata assunta ai vertici di UNIPOL stessa. Si noti tra l'altro come soggetti apicali di UNIPOL rivestano cariche di rilievo anche in MEIEAURORA, che dopo UNIPOL s.p.a., è la società di maggiori dimensioni del gruppo UNIPOL. Consorte è anche presidente del consiglio di amministrazione di MEIEAURORA, Cimbri, condirettore generale di UNIPOL cui Dall'Aglio riferiva in qualità di dirigente di UNIPOL, è anche nel consiglio di amministrazione di MEIEAURORA. Le operazioni narrate hanno fatto sì che FINSOE, appartenente al gruppo UNIPOL, si liberasse di un pacchetto di azioni ad un prezzo conveniente, realizzando una notevole plusvalenza.

Prova del fatto che il mercato è stato ingannato dalle azioni descritte è infine rinvenibile nella circostanza che un operatore di rilievo quale Banca Profilo s.p.a. si sia determinato a vendere le azioni privilegiate UNIPOL che possedeva, per acquistarne di ordinarie. Dunque il g.i.p. Cerreti ha ritenuto le condotte realizzate ascrivibili alla fattispecie di aggiotaggio di cui all'art. 2637 c.c.

Con la sentenza in oggetto, emessa in data 26 febbraio 2007, il g.i.p. ha condannato con rito abbreviato Emilio Tonini, direttore finanziario di Fondazione MPS, a 8 mesi di reclusione (pena sospesa), ritenuto colpevole poiché dagli elementi emersi dal fax di Consorte e dalle operazioni effettuate risultava evidente che egli si era accordato fin dall'inizio per l'operazione. Pur non potendo acquistare subito al prezzo proposto da UNIPOL perché troppo alto e lontano dal canone di diligenza del buon padre di famiglia (che è principio gestionale previsto per le fondazioni bancarie nel d. lgs. 153/1999), venivano avviate ufficialmente trattative sul prezzo, nel frattempo il corso dei titoli veniva costantemente monitorato, e l'acquisto veniva definitivamente deciso quando il prezzo di mercato raggiungeva quello richiesto da UNIPOL. Fondazione MPS inoltre non è riuscita a dare una spiegazione convincente del motivo per cui avrebbe scelto di investire in azioni privilegiate UNIPOL in modo così precipitoso e con modalità inconsuete.

Tonini è stato qualificato compartecipe ex art. 110 c.p., poiché grazie all'ordine di acquisto da lui impartito l'operazione è stata conclusa. Il giudice ha ritenuto che tutto sia nato da *"un accordo a livello apicale preordinato a determinare un'apparenza di convenienza per MPS, che le consentisse*

l'acquisto". La trattativa sul prezzo si è conclusa in realtà in un nulla di fatto. Ciò è la riprova della piena partecipazione al reato di Tonini, che se fosse stato estraneo all'illecito, avrebbe tentato di comprare prima i titoli, senza aspettare passivamente che le azioni salissero fino al prezzo di € 1.76. Solo grazie al rialzo dei titoli fraudolentemente ottenuto, è stato possibile per Tonini chiudere l'affare al prezzo che fin da subito era stato convenuto, creando l'illusione di concludere l'operazione conformemente alle regole del mercato.

Le altre persone fisiche, Cimbri, Dall'Aglio e Gatti, vengono giudicate separatamente, così come le persone giuridiche UNIPOL e FINSOE. E' stata invece contestualmente decisa nella sentenza in esame la posizione di Fondazione MPS.

L'aggiotaggio è reato presupposto della responsabilità da reato degli enti. Si noti per inciso che la sentenza, nell'introdurre il tema del d. lgs. 231/2001, ha affermato – citando la sentenza dalla Cassazione n. 3615 del 20 dicembre 2005¹⁵¹ – che la responsabilità, nominalmente amministrativa, dissimula la sua natura sostanzialmente penale, sottaciuta probabilmente per non contrastare con l'art. 27 Cost. Svolta poi una breve digressione sul ruolo dei modelli organizzativi, requisito che evocerebbe l'idea della *culpa in vigilando* e che fonderebbe una responsabilità autonoma dell'ente basata su deficit di organizzazione, la pronuncia ha attestato come Fondazione MPS fosse del tutto priva di *compliance programs*. L'ente ha impostato la sua linea difensiva sostenendo che il reato era stato commesso nel solo interesse di UNIPOL e che anzi aveva ricevuto dallo stesso tutt'al più un danno, venendo ad essere vera e propria vittima del reato.

L'analisi del giudice si è concentrata allora sul criterio di imputazione oggettivo dell'interesse o del vantaggio, per verificare se anche Fondazione MPS fosse stata interessata o avvantaggiata dall'illecito. Richiamate brevemente le diverse tesi dottrinali al riguardo, la sentenza si richiama nuovamente alla sentenza della Cassazione sopra citata, secondo la quale i due concetti sono giuridicamente diversi, nel senso sostanzialmente indicato dalla Relazione al decreto. L'interesse è qualcosa che sta a monte, è l'interesse ad una locupletazione prefigurata, anche se di fatto poi non conseguita. Il

¹⁵¹ Cass., sez. II, sent. 20 dicembre 2005, sopra citata.

vantaggio invece è il beneficio che obiettivamente viene conseguito, anche a prescindere da quanto l'agente *ex ante* si fosse prefigurato¹⁵².

Ciò posto, il giudice è passato ad evidenziare come nella moderna realtà economica gli illeciti vengano commessi spesso in strutture societarie particolarmente complesse ed evolute, organizzate, citando un testo di Bastia, secondo i più moderni principi di ingegneria societaria e imprenditoriale, che comprendono tipicamente le organizzazioni mediante collegamento societario o reti aziendali. Prosperano soprattutto oggi i gruppi di società, che si caratterizzano per il fatto di corrispondere "sotto il profilo economico, ad un complesso unitario ed organizzato ispirato da indirizzi strategici unitari, che ripete gli schemi di comando e di controllo esistenti all'interno di una singola unità aziendale complessa"¹⁵³.

¹⁵² La sentenza n. 3615 del 2005 afferma al riguardo: "Si osserva, in sede esegetica, che, secondo la relazione alla legge, l'interesse, quanto meno concorrente, della società va valutato *ex ante*; mentre il vantaggio richiede una verifica *ex post*. Non sembra quindi da condividere la definizione di eniadi attribuita da parte della dottrina alla locuzione: che diluirebbe, così, in più parole un concetto unitario. A prescindere dalla sottigliezza grammaticale che tale figura retorica richiederebbe la congiunzione copulativa «e» tra le parole interesse e vantaggio; e non la congiunzione disgiuntiva «o» presente invece nella norma, non può sfuggire che i due vocaboli esprimono concetti giuridicamente diversi: potendosi distinguere un interesse «a monte» della società ad una locupletazione — prefigurata, pur se di fatto, eventualmente, non più realizzata — in conseguenza dell'illecito, rispetto ad un vantaggio obiettivamente conseguito all'esito del reato, perfino se non espressamente divisato *ex ante* dall'agente". Questa costruzione permette alla sentenza — come visto nei paragrafi precedenti — di affermare che la società Jolly aveva ricevuto un vantaggio dalla commissione del reato di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche, pur se questo poco dopo era stato distratto dall'amministratore su propri conti per fini personali. Il vantaggio si caratterizza per il conseguimento obiettivo di un beneficio dal reato, questo nel caso esaminato si era concretamente realizzato, poiché la società aveva visto effettivamente incrementare — poco importa se per breve tempo — il proprio patrimonio. Il profitto per la società si era dunque verificato, ciò che era avvenuto successivamente costituiva un *post factum* irrilevante. Sembra quindi che nel caso della s.r.l. Jolly Mediterraneo il reo avesse commesso l'illecito perseguendo un fine ultimo del tutto personale (particolare che richiama subito alla mente dell'interprete il dettato dell'art. 5 co. 2: "*L'ente non risponde se le persone indicate nel comma 1 hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi*"), e ciò nonostante — per via dell'obiettiva verifica di un incremento nei conti della società, anche se di breve durata — la Cassazione ha ritenuto che alla società fosse ascrivibile la responsabilità amministrativa di cui al d. lgs. 231/2001. La Corte riconosce espressamente che la circostanza che in alcuni articoli del decreto si parli soltanto di interesse e non anche di vantaggio — come accade appunto nel caso del comma 2 dell'art. 5 — crea notevoli problemi interpretativi e di coordinamento, ma sembra risolvere il dilemma in questione facendo leva sull'art. 13 del decreto, che in tema di sanzioni interdittive al co. 1 a) fa riferimento — quale condizione per l'applicazione di una sanzione di tipo interdittivo — al fatto che l'ente abbia "*tratto dal reato un profitto di rilevante entità*". Ciò, secondo la Corte, sarebbe indice sintomatico dell'autonoma rilevanza che riveste il vantaggio: "(...) il requisito generale del vantaggio viene sicuramente ribadito e ulteriormente qualificato come «profitto di rilevante entità»".

¹⁵³ P. BASTIA, *op. cit.*, p. 53.

La sentenza ha sottolineato che se si interpretasse restrittivamente il termine *interesse* di cui all'art. 5 del decreto, si aderirebbe ad una visione dell'ente non più attuale, lo si concepirebbe soltanto come una monade isolata. Ciò causerebbe una serie di lacune, si determinerebbero dei vuoti di tutela qualora l'interesse perseguito dall'autore del reato non fosse quello dell'ente cui egli appartiene, ma quello di una società controllata o controllante oppure ancora fosse l'interesse del gruppo globalmente considerato. Accanto a interpretazioni rigide come questa, ha proseguito il giudice, ne esistono però altre più estensive, che ampliano la rilevanza del termine interesse fino a comprendervi l'interesse di gruppo. Per sostenere queste tesi si può operare in due modi. Da un lato si può ritenere che tra i soggetti in posizione apicale sia compreso anche il vertice di una società controllata in quanto soggetto posto al vertice di una unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale. Dall'altro lato si può invece vedere nei vertici di una società controllante, dei soggetti che esercitano di fatto la gestione e il controllo della controllata.

Nel pensiero del g.i.p., che pare fondato su esigenze di tutela comprensibili ma che sembra anche affermato in modo piuttosto apodittico, è evidente che, "in presenza di gruppi d'impresе, il perseguire l'interesse di gruppo attraverso la commissione di un reato, realizza una delle condizioni richieste ai fini dell'integrazione dei criteri d'imputazione oggettiva della responsabilità". A supporto di ciò si citano, come avevano fatto le ordinanze del caso IVRI, gli artt. 2497 – 2497-ter c.c. sull'attività di direzione e coordinamento, la cui introduzione sarebbe stata peraltro dettata proprio dal concetto – prima solo giurisprudenziale – di interesse di gruppo. Ancora, si invocano i riferimenti al gruppo fatti dagli artt. 2621 – 2622 c.c. sulle false comunicazioni sociali, e dall'art. 2634 c.c. sull'infedeltà patrimoniale.

Per sostenere come anche la Fondazione MPS possa essere ritenuta responsabile dell'illecito amministrativo dipendente dal reato di aggio-taggio, il giudice, poste queste premesse sulla concezione estesa dell'*interesse*, si è dedicato all'analisi delle relazioni intercorrenti tra la Fondazione e UNIPOL. Queste possono essere ricostruite solo con una certa difficoltà, poiché tra i due

gruppi intercorrono una serie di partecipazioni incrociate che li rendono un fascio di rapporti complesso e non semplicemente districabile¹⁵⁴.

Grazie alla relazione Consob, è possibile affermare che il gruppo UNIPOL ha una struttura “particolarmente complessa ed in continua evoluzione, caratterizzata da una catena piramidale e ‘circolare’, in quanto le società poste ai livelli più elevati della catena sono a loro volta partecipate dalla stessa UNIPOL”.

In estrema sintesi si può dire che il capitale di UNIPOL è nella mani di diversi soggetti. FINSOE in particolare detiene il 54% circa. Altri azionisti con partecipazioni più modeste (tra il 2 e il 3%) sono Società Reale Mutua di Assicurazioni, HOPA ecc. FINSOE è a sua volta nelle mani di HOLMO s.p.a., Lega delle Cooperative, Gruppo Monte dei Paschi di Siena (attraverso Banca Monte dei Paschi di Siena, Fondazione MPS, e Banca Agricola Mantovana) e il gruppo del bresciano Gnutti (che partecipa al capitale di FINSOE attraverso HOPA e Fingruppo). Se nel 2001 il gruppo MPS deteneva circa il 25%, HOPA il 17% e HOLMO il 51%, nel 2003, a seguito di alcuni accordi intercorsi tra le diverse società, il gruppo MPS viene a conseguire la maggioranza delle azioni di FINSOE (attraverso la cessione di un pacchetto di azioni da parte di HOLMO, che mantiene però in portafoglio, sempre attraverso FINSOE, il 50,2% delle azioni ordinarie di UNIPOL), la quota di HOPA in FINSOE si riduce ma aumenta in Banca MPS, UNIPOL e gruppo MPS a loro volta aumentano le loro quote in HOPA.

Dunque si tratta di un intricato viluppo di partecipazioni incrociate in progressivo aumento, dal quale emerge, secondo il giudice milanese, una tendenza di fondo alla progressiva integrazione fra tre gruppi: MPS, UNIPOL e quello facente capo a Gnutti.

Da questo complesso meccanismo deriva evidentemente, secondo la sentenza, la reciproca cointeressenza che nel 2003 contraddistingueva UNIPOL e Fondazione MPS. Dunque, prosegue la pronuncia giurisprudenziale, è chiaro che l’operazione considerata va inquadrata nell’ambito della funzione di direzione strategica e finanziaria del “gruppo”¹⁵⁵. Non si rinviene un ostacolo a questa affermazione nella circostanza che Fondazione MPS sia un soggetto

¹⁵⁴ Al riguardo si era espresso in modo particolarmente critico M. GEREVINI, *La complessa struttura finanziaria che garantisce alla compagnia la circolarità del controllo Unipol, il gioiello delle coop rosse e le scatole cinesi per scegliersi i soci*, in *Corriere della sera*, 7 aprile 2004, p. 26. Il giornalista parlava di “circolarità” del controllo, di una moltiplicazione labirintica di società, patti, incroci e poltrone, che servivano a saldare la “santa alleanza Bologna – Siena”. Si noti che il quadro effettuato dal giornalista fu duramente contestato da Unipol, che lo giudicò errato, distorto e parziale.

¹⁵⁵ Non è del tutto chiaro il testo al riguardo, ma parrebbe che il termine “gruppo” (virgolettato così nella sentenza) fosse riferito all’insieme dei diversi gruppi considerati.

giuridico diverso dal Gruppo MPS, poiché è lampante “l'appartenenza ad una medesima “cordata” a cui possono corrispondere (...) comuni scelte di politica aziendale e finanziaria”. UNIPOL ha realizzato il recupero di liquidità cui mirava commettendo il reato con la “complicità” di Fondazione MPS, la quale ha finito con l'acquistare le azioni privilegiate ad un prezzo ormai di mercato, realizzando così per sé un discreto vantaggio, tant'è che il prezzo si è poi stabilizzato e la Fondazione ha mantenuto i titoli nel proprio portafoglio. Dunque non si è realizzato soltanto un vantaggio del gruppo, ma anche un vantaggio diretto di MPS. A nulla valgono le difese della Fondazione volte a sostenere che essa in realtà avrebbe subito un danno dall'acquisto ad un prezzo così alto, poiché essa in realtà ha sì comprato ad un prezzo elevato, ma il titolo – pur attraverso condotte illecite – aveva effettivamente aumentato il proprio valore, dunque l'investimento si era rivelato “un affare”. Tonini, si legge, ha agito chiaramente quale *longa manus* dell'ente, concretizzando una precisa strategia aziendale, “imputabile direttamente all'ente”.

Fondazione MPS è dunque responsabile ex d. lgs. 231/2001. Tuttavia, nella commisurazione della sanzione, il giudice ha tenuto conto, in base a quanto stabilito dall'art. 12 co. 1 a), del fatto che il reato è stato commesso nel prevalente interesse di UNIPOL e che quindi la sanzione pecuniaria prevista per l'illecito dipendente dal reato in questione va ridotta. Stabilita l'entità della quota in € 103,00, il numero di quote viene fissato in 100 (300, diminuite per il rito abbreviato ed ex art. 12 co. 1 a) d. lgs. 231/2001), tenuto conto anche del fatto che non solo Fondazione MPS non disponeva di modelli organizzativi atti a prevenire reati della specie di quello verificatosi, ma anche che “nulla è stato fatto da MPS per impedire la commissione di ulteriori illeciti”. La sanzione è stata in conclusione quantificata in € 10.300,00.

Così ricostruita la vicenda, è possibile muovere qualche rilievo sulla pronuncia del g.i.p. Cerreti. Il giudice, al fine di ritenere responsabile la Fondazione MPS, è andato a scomodare l'interesse di gruppo, ritenendolo senza dubbio ricompreso nel termine *interesse* di cui all'art. 5 d. lgs. 231/2001¹⁵⁶.

¹⁵⁶ Nello stesso senso si è visto il Riesame del caso IVRI.

Il reato viene iscritto – come sopra anticipato – nella funzione di direzione strategica e finanziaria del “gruppo”, indicato tra virgolette dal giudice stesso, quasi riconoscesse così che si tratta di un gruppo *sui generis*. Dunque non soltanto si vede nel fascio di relazioni che caratterizza gli enti citati un gruppo, ma anzi si individua la presenza all’interno di esso di una funzione finanziaria *di gruppo*, ipotizzando evidentemente una sua certa articolazione, la presenza – parrebbe – di una vera e propria struttura di gruppo già avviata.

Anzitutto sembra possibile affermare che il ricorso all’interesse di gruppo e ad un’interpretazione lata del decreto non era a ben vedere necessario: la sentenza si sforza infatti di mettere in evidenza come, nonostante la Fondazione avesse acquistato le azioni privilegiate UNIPOL ad un prezzo obiettivamente alto, ciò le aveva nondimeno portato un beneficio economico, un oggettivo vantaggio, poiché il titolo era stato effettivamente valutato in tale modo elevato dal mercato, grazie alle condotte manipolative, e si era su quel livello stabilizzato, tanto che la partecipazione non era più stata dimessa. Se quindi la Fondazione aveva conseguito un vantaggio dalla commissione del reato da parte del proprio direttore finanziario (in concorso con i rappresentanti della controparte contrattuale), non si vede la ragione per la quale occorrerebbe chiamare in gioco l’interesse di gruppo per affermare che nel nome di questo era stato commesso l’illecito, che quindi riguardava anche la Fondazione MPS, viste le sue relazioni con UNIPOL.

Probabilmente il giudice percepiva come fosse un po’ forzata la tesi del riscontro obiettivo del vantaggio in capo a Fondazione MPS, visto che questa aveva acquistato ad un prezzo notevolmente più alto rispetto al precedente corso medio del titolo. In sede di quantificazione della sanzione pecuniaria riconoscerà tra l’altro che il reato era stato commesso nell’interesse prevalente di UNIPOL, con ciò che ne deriva in base all’art. 12 d. lgs. 231/2001. Forse il giudice desiderava corroborare l’ascrizione della responsabilità in capo a MPS con il riconoscimento altresì dell’interesse di gruppo. Ciò, si noti, pur avendo aderito espressamente alla tesi – già affermata dalla Cassazione, come sopra ricordato – del distinto significato dei termini interesse e vantaggio, ed avendo

sconfessato la posizione che li ritiene un'endiadi o che considera sempre necessario riscontrare una minima finalizzazione del reato all'ente.

E' per questo motivo, forse, che si inerpica sulla strada dell'interesse di gruppo, interesse che riconosce qui di fronte ad un complesso di società legate da vicendevoli partecipazioni, ma appartenenti apparentemente a due gruppi (almeno al momento del fatto) diversi, UNIPOL e MPS, e in mancanza – parrebbe – dell'esercizio da parte di una società di attività di direzione e coordinamento ex art. 2497 c.c. sulle altre¹⁵⁷.

Affermare che è evidente che l'interesse di gruppo rientra nell'*interesse* di cui al criterio di imputazione oggettivo, sembra piuttosto semplicistico e tautologico¹⁵⁸. Non è così scontato, come si è già avuto modo di affermare, che un concetto del tutto peculiare come quello di interesse di gruppo, che è un concetto sovraindividuale, si attagli perfettamente alla concezione individualistica che chiaramente emerge dall'articolato del decreto. Il decreto parla apertamente di interesse dell'ente (*"reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio"* recita l'art. 5¹⁵⁹), e anche qualora questo non si configuri come una monade isolata ma sia invece inserito in una struttura di gruppo, non è detto che perseguire l'interesse del gruppo significhi automaticamente perseguire l'interesse del singolo ente. Si tratta di grandezze manifestamente diverse, che non si possono confondere né declinare insieme. L'interesse di gruppo non è l'interesse della singola società. O meglio, non lo è necessariamente. Nell'interesse di gruppo le individualità si fondono ed annullano, ciò che è realizzato nel nome del gruppo nel suo complesso, prevede spesso stanze di compensazione tra le sue diverse componenti. In alcuni casi perseguire l'interesse dell'intero gruppo in una specifica operazione, può significare favorire una società del gruppo per andare contro l'interesse di

¹⁵⁷ Al riguardo si noti come nelle relazioni sulla *corporate governance* pubblicate negli ultimi anni da Unipol si affermi che la società è sì controllata da Finsoe e Holmo, ma anche che nessuna di queste società esercita su Unipol attività di direzione e coordinamento. Ciò è sicuramente importante, anche se l'attestazione da parte di una società quotata di non essere soggetta a direzione unitaria non implica necessariamente che ciò corrisponda a realtà.

¹⁵⁸ L'opinione sembra peraltro diffusa tra i magistrati, recentemente il giudice Piffer del Tribunale di Milano, il quale peraltro sedeva nel collegio che ha deciso del caso IVRI, ha ribadito ad un convegno presso l'Università Bocconi come sia palese che l'interesse di gruppo rientri nel termine interesse che compare all'art. 5 del decreto, e che non può che essere così, pena insensati vuoti di tutela.

¹⁵⁹ Corsivi nostri.

un'altra. Questa potrebbe veder poi, eventualmente, compensato il suo vantaggio grazie al risultato complessivo dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento. Quindi in alcuni casi l'interesse di gruppo – soprattutto se parametrato ad una singola specifica operazione – può anzi implicare l'agire contro l'interesse di una delle società del gruppo. Nella logica del d. lgs. 231/2001 sembra che l'interesse da esaminare sia quello che rileva nel compimento della singola fattispecie di reato, non pare che l'articolato dia adito alla possibilità di considerare che forse, un domani, ciò che ora nuoce verrà sanato. Se si deve dunque avere riguardo allo specifico atto compiuto, bisogna considerare – al fine di valutare l'eventualità di ascrizione della responsabilità all'ente – se l'agente lo ha commesso nell'interesse *di quell'ente*. L'interesse di gruppo pare qualcosa di spersonalizzato, che tocca tutti e nessuno allo stesso tempo. Occorrerà vedere se, nel caso in cui la persona fisica abbia agito nell'interesse di gruppo, questo, com'è peraltro piuttosto probabile se si prende in esame la posizione della *holding*, implicasse altresì l'agire nell'interesse individuale e specifico dell'ente preso in considerazione. Se così non fosse, se l'operazione non fosse stata realizzata anche nell'interesse della singola società, non sembra che la mera circostanza che l'interesse di gruppo comporti un futuro ed eventuale vantaggio per quell'ente autorizzi a ritenere verificato per ciò stesso il criterio di imputazione oggettivo.

Sarà certo frequente che l'interesse del gruppo sia anche interesse della singola società. Ma ciò non può essere affermato in modo apodittico ed universale, deve invece verificarsi caso per caso. La struttura del gruppo potrebbe anche essere utilizzata in modo distorto e non necessariamente le operazioni commesse a svantaggio di una società verranno poi riequilibrate attraverso il compimento di atti futuri a ciò diretti.

Sembra esserci un contrasto tra la logica del decreto e quella del gruppo. Il d. lgs. 231/2001 – come più volte affermato – sembra improntato sulla considerazione di un ente singolo, autonomo e isolato, in un'ottica che ha riguardo alla specifica, contingente operazione, considerata anche questa in modo autonomo e isolato. Nella logica del gruppo, invece, l'ente non è più monade isolata, ma è inserito in un ambito complesso e multiforme, in cui

spesso le singolarità si eclissano nel nome di un tutto indistinto. Questo tutto conosce però un'ottica di lungo periodo, in cui le singole operazioni vanno iscritte in un contesto più ampio, dove sono legate una all'altra e che trovano la propria *ratio* solo al trascorrere di un certo lasso di tempo e al susseguirsi di diverse altre operazioni. Se il decreto chiede all'interprete di guardare alla fattispecie così come si è verificata e alla società come ad un'isola indipendente, il gruppo chiede che ogni operazione vada valutata con riferimento ad una cornice temporale più estesa, in cui i fini dell'agire economico unitario trovano uno sviluppo più completo, ed in cui l'ente, facendo parte di un insieme composito, agisce perseguendo sì il proprio interesse sociale, ma anche avendo riguardo a ciò che può derivare dai rapporti con le società sorelle, con la società madre e con quelle società che esso stesso controlla.

Nel caso esaminato inoltre, in cui un macrogruppo Unipol – MPS, a giudicare dalla ricostruzione operata dalla sentenza, sembra soltanto *in nuce*, è questione delicata affermare che di vero e proprio *interesse di gruppo* possa parlarsi. Uno dei primi commenti alla sentenza, ha affermato che la pronuncia “allarga la nozione di interesse di gruppo a soggetti tra i quali non esistono forme “istituzionali” di controllo come quelli tra capogruppo e controllate”¹⁶⁰. Si è detto infatti dell'esistenza di un sistema complesso di partecipazioni incrociate. Tuttavia, poiché non pare emergere un ruolo preminente di una delle società delle due galassie sulle altre, non sembra di intravedere alcun esercizio di attività di direzione e coordinamento e quindi, non potendo disporre dell'arsenale di cui agli artt. 2497 ss. c.c., l'analisi risulta ancor più complessa. E' dubbio che possa parlarsi anche solo di un'unitarietà dell'agire economico.

Occorrerebbe forse intendersi su cosa la sentenza ritenga “gruppo”. E' noto che a questo proposito le posizioni possono essere le più disparate. In particolare se per alcuni è sufficiente riscontrare il controllo *ex art.* 2359 c.c. per poter parlare di gruppo, per altri occorrerebbe riscontrare altresì l'esercizio di

¹⁶⁰ Così G. NEGRI, *Più responsabilità ai gruppi*, in *Il Sole 24 ore*, 21 maggio 2007. Cfr. anche G. LUNGHINI, *Resta da provare il beneficio indiretto*, *ibidem*. La stessa testata parla il 22 maggio 2007 di “una nozione di interesse di gruppo dai confini assai estesi. In buona sostanza un interesse di gruppo può esistere anche per quelle forme di partecipazione incrociata che vanno oltre la nozione civilistica di «direzione e controllo»”.

una direzione unitaria. Se il termine gruppo fosse inteso in senso lato è un conto, ma se questo fosse ricollegato al concetto di esercizio da parte di una società di direzione unitaria di altre società, allora non sembrerebbe questo il caso di specie.

Ad esempio, se si prende una definizione manualistica di gruppo, ci si riferisce con questo termine ad “un’aggregazione di imprese societarie formalmente autonome ed indipendenti l’una dall’altra, ma assoggettate tutte ad una direzione unitaria”¹⁶¹. Ora, a meno che non si ritenga di disconoscere quanto affermato da Unipol, e cioè il suo non essere soggetta alla direzione unitaria da parte di alcuna società, non sembra potersi riscontrare nel caso di specie un vero e proprio gruppo. Risulta, quindi, a maggior ragione più corretto non appellarsi ad un fumoso interesse di “gruppo”, e concentrarsi sulla verifica della ricorrenza di un interesse o di un vantaggio volta a volta per ogni entità considerata. Per questo sembra maggiormente condivisibile l’ascrizione di responsabilità a Fondazione MPS se motivata mediante il riconoscimento in capo ad essa dell’oggettivo manifestarsi di un beneficio economico a seguito della commissione del reato, per quanto questo possa apparire ad alcuni forzato dato che l’esborso per l’acquisto delle azioni privilegiate è stato in ogni caso ingente.

Seguendo il filo tracciato dalla sentenza nella complessa attività di ricostruzione dei rapporti tra i diversi soggetti societari, parrebbe che nella primavera del 2003, anche grazie alle condotte illecite, Banca MPS – grazie alla partecipazione in FINSOE – fosse divenuta il maggiore azionista di Unipol. Da ciò potrebbe derivare una presunzione di esercizio di attività di direzione e coordinamento. Anche ammesso che così fosse, ciò sarebbe avvenuto dunque solo in seguito (ed anche grazie) alla commissione del reato e ad una serie di altre operazioni poste in essere da Gnutti ed altri soggetti. La creazione di un unico gruppo retto da Banca MPS sarebbe cioè successiva. L’interesse “di

¹⁶¹ Così G.F. CAMPOBASSO., *Diritto Commerciale, vol. 2 Diritto delle società*, 6^a edizione, a cura di M. CAMPOBASSO, 2006, p. 286, che prosegue: “Tutte sono infatti sotto l’influenza dominante di un’unica società (società capogruppo o società madre), che direttamente od indirettamente le controlla e dirige secondo un disegno unitario la loro attività d’impresa, per il perseguimento di uno scopo unitario e comune a tutte le società del gruppo (c.d. interesse di gruppo).”

gruppo” perseguito mediante la realizzazione dell’illecito sarebbe quindi in realtà l’interesse alla creazione del gruppo stesso. Quindi l’operazione sarebbe stata realizzata all’esito di una decisione dei soggetti apicali delle società interessate volte a creare questa macro aggregazione societaria e ad affidarne la direzione unitaria a Banca MPS. E’ già interesse di gruppo quello volto alla creazione dello stesso? La logica dei vantaggi compensativi può essere applicata retroattivamente ad un’operazione volta a creare il gruppo? L’acquisto dei titoli da parte di Fondazione MPS sarebbe stata volta – in questa impostazione – a sostenere l’aumento di liquidità e così i piani di sviluppo di Unipol, nella consapevolezza della concretizzazione che si stava realizzando dei legami, propri e di Banca MPS, con la stessa Unipol. Dunque un trasferimento di risorse, di liquidità dal versante senese a quello bolognese, nel perseguimento di un unico fine volto, in ultima analisi, ad accrescere la forza e le potenzialità del gruppo.

Nel tentativo di ricostruire come si siano sviluppati gli assetti proprietari in discorso, dal sito web della Consob è possibile ricavare diverse informazioni¹⁶².

Holmo, attraverso FINSOE, detiene oggi il 31.427% del capitale votante di Unipol, pari al 50.785% del capitale ordinario. Hopa, Newton Investment Management Ltd e P & V Assurances detengono quote comprese tra il 2.5 e il 2.9% circa. Patti parasociali vigono inoltre tra Holmo e BNP Paribas (che detiene il 4.5% del capitale sociale di FINSOE) e tra la stessa Holmo e Banca Monte dei Paschi di Siena (in possesso del 13% del capitale di FINSOE). Nella *Relazione annuale sul sistema di corporate governance e sull’adesione al codice di autodisciplina delle società quotate* del 2006 Unipol afferma di essere controllata, ex art. 2359 co. 1 c.c., da FINSOE, a sua volta controllata da Holmo e dichiara inoltre che *“le summenzionate società non esercitano su Unipol Assicurazioni attività di direzione e coordinamento”*¹⁶³. Si trova inoltre traccia della recente cessione da parte di MPS ad Holmo di circa il 14% di FINSOE. Gli attori principali sembrano dunque invariati rispetto al 2003, tuttavia la quota di MPS è calata.

Certo i diversi poli della vicenda Unipol, MPS, Hopa, sembrano ancora tutti avvinti da un fascio di cointeressenze rilevante. Tuttavia non sembra nemmeno oggi individuabile un unico gruppo che riunisca insieme i diversi attori. Curioso come nell’era in cui *internet* è un formidabile canale di

¹⁶² Informazioni estratte dal sito Consob elaborato sulla base delle comunicazioni pervenute ai sensi di legge ed elaborate fino al 13 giugno 2007.

¹⁶³ La Relazione è scaricabile dal sito www.unipolonline.it.

informazioni, pochissimo vi si trovi riguardo a Holmo, se non informazioni poco ufficiali derivanti da *blog*, *forum* e siti di interesse speculativo finanziario.

Pare in ogni caso che manchi una società che esercita la direzione e il coordinamento dei diversi soggetti citati. Ogni società sembra avere potere sull'altra e viceversa. Non è chiaro se in una situazione di questo genere sia corretto parlare di gruppo. Ciò che si deve ribadire è che l'interesse di "gruppo", per di più di un "gruppo" così particolare e sfaccettato, mal si concilia col criterio di imputazione oggettivo di cui all'art. 5. d. lgs. 231/2001, il quale chiede all'interprete di aver riguardo all'interesse o al beneficio individuale del singolo ente coinvolto dal reato. Nel caso di specie il giudice ha ritenuto sussistere un vantaggio in capo a Fondazione MPS derivante dalle operazioni di manipolazione del mercato. Tanto dovrebbe bastare, stando il dettato legislativo che chiede un interesse o un oggettivo vantaggio, per ritenere legittimamente – se ciò sia opportuno o meno è un discorso diverso – di poter ascrivere la responsabilità amministrativa alla Fondazione senese. Un suo soggetto apicale è stato riconosciuto penalmente responsabile, il reato rientra tra quelli presupposto, l'ente ha ricavato un vantaggio dalla commissione dell'illecito, ed infine l'ente versava in una situazione di carenze organizzative.

Si potrebbe invocare contro questa impostazione il co. 2 dell'art. 5 per chiedersi se Tonini avesse agito nell'esclusivo interesse proprio o di terzi¹⁶⁴, così come peraltro sostenuto dalla difesa di Fondazione MPS. Escludendo il personale interesse di Tonini, ci si dovrebbe interrogare maggiormente sul concetto di interesse di terzi. Occorrerebbe chiedersi se Unipol, nella vicenda esaminata, possa essere qualificata appunto *terzo*. Se anche si accettasse, in conformità al caso IVRI, che non può dirsi terzo una società dello stesso gruppo, ci si dovrebbe chiedere se sia terzo un soggetto col quale esiste sì un legame, ma di intensità forse minore rispetto al caso di direzione e coordinamento, un soggetto con cui esistono delle vicendevoli partecipazioni.

In altri termini, se si desidera interpretare in modo estensivo la nozione di terzo, non necessariamente l'evenienza di un soggetto terzo può essere esclusa solo ed esclusivamente dalla presenza di una controllata o di una

¹⁶⁴ Già si è detto che il giudice ha ritenuto il reato "sicuramente realizzato nel prevalente interesse di UNIPOL".

controllante. Ci si deve domandare cioè quale grado di distacco occorra per parlare di terzietà. Se non sia sufficiente la presenza di una partecipazione rilevante in un'altra società per revocare simile eventualità e, se così si ammettesse, a quali condizioni si possa parlare di rilevanza della partecipazione. Nel caso UNIPOL-MPS, se è improprio parlare di gruppo, non è invece scorretto parlare in un interesse non esclusivamente di terzi. Se si vuol dare un certo rilievo alle cointeressenze di cui parla la sentenza, presenti tra i diversi poli societari, questi può forse trovarsi non tanto in un flebile interesse di "gruppo", quanto nella qualifica per Unipol di "non terzo" rispetto a MPS.

La sentenza del g.i.p. Cerreti, richiamandosi ancora una volta alla già citata sentenza della Corte di Cassazione, interpreta la disposizione in questo modo: essa alluderebbe al caso di "condotte estranee alla politica d'impresa".

La scelta interpretativa non sembra del tutto convincente. Politica d'impresa è qualcosa che ha a che fare con l'*ethos* aziendale, con gli intenti perseguiti dalla società e con le sue azioni. Qui tuttavia si deve aver riguardo a quanto perseguito dalla persona fisica, anche se contrario a quanto stabilito espressamente nei propri piani dalla persona giuridica. Si può discutere della bontà di una soluzione di questo tipo, ma è chiaro per chi scrive che la politica d'impresa non rileva tanto qui, in sede di valutazione del criterio di imputazione oggettivo, quanto tutt'al più in un momento successivo, quando cioè si va a valutare la colpevolezza d'organizzazione. Se la politica d'impresa era sostenuta da iniziative di tipo organizzativo, allora rileverà in fase di accertamento dei criteri di imputazione soggettivi. La rilevanza della politica d'impresa potrebbe forse rilevare ai fini dell'art. 5 nel caso in cui si avesse a che fare con reati commessi da soggetti in posizione apicale, per i quali il decreto ha scelto la strada dell'immedesimazione organica, sì che si potrebbe forse presumere che l'interesse perseguito dal soggetto nella realizzazione dell'illecito, visto appunto il rapporto organico con l'ente, sia (quanto meno anche) l'interesse della società. Ma poiché l'art. 5 co. 2 rileva anche per i soggetti in posizione sottoposta, questa personificazione dell'interesse dell'ente nel soggetto agente non avrebbe luogo, almeno non altrettanto frequentemente.

Alcune ultime osservazioni sulla pronuncia. Curioso appare un passo della sentenza in cui si afferma – forse inavvertitamente – che non è di ostacolo al ragionamento seguito dal giudice il fatto che Fondazione MPS sia un *soggetto giuridico* diverso dal “gruppo MPS”¹⁶⁵. La frase sembra quasi contenere implicitamente una considerazione del gruppo MPS quale soggetto giuridico. Per i rilievi già svolti in precedenza circa la difficoltà di vedere nel gruppo un autonomo soggetto giuridico, nonostante la difficile afferrabilità del concreto contenuto di tale concetto al giorno d’oggi, simile prospettazione non sembra condivisibile.

Altra espressione interessante utilizzata dalla pronuncia è quella inerente la realizzazione del reato “attraverso la complicità di Fondazione MPS”¹⁶⁶. E’ certo probabile che il termine *complicità* sia qui utilizzato in modo atecnico, e alluda soprattutto ai rapporti tra le persone *fisiche* protagoniste della vicenda, tuttavia è anche naturale che, nel contesto di una sentenza emessa da un giudice penale, l’espressione richiami subito alla mente la terminologia penalistica del concorso di persone nel reato. Il paragrafo in discorso sembra quasi far pensare ad una visione del caso come ad un concorso delle persone giuridiche UNIPOL e MPS, ciò a maggior ragione ove si consideri che, aprendo il discorso sulla responsabilità della fondazione senese e sul d. lgs. 231/2001, la sentenza ha parlato di una responsabilità solo nominalmente amministrativa ma “sostanzialmente penale”. Pare che il giudice adombri qui l’ipotesi che al concorso delle persone fisiche implicate nella vicenda, corrisponda un concorso delle persone giuridiche in cui le stesse operano (chiaramente occorrerà vedere

¹⁶⁵ Così si esprime la sentenza a p. 75. Riguardo alla Fondazione ed alle sue caratteristiche, nel bilancio reperibile sul sito www.fondazionemps.it si trovano le seguenti informazioni: “La Fondazione Monte dei Paschi di Siena è un ente no-profit con piena capacità di diritto privato, che persegue fini di utilità sociale attraverso la gestione del proprio patrimonio, a tale scopo totalmente vincolato e derivante in primo luogo dall’originario conferimento dell’azienda bancaria. In proposito, si ricorda che la Fondazione ha proceduto alla dismissione del pacchetto di controllo della Banca Mps in data 14.6.2003, attraverso la conversione di parte del pacchetto azionario in azioni privilegiate senza diritto di voto in assemblea ordinaria ed opportune modifiche statutarie volte a definire la “governance” della Società in modo tale da evitare situazioni di influenza dominante e concludendo, così, il processo di progressiva separazione dalla banca conferitaria”. Nonostante la dismissione del pacchetto e le modifiche statutarie non sembra tuttavia così indiscutibile il distacco tra Fondazione MPS e gruppo MPS.

¹⁶⁶ L’espressione compare anch’essa a p. 75.

come i magistrati giudicheranno il ruolo di UNIPOL e FINSOE, le altre due società indagate per i fatti narrati).

Se quest'ultima espressione può destare qualche perplessità, minori dubbi suscita l'inciso secondo il quale Tonini avrebbe agito "*quale longa manus dell'ente*", che sembra dare compiuto riscontro alla teoria dell'immedesimazione organica. Il soggetto apicale incarna la politica dell'ente, che agisce tramite lui. La condotta di Tonini, prosegue la sentenza, "concretizza una precisa scelta di politica aziendale, imputabile direttamente all'ente"¹⁶⁷.

Una notazione finale: all'inizio del discorso sui gruppi la sentenza ora commentata ha parlato di teorie che estendono il significato del termine interesse fino a ricomprendervi anche l'interesse di gruppo, facendo leva ora sulla circostanza che tra i soggetti apicali sono compresi anche coloro che sono posti al vertice di una unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale, ora sulla possibilità di considerare i vertici della controllante come soggetti apicali (di fatto) anche della controllata. Una volta enunciate queste due posizioni tuttavia, la sentenza muove a parlare del rilievo del gruppo negli artt. 2621, 2622¹⁶⁸ e 2634 c.c., fino ad arrivare alle norme sulla direzione e il coordinamento. Ma non riprende più i possibili spunti di quelle teorie. Sembra presentarle come ugualmente vevoli, senza dichiarare di propendere per l'una o per l'altra, ma senza nemmeno tentare di sostenerle in qualche modo, se non citandone in nota gli autori e limitandosi alla mera concisa enunciazione delle stesse. Ad essa non segue in altri termini ad esempio una visione di Tonini

¹⁶⁷ Le espressioni citate si trovano a p. 76 della sentenza.

¹⁶⁸ Sul significato dell'infedeltà patrimoniale di cui all'art. 2634 co. 3 e delle nuove false comunicazioni sociali in relazione alla situazione economica, patrimoniale o finanziaria del gruppo cui la società appartiene, in rapporto alle scelte in tema di gruppi della riforma societaria cfr. G. SCOGNAMIGLIO, *I gruppi e la riforma del diritto societario: prime riflessioni*, in *Riv. dir. Impr.*, 2003, p. 577. L'Autrice ricorda come il legislatore italiano sia sembrato schizofrenico all'economista M. MESSORI, *Introduzione*, in *Rivista di politica economica*, 2003, p. 2, secondo il quale nell'ambito penale egli avrebbe incentivato l'uso delle strutture piramidali a catena, mentre invece all'opposto si sarebbe orientato nella legislazione societaria, dove avrebbe dimostrato un'impostazione rigida e severa nel definire la responsabilità da direzione e coordinamento. Non concorda totalmente con simile impostazione l'Autrice, segnalando come emerga, in particolare dalla disposizione in tema di infedeltà patrimoniale, un favor del legislatore nei confronti del gruppo e delle politiche di gruppo, ma del gruppo inteso come particolare modello di gestione dell'impresa, e non come "groviglio scoordinato di rapporti di controllo partecipativo fra società o come «inscatolamento» di società, l'una dentro l'altra, non guidato da una precisa strategia imprenditoriale". La scelta va a premiare il gruppo come modello di impresa "efficiente, coordinato e trasparente".

come soggetto apicale del macrogruppo UNIPOL – MPS (ed anche Hopa sembrerebbe per il giudice) in quanto soggetto apicale nella componente del gruppo – unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale Fondazione MPS. Né prova a sostenere la seconda tesi, anche perché a ben vedere, sarebbe come già visto sopra ben difficile individuare la società esercitante l'attività di direzione unitaria nel groviglio societario in oggetto, non sarebbe dunque facile rintracciare i soggetti in posizione apicale della capogruppo per imputare loro anche il ruolo di gestori delle controllate. Le teorie sembrano cioè presentate del tutto acriticamente ed al solo scopo di legittimare il ricorso all'interesse di gruppo, ritenendo quindi bastevole la proposizione di due peculiari indirizzi dottrinali per ritenere giudizialmente incluso nell'art. 5 co. 1 l'interesse del gruppo e senza che gli stessi vengano più ripresi o senza che si tenti in alcun modo di calarli nel caso concreto.

Ancora, il riferimento agli articoli del codice civile citati, sembra certo uno spunto valido per sostenere l'importanza assunta oggi nel nostro ordinamento dall'interesse di gruppo, la sua diffusione in diversi contesti, ma ciò non sembra sufficiente per affermare che automaticamente, grazie a questa presenza nel codice civile, l'interesse di gruppo rileva anche nel diverso ambito della responsabilità amministrativa ex d. lgs. 231/2001. Inoltre, come è stato rilevato dai primi commenti alla sentenza¹⁶⁹, se certo si può legittimamente invocare, allo scopo anzi detto di affermare la rilevanza attuale dell'interesse di gruppo, la fattispecie di infedeltà patrimoniale che al suo terzo comma prevede una disposizione in tema di gruppi e vantaggi compensativi, meno convincente sembra il riferimento alle false comunicazioni sociali, in cui si parla di situazione economica patrimoniale o finanziaria della società *o del gruppo al quale essa appartiene*. Certamente ciò testimonia la consapevolezza del fenomeno del gruppo da parte del legislatore penale-societario, ma non sembra del tutto

¹⁶⁹ In questo senso G. LUNGHINI, nell'articolo apparso ne *Il sole 24 ore* sopra citato. L'autore definisce eccessivamente perentoria l'affermazione per la quale l'interesse di gruppo rientra nel parametro di imputazione oggettiva della responsabilità da reato all'ente. Afferma inoltre che quando si invocano come riscontro normativo per tale tesi gli artt. 2621 – 2622 c.c., ma anche gli artt. 2497 – 2497-ter c.c. (cosa che non si comprende appieno, poiché la citazione di questi ultimi sembra in vero più appropriata e comprensibile), non si invocano dei parametri realmente rilevanti, poiché queste norme “non aiutano a spiegare i rapporti tra l'interesse della società e quello del gruppo”.

appropriato in questo caso parlare di un'affermazione normativa dell'interesse di gruppo, nel senso tradizionalmente inteso. Il riferimento all'interesse di gruppo in relazione alle false comunicazioni sociali (delittuose o contravvenzionali) non sembra, in altri termini, pertinente.

5. Ulteriori sviluppi giurisprudenziali

Per avere un quadro più completo degli sviluppi giurisprudenziali della responsabilità da reato nei gruppi, occorre dar conto di altre due recenti pronunce, che peraltro si sono espresse sul tema in senso radicalmente opposto una rispetto all'altra. Il riferimento alla tematica dei gruppi è per vero estremamente conciso in entrambe, ma desta nondimeno interesse quale spia dei diversi orientamenti che i giudici possono assumere sulla medesima questione.

La prima delle due citate pronunce è la sentenza di patteggiamento di Banca Popolare Italiana e di Bipielle Bank Suisse, resa dal g.i.p. presso il Tribunale di Milano nell'estate 2007, e riguardante le responsabilità di tali enti in relazione alla complessa vicenda della scalata all'istituto bancario Antonveneta¹⁷⁰.

Senza entrare qui nei dettagli della realizzazione dell'illecito, si deve osservare come nel valutare la posizione di Bipielle ai fini della decisione circa la richiesta di patteggiamento presentata dalle banche con il consenso del p.m., il Giudice abbia avuto occasione di affermare che "Quest'ultima (Bipielle Bank Suisse) è società controllata dalla BPI e che dunque solo a quest'ultima vanno riferiti sia la predisposizione dei modelli organizzativi di cui al d. lgs. citato, sia la configurabilità di un profitto realizzato nella vicenda criminosa in questione e dunque la sua messa a disposizione del procedimento in questione". Si tratta di un'affermazione enunciata per inciso, alquanto scarna nonché – si ritiene – apodittica. Secondo il giudice, per il semplice fatto che Bipielle Bank Suisse sia controllata da BPI, l'onere di predisporre i modelli organizzativi ex d. lgs. 231/2001 – pare di capire – spetterebbe alla controllante BPI. Quasi come se la relazione di controllo facesse della controllata un soggetto esangue, privo di

¹⁷⁰ Tribunale di Milano, sent. 28 giugno 2007, dep. 13 settembre 2007, g.i.p. Forleo, inedita.

competenze gestionali e organizzative di notevole rilevanza. Queste competenze, si intuisce, nel pensiero del giudice passerebbero automaticamente alla società madre per via della semplice sussistenza del rapporto di controllo.

Questo è quanto sembra si possa evincere dalle fugaci parole del giudice. Se ciò rispecchia fedelmente il pensiero del magistrato, pare evidente a chi scrive un serio travisamento degli intendimenti del legislatore del 2001, un netto fraintendimento di quanto statuito dal d. lgs. 231/2001 da un lato, e dalle disposizioni degli artt. 2497 c.c. ss. dall'altro. Non si rinviene in alcun modo, nei fatti oggetto del procedimento, traccia di un'ipotetica quanto discutibile "cessione" dalla controllata alla controllante di tutti i poteri organizzativi inerenti la struttura antireato della società. Affermare, come fa la sentenza, che il compito spetti *in toto* alla controllante, significa sconfessare un principio rilevante delle norme del 2001: il modello dev'essere adottato dallo stesso ente cui si riferisce, e deve essere da questo calibrato sulle proprie caratteristiche specifiche. Se pure sull'adozione e l'attuazione del modello si rinvergono dei margini di ambiguità nel decreto, non sembra discutibile che l'adozione del modello organizzativo spetti all'organo gestionale dell'ente cui il modello stesso si riferisce. Con questo non si vuole escludere un'eventuale corresponsabilità sul piano civile dei gestori della controllante per non aver stimolato l'adozione di strategie anti-reato da parte delle proprie controllate; il profilo verrà analizzato meglio nel prosieguo della trattazione ma non si può a priori scartare. Tuttavia si tratterebbe sempre appunto di una *corresponsabilità*: il ruolo della controllante non può certo oscurare in tutto e per tutto ed in modo automatico quello della controllata. Se dell'organizzazione della controllata in chiave preventiva dell'illegalità fosse chiamata a rispondere sempre e solo la controllante, le conseguenze sul funzionamento dell'ascrizione della responsabilità sarebbero aberranti: un completo quanto inopportuno sgravio di responsabilità per il soggetto a valle, ed una posizione di estremo rigore a monte.

Del resto, sembra che il segmento della sentenza sopra riportata, riguardante il profitto del reato e la sua confisca, non faccia che confermare

l'ipotesi interpretativa ora prospettata circa l'orientamento del g.i.p. di Milano. La sentenza sembra affermare infatti che anche il profitto, così come la predisposizione dei modelli, non può che essere riferito alla sola controllante. Si esclude, cioè, che il conseguimento di un profitto grazie alla realizzazione del reato da parte delle persone fisiche possa attribuirsi alla controllata. Quest'ultima emerge nuovamente come un mero fantoccio della controllante. Seppure è certo ipotizzabile che, nel caso di società legate da un rapporto di controllo, il profitto derivante dalla commissione dei reati - ovunque questi abbiano avuto luogo - possa avere dei riflessi sulla controllante, sostenere che ciò escluda automaticamente che la controllata possa riceverne essa stessa un beneficio, possa ottenere parte del profitto, significa negarle ogni autonomia di soggetto giuridico. Significa disconoscere che essa, per quanto avvinta da un legame importante alla controllante, è pur sempre un soggetto capace di azione e in grado di realizzare per sé dei profitti, anche da reato.

Un'ascrizione di responsabilità che così meccanicamente si volge alla madre, disconoscendo ogni ruolo alla figlia, sembra un esito interpretativo del tutto insostenibile.

Di tutt'altro tenore la seconda pronuncia giurisprudenziale che si ritiene opportuno citare¹⁷¹. Si tratta di un'ordinanza applicativa di misura interdittiva e sequestro preventivo emessa dal g.i.p. di Napoli, nell'ambito delle indagini sullo smaltimento dei rifiuti nella regione Campania, in particolare sulle procedure ad evidenza pubblica vinte da un'associazione temporanea di imprese, nell'ambito delle quali sarebbe stata realizzata una truffa aggravata ex art. 640 co. I e II n. 1) c.p. Ciò che si ritiene in particolare di segnalare, ai fini del presente lavoro, è un passo riguardante l'eventualità dell'applicazione di una misura cautelare nei confronti delle società facenti parte di un gruppo. Il g.i.p. di Napoli, una volta riconosciuta la presenza di esigenze cautelari per alcune delle società ad esso appartenenti, si volge alle altre società dello stesso gruppo, per valutare

¹⁷¹ Tribunale di Napoli, Uff. g.i.p., sez. XXXIII, ordinanza applicativa della misura cautelare interdittiva e sequestro preventivo, 26 giugno 2006, g.i.p. Saraceno, ora pubblicata su www.rivista231.it. Per un primo commento cfr. M. CARDIA, *I modelli organizzativi e la nozione di profitto del reato: le considerazioni del g.i.p. di Napoli*, in *Resp. amm. società e enti*, 2007, n. 4, p. 163.

l'eventuale adozione anche nei confronti di queste di una misura cautelare. Il giudice esclude risolutamente questa possibilità, affermando:

“Ed invero, essendo la responsabilità amministrativa correlata a presupposti oggettivi riferibili ad una particolare realtà aziendale, deve escludersi che, sussistendo i presupposti di cui all'art. 45 legittimanti l'adozione della misura cautelare nei confronti di alcune delle persone giuridiche appartenenti ad un gruppo societario, il relativo presidio cautelare possa essere genericamente esteso a tutte le società del gruppo. Il coinvolgimento delle altre società può essere ipotizzato e valutato solo quando siano offerti specifici elementi probatori in base ai quali sia possibile fondatamente ritenere che i rispettivi soggetti in posizione apicale o i rispettivi dipendenti abbiano contribuito alla commissione dell'illecito in concorso con quelli della capogruppo o delle altre società del gruppo.

Nella fattispecie in esame difetta qualsivoglia elemento e/o dato fattuale dal quale desumere la compartecipazione al rubricato illecito delle società controllate da A, in generale, e della B, in particolare, giacché il criterio di imputazione del reato commesso dalla persona fisica implica la sussistenza di un rapporto qualificato tra l'agente e l'ente, rapporto che nel caso in esame non è stato nemmeno dedotto in contestazione, attraverso l'indicazione dei soggetti interni alle società controllate e alla B, autori di condotte delittuose alle quali ancorare la responsabilità amministrativa dei rispettivi enti di appartenenza”.

Il percorso interpretativo svolto dal magistrato napoletano si dimostra molto più coerente e rispettoso del dettato legislativo di quello effettuato dal g.i.p. milanese. Seppure la questione tocca in entrambi i casi i gruppi, ma su aspetti differenti, nondimeno il pensiero che emerge dalle parole dell'ordinanza riflette un'esegesi molto più aderente alla legge: corretto è l'accento posto sulla necessità di far leva sui presupposti specifici della singola realtà societaria, corretta è l'esclusione dell'automatico ricorrere dei presupposti cautelari nelle controllate per il semplice ricorrere degli stessi nella controllante. Ciò che riguarda lo specifico ambito di una componente del gruppo certo non si trasmette automaticamente a tutte le altre società. Corretto sembra anche, in prima battuta, il rilievo circa il necessario coinvolgimento di soggetti fisici appartenenti alle controllate affinché si possa discutere dell'eventuale responsabilità di queste ultime. Infatti, la responsabilità dell'ente si lega alla commissione di un reato da parte di soggetti che allo stesso appartengano, che ad esso siano avvinati da un legame organico o da un vincolo di sottoposizione (esattamente il giudice parla di un “rapporto qualificato”). Come si avrà modo di vedere nel capitolo n. 3, sembra a chi scrive possibile aggiungere a questo corretto limite individuato dal g.i.p. – la necessità cioè di individuare soggetti dell'ente controllato – la possibilità, da verificare mediante uno scrupoloso accertamento caso per caso, che soggetti formalmente appartenenti alla controllante, siano al contempo soggetti di fatto della controllata (o, più

raramente, vice versa), con un'espansione quindi della responsabilità amministrativa oltre i confini rigidi dell'ufficiale appartenenza ai ranghi di una o dell'altra società.

Dall'esame dei due cenni alla sfera dei gruppi contenuti in queste pronunce, emerge l'assenza di un uniforme orientamento interpretativo sul tema della responsabilità da reato nei gruppi, e si palesa con forza il rischio collegato ad un'interpretazione inesatta delle norme del diritto punitivo del 2001 e di quello commerciale, così come modificato nel 2003. Lo stridore della sentenza di Milano con l'ordinanza di Napoli fa riflettere: certo il decreto è ancora normativa recente, anche se ormai sono passati sei anni resta pur sempre un apparato radicalmente nuovo rispetto alla tradizione giuridica e culturale italiana, e la sua applicazione dipende in questa fase notevolmente anche dalla consuetudine delle diverse circoscrizioni territoriali dell'Autorità Giudiziaria con illeciti di un certo tipo, nonché con il mondo societario. Stupisce, a questo proposito, che un'interpretazione così bizzarra della normativa penal-amministrativa sia venuta proprio dalla sede milanese, solitamente più usa al diritto penale d'impresa rispetto ad altre realtà italiane.

Evidentemente i giudici, dopo un paio d'anni di pressoché completa e voluta – verrebbe da dire – disapplicazione del d. lgs. 231/2001, hanno preso ad utilizzare il nuovo strumento sanzionatorio, senza averne dipanato pienamente tutti i nodi interpretativi.

Si fa sentire qui la pesantezza della lacuna del decreto sul tema dei gruppi. L'assoluto silenzio del legislatore al riguardo porta l'interprete a forzare il testo di legge in risposta a preoccupazioni repressive di una criminalità *latu sensu* societaria che continua ad essere al centro delle cronache. L'interprete si deve muovere in un campo complesso e su fronti giuridici diversi: nuovo è l'istituto responsabilità amministrativa dell'ente, ma nuova è anche la disciplina della direzione e coordinamento degli artt. 2497 ss. c.c. Pronunce come quella del Tribunale di Milano conducono a maggior ragione l'interprete ad invocare un intervento legislativo sulle molte questioni lasciate aperte dal decreto, la cui parte speciale è in continuo ampliamento, ma la cui parte generale - immutata dal 2001 - presenta falle su temi importanti, e non solo sui gruppi (si pensi

soltanto al tema dei soggetti esteri¹⁷²), che rischiano di lasciare spazio eccessivo alla discrezionalità dei giudici. E' auspicabile in ogni caso, concludendo sul punto, che prevalga l'interpretazione più prudente e che più resta nei binari del principio di legalità del giudice di Napoli.

¹⁷² Si pensi altresì ai problemi sollevati dalla recentissima introduzione nella parte speciale delle fattispecie di omicidio e lesioni colpose sul lavoro commessi in violazione delle norme anti-infortunistiche e sulla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro: il criterio d'imputazione dell'agire nell'interesse dell'ente è inequivocabilmente in contrasto con il carattere appunto colposo degli illeciti, e richiede probabilmente un intervento normativo che crei un diverso criterio di imputazione o che quanto meno adegui quello esistente.

CAPITOLO N. 3

SOGGETTI IN POSIZIONE “APICALE”, SOGGETTI IN POSIZIONE “SOTTOPOSTA” E PROBLEMATICHE IN TEMA DI CONCORSO DI PERSONE

SOMMARIO **1. 1** L’articolo 5 comma 1 a), “persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo”. L’eventuale rilievo della capogruppo, e dei soggetti apicali della capogruppo stessa **1. 2** (Segue) L’articolo 5 comma 1 a), “persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo”: l’eventualità della rilevanza dei soggetti apicali della capogruppo **1. 3** Sull’eventualità di considerare gli amministratori delle società eterodirette come soggetti apicali della capogruppo mediante l’interpretazione delle società dirette e coordinate come *unità organizzative dotate di autonomia finanziaria e funzionale*, ai sensi dell’articolo 5 comma 1 a) **2.** L’articolo 5 comma 1 b), i soggetti “sottoposti”. Sull’eventualità che gli amministratori della società diretta e coordinata vengano interpretati quali soggetti sottoposti alla direzione o alla vigilanza dei soggetti in posizione apicale nella capogruppo **3.** Il caso più lineare: il concorso di persone nel reato e la conseguente responsabilità amministrativa delle diverse società cui i correi appartengono **3. 1** Impostazione del problema nel caso di adesione alla tesi della natura penale della responsabilità *ex d. lgs. 231/2001*. Riflessioni nel caso di soggetti apicali **3. 2.** Impostazione del problema nel caso di adesione alla tesi della natura penale della responsabilità *ex d. lgs. 231/2001*. Riflessioni nel caso di soggetti sottoposti **3. 3** La diversa ipotesi della fattispecie necessariamente plurisoggettiva **3. 4** Impostazione del problema nel caso di adesione alla tesi della natura amministrativa della responsabilità *ex d. lgs. 231/2001*

1. 1 L’articolo 5 comma 1 a), “persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo”. L’eventuale rilievo della capogruppo, e dei soggetti apicali della capogruppo stessa

Si è accennato in conclusione del capitolo precedente che un problema diverso, ma legato a quello visto allora, è la possibilità di rinvenire anche una

responsabilità della società coordinata e diretta nel caso in cui l'amministratore della capogruppo (per semplicità si fa l'esempio dell'amministratore, ma chiaramente potrebbe trattarsi anche di altro tipo di soggetto) commetta un reato nell'interesse della società eterodiretta. Simile a questo ma, si vedrà oltre, interpretabile con cadenze forse diverse, il caso in cui sia una persona appartenente ad una società coordinata e diretta ad agire nell'interesse di una società capogruppo. Sull'eventuale responsabilità della capogruppo in questa ipotesi ci si interrogherà più avanti.

Iniziando ora ad esaminare il primo caso ipotetico, si potrebbe riflettere sull'eventualità di inquadrare l'amministratore della società capogruppo come *amministratore di fatto* della società diretta e coordinata o, prima ancora, la capogruppo stessa quale soggetto apicale della società coordinata e diretta.

Si deve fare riferimento alla lettera a) dell'art. 5 co. 1: l'ente può essere ritenuto responsabile se il reato è commesso nel suo interesse o a suo vantaggio da "persone che rivestono funzioni di rappresentanza, o di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo delle stesse".

Innanzitutto ci si può dunque chiedere se tra tali soggetti, che l'articolo 6 battezza "soggetti in posizione apicale", possa rientrare la società capogruppo. L'idea è forse troppo azzardata, dal momento che il termine *persona* sembra qui avere un connotato fisico, umano, e non sembra riferirsi ad enti astratti. Si potrebbe però prescindere da questa connotazione, obiettando che la dicitura è piuttosto asettica, poiché si parla soltanto di *persona*, e non di *persona fisica*. Il sostantivo "persona" potrebbe cioè sottintendere indifferentemente sia l'aggettivo *fisica* che l'aggettivo *giuridica*. Se così fosse, se cioè si ammettesse che tra i soggetti apicali di cui all'art. 5 co. 1 a) sono comprese anche le persone giuridiche, quali *in primis* le società, si dovrebbe poi verificare se una società capogruppo rivesta o meno funzioni di "rappresentanza, di amministrazione o di direzione" dell'ente società diretta. Ebbene, se si può dubitare circa la funzione di rappresentanza, meno perplessità si hanno sulla funzione di amministrazione ed ancora meno sulla funzione di direzione nel

caso in cui la capogruppo eserciti l'attività di direzione e coordinamento ex art. 2497 c.c. E, si rifletta inoltre, la seconda parte dell'art. 5 co. 1 a), nel riferirsi ai soggetti di fatto, parla di *controllo*, vocabolo che – è stato notato da parte (per vero minoritaria) della dottrina – potrebbe riferirsi alla situazione che con tale termine è descritta all'art. 2359 c.c.¹⁷³. E' noto che se ricorre tale situazione, si presume che venga esercitata dalla controllante l'attività di direzione e coordinamento della controllata (art. 2497-*sexies* c.c.). L'articolo 5 parla di gestione e di controllo: le due attività devono ricorrere in modo congiunto. Si spiega in dottrina come la formula sia riferibile, così complessivamente considerata, al concetto di "dominio, di pilotaggio, di capacità di imprimere all'ente una determinata politica di partecipazione e di affermazione sul mercato"¹⁷⁴. Se questa fosse l'accezione corretta, anche la capogruppo potrebbe forse rientrare tra i soggetti apicali. Si svilirebbe tuttavia così il ruolo degli amministratori della controllata.

Fattore in grado di complicare l'analisi è l'eventuale possibilità per le società di capitali di nominare un amministratore che non sia una persona fisica, in conformità con le indicazioni del Consiglio Notarile di Milano¹⁷⁵. Un orientamento rigorista potrebbe trovare in questa circostanza un avvallo alla tesi in discorso. Se una persona giuridica può rivestire il ruolo di amministratore di una società di capitali¹⁷⁶, allora – quanto meno in questa tipologia societaria – la società che esercita attività di direzione e coordinamento potrebbe ben essere vista come amministratore di fatto delle società sulle quali esercita questo ruolo.

¹⁷³ Cfr. R. RORDORF, *I criteri di attribuzione della responsabilità. I modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire i reati*, in *Le società*, 2001, n. 11, p. 1297.

¹⁷⁴ F. SANTI, *La responsabilità delle società e degli enti*, cit., p. 189. Parla di "dominio" anche C.E. PALIERO, nella Relazione dal titolo *La struttura della responsabilità per i reati commessi all'interno della società o dei gruppi* (citata dalla stessa Astrologo nell'articolo ora richiamato) tenuta al Convegno Paradigma *La responsabilità delle imprese ed i modelli organizzativi previsti dalla finanziaria 2005 e dal d. lgs. 231/2001*, Milano, 17 e 18 marzo 2005, p. 6.

¹⁷⁵ Si veda al riguardo il sito:

http://www.consiglionazionaleforense.it/visualizzazioni/vedi_dettagli.php?areanumber=40&action=view&idmessaggio=4516

¹⁷⁶ Non è possibile in questa sede ripercorrere tutto il dibattito giucommercialistico circa la possibilità per una persona giuridica di ricoprire il ruolo di amministratore, che sembrerebbe avvallato dalla massima notarile ora citata; per un primo commento a questa ed alcuni riferimenti al tema si rinvia a A. RICCIO, *La persona giuridica può, dunque, esercitare la funzione di amministratore*, in *Contr. Impr.*, 2007, n. 1, p. 17.

Bisogna adottare una certa cautela addentrandosi in questo terreno. Non si dimentica infatti che l'articolo 5 parla delle persone in posizione apicale che commettono *reati* nell'interesse (o a vantaggio) dell'ente, e non di persone che commettono illeciti amministrativi dipendenti da reati. Sotto questo profilo - a meno che non si acceda alla tesi che ritiene la responsabilità degli enti sostanzialmente penale - si potrebbe allora escludere che la disposizione possa riferirsi anche a persone giuridiche e dunque anche alla società che eserciti la direzione unitaria. Il sistema di responsabilità creato dal decreto è chiaramente pensato attorno al coinvolgimento della persona giuridica a seguito della commissione di un illecito penale da parte di una persona fisica.

Tuttavia si potrebbe anche, forzando per vero il dato letterale, interpretare l'espressione "reati commessi" come una formula da intendersi in senso lato, che allude a quello che in ogni caso è il momento imprescindibile per l'ascrizione della responsabilità all'ente, ovverosia la commissione di un reato. Si potrebbe sostenere che questa espressione allude semplicemente alla necessità che vi sia alla base la commissione di un reato, non importa se commesso in una società diversa, purché questa abbia però quel peculiare rapporto con la società di cui si sta parlando.

Il vero punto dolente di un'ipotesi ricostruttiva di questo genere riguarda però la colpevolezza di organizzazione. Se i modelli organizzativi sono lo strumento di cui dispone la società per prevenire i reati e per veder provata la sua non rimproverabilità, è difficile capire che tipo di rimprovero possa essere mosso ad una società eterodiretta per un reato commesso a suo vantaggio in una struttura *altra da sé*, diversa, con la quale esiste sì un legame, ma che generalmente non vede la società eterodiretta in una posizione di potere tale da poter influire sull'organizzazione della capogruppo, anzi tutt'al più accadrà l'inverso. Sarà difficile che la società eterodiretta riesca con la sua struttura organizzativa a prevenire i reati che in un altro soggetto, che peraltro la dirige, possono essere commessi. Se la società diretta e coordinata può esercitare un'influenza con la propria cultura anticrimine nei confronti di un gestore persona fisica, appare più arduo che riesca ad esplicitare simile influenza su di

un soggetto collettivo ed astratto al tempo stesso e per di più in posizione di maggiore potere.

Dunque rimproverare la società eterodiretta per un reato commesso nell'ambito di una persona giuridica diversa, per quanto questa stessa persona giuridica sia colei che la dirige e coordina, sembra – oltre che inopportuno – non aderente al d. lgs. 231/2001¹⁷⁷. E si avverte la sensazione che ritenere le persone giuridiche comprese tra i soggetti apicali di cui alla lettera a) è interpretazione eccessivamente forzata.

Lasciando da parte questa ipotesi, resta però da considerare se un soggetto in posizione apicale nella capogruppo che compia un reato nell'interesse di una società diretta e coordinata, possa essere visto come persona in posizione apicale anche in quest'ultima.

¹⁷⁷ Anche se non sembra impossibile che un soggetto collettivo sottoposto possa influenzare un altro, poiché lo spirito del d. lgs. 231/2001 è quello di considerare le società, le entità formate da individui organizzati e uniti da un fine comune e superiore, come soggetti differenti e maggiori della semplice somma delle loro componenti, soggetti capaci di creare un ambiente, un *humus* lavorativo in grado di orientare le scelte degli individui. Una cultura d'impresa che promuove e incoraggia il rispetto delle leggi, che ne sanziona le violazioni, che con il suo spirito condiziona la mentalità, i valori e l'agire degli uomini che ne fanno parte. Sutherland per primo teorizzò le potenzialità che derivano dall'appartenere ad un gruppo, mise in luce come nelle comunità separate e autonome che si creano nei luoghi di lavoro si possano interiorizzare giudizi e comportamenti dal confronto, dall'imitazione dei colleghi, dall'aria che si crea e respira per il fatto di far parte di una struttura e di lavorarvi per il perseguimento del fine sociale. Si allude alla nota teoria dell'associazione differenziale, formulata da E.H. SUTHERLAND nel celeberrimo testo *Il crimine dei colletti bianchi, La versione integrale*, a cura di G. FORTI, Milano, 1987. Una cultura sana e realmente in grado di promuovere il rispetto delle leggi e di prevenirne lo scavalcamiento può quindi rivolgersi anche ad un'altra struttura collettiva, può ad essa comunicarsi ed influenzarla, può opporsi o comunque far percepire la propria riprovazione di fronte a comportamenti devianti di questa. E l'integrità può essere un collante tale da rendere le persone fiere di se stesse, del proprio lavoro e dell'ente cui appartengono. Così che un ambiente vicino, per quanto in posizione di supremazia, può avvertire il senso "etico" che questa emana ed esserne ispirato. Se ad esempio alle politiche contabili aggressive della capogruppo la controllata contrappone un approccio più rigoroso; se all'insufficienza di strutture di controllo di una l'altra contrappone un'organizzazione dotata di modelli organizzativi idonei alla prevenzione dei reati ed efficacemente attuati; se alla scelta di manager scrupolosi di una l'altra contrappone la scelta di manager dalla professionalità impeccabile, nulla si potrà rimproverare alla seconda qualora il soggetto che la dirige, la capogruppo stessa, si renda responsabile di illeciti amministrativi dipendenti da reati commessi nel suo interesse. Ciò posto, sembra tuttavia eccessivo gravare una società eterodiretta di una responsabilità così potenzialmente severa come quella che deriva dal d. lgs. 231/2001, per non aver o non essere stata in grado di orientare l'organizzazione della propria capogruppo alla prevenzione dei reati.

1. 2 (Segue) L'articolo 5 comma 1 a), "persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo": l'eventualità della rilevanza dei soggetti apicali della capogruppo

Utilizzando il canone interpretativo letterale, l'eventualità adombrata nella conclusione del precedente paragrafo potrebbe sembrare irrealizzabile, poiché si parla di persone che esercitano le funzioni di rappresentanza, amministrazione o direzione *dell'ente*. Dal punto di vista del diritto civile non si può affermare, a rigore, che gli amministratori della capogruppo siano altresì amministratori della controllata, almeno non dal punto di vista formale.

Tuttavia la seconda parte della disposizione contenuta alla lettera a) dell'articolo 5 lascia qualche margine di operatività in più: si parla infatti di persone che esercitano *anche di fatto* la gestione e il controllo. La disposizione lascia così ampio spazio alla considerazione del dato fattuale, effettivo, più che alle etichette formali. E questo approccio è del resto lo stesso che compare nell'art. 2639 c.c. (*Estensione delle qualifiche soggettive*)¹⁷⁸, così come novellato dalla riforma del diritto penale societario del 2002, che tra i soggetti che possono rispondere dei reati societari di cui agli artt. 2621 ss. c.c. annovera anche coloro che – pur non rivestendo la qualifica soggettiva ufficialmente – esercitano in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione. Ciò detto non sembra improbabile che, quanto meno nelle ipotesi più pregnanti di controllo (immaginiamo un controllo al 100%)¹⁷⁹, l'amministratore della capogruppo svolga funzioni gestorie anche nella società coordinata e diretta, attraverso direttive vincolanti, frequenti riunioni e altri contatti con i gestori delle società dirette.

Quel che è certo è che l'ipotesi che l'amministratore della capogruppo sia altresì amministratore di fatto della società diretta e coordinata non è dato costante o incontrovertibile: andrebbe più opportunamente guardato al singolo

¹⁷⁸ Sull'art. 2639 c.c. si vedano A. ALESSANDRI, *I soggetti*, in A. ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società. D.lgs. 11 aprile 2002 n. 61*, Milano, 2002, p. 37; A. ROSSI, *L'estensione delle qualifiche soggettive nel nuovo diritto penale delle società*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 897.

¹⁷⁹ Equipara il funzionario della capogruppo, al contempo amministratore di una controllata al 100%, alla persone apicali poiché svolgono funzioni di rappresentanza, amministrazione o di direzione in una unità organizzativa dell'ente dotata di autonomia finanziaria e funzionale C.E. PALIERO, *op. loc. ult. cit.*

caso. Se si riscontrasse questa evenienza, diventerebbe tuttavia difficile discernere in quale veste abbia agito il soggetto che rivesta al contempo entrambe le posizioni (si è visto in proposito il caso IVRI, in cui la difesa aveva adombrato la possibilità che il soggetto agente, in posizione apicale nelle *holding*, avesse commesso i reati nella veste di amministratore di fatto delle controllate). Ricorrerà in aiuto – si potrebbe certo rispondere - il criterio dell'interesse-vantaggio, ma qualora l'azione illecita fosse realizzata a beneficio sia della società controllante che di quella controllata, la questione si farebbe ancor più delicata. Probabilmente per entrambe le società si potrebbe riscontrare, ove esistessero le ulteriori condizioni previste dall'articolo 6 del decreto, una responsabilità amministrativa dipendente dallo stesso reato. Ci si potrebbe allora chiedere se esista la possibilità di un concorso di enti collettivi nel d. lgs. 231/2001, così come esiste il concorso di persone fisiche nel reato e se sia necessario eventualmente ipotizzarlo per risolvere il caso dedotto. Del problema si parlerà successivamente.

1. 3 Sull'eventualità di considerare gli amministratori delle società eterodirette come soggetti apicali della capogruppo mediante l'interpretazione di tali società come *unità organizzative dotate di autonomia finanziaria e funzionale*, ai sensi dell'articolo 5 comma 1 a)

Se non si può in via generale affermare, salvo accertarlo nel singolo caso di specie, che l'amministratore della capogruppo è anche amministratore di fatto della società diretta e coordinata, si può ipotizzare una diversa ricostruzione.

L'articolo 5 equipara alle persone in posizione apicale le persone che ricoprono le stesse funzioni "in unità organizzative dotate di autonomia finanziaria e funzionale".

E' risaputo che la Relazione riferisce questa espressione a figure quali ad esempio i direttori di stabilimento che, in realtà imprenditoriali medio-grandi, godono spesso di una forte autonomia gestionale e sono sottratti al controllo delle sedi centrali. Si sarebbe voluto cogliere così, si afferma, il fenomeno ormai molto diffuso della "frantumazione del potere manageriale su base orizzontale".

Tuttavia la società diretta e coordinata potrebbe essere vista, quanto meno nelle ipotesi più intense di controllo, come unità organizzativa della società capogruppo, dotata di autonomia finanziaria e funzionale e dunque l'amministratore della stessa potrebbe essere visto come soggetto in posizione apicale anche nella capogruppo. Ancora, l'amministratore della sede centrale, la capogruppo, potrebbe essere visto al contempo come soggetto in posizione apicale altresì dell'unità organizzativa "società coordinata e diretta". Si vedrebbe così il gruppo come un soggetto complesso, composto da un nucleo gerarchicamente superiore - la capogruppo - ed una o più unità autonome, le controllate. O comunque si vedrebbero le società controllate come braccia della controllante, a lei sostanzialmente subordinate.

Ma questa è una visione imprecisa del gruppo, o quanto meno una visione che non abbraccia tutte le varietà di gruppi che si possono presentare nella prassi (il legislatore della riforma societaria per primo ha dichiaratamente evitato di dare una definizione del *gruppo*, proprio per la molteplicità di forme di manifestazione della realtà e per l'incessante mutevolezza di questa stessa realtà). Ed a ben vedere la società controllata sarebbe l'unità organizzativa forse più che della capogruppo, del gruppo stesso, cioè di quell'unica impresa che in forma di gruppo si esercita. Ma si è visto come il d. lgs. 231/2001 non legittimi una visione complessiva del gruppo, come soggetto autonomo e passibile di un rimprovero di per sé. Ciò non toglie che, nel caso in cui ricorra l'attività di direzione e coordinamento, sia plausibile che il rapporto tra il vertice del gruppo e le sue propaggini assomigli molto al rapporto che si instaura tra la sede centrale di una società e le sue unità organizzative dotate di autonomia finanziaria e funzionale. Le unità, le società dirette e coordinate, operano in modo indipendente, sia dal punto di vista funzionale che dal punto di vista finanziario, restano però in fondo soggette alla direzione del nucleo centrale, ovvero alla società che esercita la direzione e il coordinamento.

Se si accogliesse una visione di questo tipo, si dovrebbe concludere che quando un soggetto in posizione apicale nella società soggetta a direzione e coordinamento compie un reato nell'interesse della capogruppo, egli potrebbe astrattamente interpretarsi come soggetto in posizione apicale anche in

quest'ultima ed eventualmente comportarne una responsabilità secondo i canoni stabiliti dall'articolo 6 del decreto. Così come, analogamente, se un soggetto in posizione di vertice nella capogruppo commettesse un reato nell'interesse della società coordinata e diretta, lo stesso potrebbe essere interpretato anche come soggetto in posizione apicale della società diretta e coordinata, unità organizzativa autonoma della capogruppo.

Chiaramente, prima di concludere nel senso ora accennato, sarebbe necessario verificare anche la fattibilità di un rimprovero di tipo soggettivo, secondo i criteri indicati agli articoli 6 e 7 del decreto, tema da cui il discorso si è sinora tenuto distante. E' ovvio, ma doveroso, sottolineare come tutti gli assunti sinora ipotizzati sull'eventualità della responsabilità verrebbero a cadere qualora non si riscontrassero i criteri di imputazione soggettivi, per via di una sostanziale non rimproverabilità di un soggetto collettivo per quanto accade in un altro soggetto collettivo.

Inoltre preme sottolineare che se si tentasse un'interpretazione del tipo ora accennato, si incorrerebbe nell'incongruenza di assimilare una società, ente autonomo, ad una mera branca di un altro soggetto.

Si rileva infine come ovviamente il caso in cui si consideri il soggetto apicale della società diretta e coordinata come apicale anche della capogruppo è ben diverso dal caso inverso, poiché la posizione di dominio della capogruppo non può che riverberare, se del caso, conseguenze differenti. Ma il problema sarà affrontato più avanti.

2. L'articolo 5 comma 1 b), i soggetti "sottoposti". Sull'eventualità che gli amministratori della società diretta e coordinata vengano interpretati quali soggetti sottoposti alla direzione o alla vigilanza dei soggetti in posizione apicale nella capogruppo

L'art. 5 co. 1 alla lettera b) dispone che la responsabilità può derivare all'ente anche dal reato commesso da *soggetti sottoposti alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a)*. Riprendendo il tema dei soggetti che con le loro azioni possono chiamare in causa la responsabilità degli enti, potrebbe azzardarsi una tesi diversa: si potrebbe ritenere che il

soggetto al vertice di una società eterodiretta sia al tempo stesso soggetto sottoposto alla direzione e alla vigilanza del soggetto (o dei soggetti) al vertice della società che esercita l'attività di direzione unitaria. Se l'attività di direzione e coordinamento viene esercitata, essa si qualifica per essere un'attività piuttosto intrusiva, invasiva della gestione delle società dirette, dunque si può legittimamente pensare che un soggetto apicale in una di queste sia solo limitatamente autonomo nelle sue scelte di amministrazione, e sia notevolmente condizionato da quanto stabilito dai vertici della capogruppo¹⁸⁰.

Si noti nella formula di legge l'uso della congiunzione disgiuntiva "o". Non occorre, per essere considerati soggetti sottoposti, sottostare sia alla direzione che alla vigilanza. Ciò posto, non sembra dubitabile che i soggetti apicali della società eterodiretta siano sottoposti, entro certi margini, alla direzione nonché alla vigilanza dei soggetti in posizione apicale nella società che esercita la direzione unitaria. E si ricordi nuovamente come il legislatore abbia scelto una visione funzionale dei soggetti, ispirazione confermata nel settore in qualche modo "contiguo" dei reati societari.

Si potrebbe immaginare allora che, nell'eventualità in cui un soggetto in posizione apicale nella società diretta commetta un reato nell'interesse della capogruppo (a condizione che si possa immaginare altresì una colpevolezza di organizzazione, di cui si dirà oltre), la capogruppo sia chiamata a rispondere dell'illecito amministrativo dipendente dal reato di un suo *sottoposto*, in base al canone previsto dall'art. 7 del decreto.

Inoltre nel caso in cui questa stessa persona commettesse l'illecito penale nell'interesse sia della società cui appartiene secondo le regole civilistiche, sia della società che esercita su questa l'attività di direzione e coordinamento, si potrebbe concludere - ricorrendone tutti i presupposti - che potrebbero essere chiamate a rispondere sia la società diretta, secondo il parametro stabilito per i reati dei soggetti in posizione apicale dall'articolo 6 del decreto, sia la società capogruppo, secondo il parametro stabilito per i soggetti cosiddetti sottoposti dall'articolo 7.

¹⁸⁰ Si tratterà più diffusamente del tema nel capitolo successivo, al quale si rinvia anche per la bibliografia giuscommercialistica di riferimento.

Riflettendo sulla sostanziale unità economica del gruppo, questa duplicazione di responsabilità e correlative sanzioni potrebbe essere considerata scorretta, poiché vicina a concretare un *bis in idem*.

La ricostruzione ipotizzata sembra peraltro non accoglibile perché, come quella di cui s'è detto al paragrafo precedente, sminuirebbe l'autonomia giuridica delle diverse società del gruppo ed in particolare l'autonomia e l'indipendenza dei gestori delle controllate, la cui posizione non sembra generalmente accostabile a quella di un sottoposto.

Sembra in ogni caso a chi scrive, concludendo il ragionamento intorno ai soggetti di cui all'art. 5, che sia preferibile prescindere da ogni teorizzazione *tranchante*, espressa in via generale e valevole sempre. Non è corretto affermare ad esempio che gli amministratori della capogruppo sono sempre e comunque anche amministratori di fatto delle società dirette e coordinate. Al contrario, occorre guardare di volta in volta al caso concreto che si ha di fronte, alle specifiche società capogruppo e coordinate e dirette, ai soggetti in posizione apicale o sottoposta di *quelle* società. Solo all'esito di una scrupolosa analisi delle funzioni effettivamente esercitate dai diversi soggetti nell'una e nell'altra società, potrà concludersi in ordine all'eventuale ascrivibilità degli illeciti da costoro commessi non solo (oppure, *tout court*, non) nelle società in cui formalmente svolgono il loro ruolo, ma anche in quelle che le dirigono e coordinano, o che esse dirigono e coordinano.

3. Il caso più lineare: il concorso di persone

Riflettendo sulla possibilità di vedere coinvolte più società per un medesimo fatto di reato, sembra evidente che in molti casi la soluzione sarà semplice: qualora il reato sia il frutto dell'accordo criminoso di più soggetti, appartenenti a diverse società del gruppo, e qualora siano soddisfatti tutti i criteri di imputazione, le diverse società cui i concorrenti nel reato appartengono saranno responsabili per l'illecito amministrativo dipendente dal medesimo reato.

Quindi se gli amministratori della capogruppo hanno ideato e realizzato un piano criminoso insieme a quelli di una controllata diretta e coordinata, e se

sono verificati per entrambe le società i criteri d'imputazione di cui agli artt. 5 e 6 d. lgs. 231/2001, il giudice potrà condannare sia una che l'altra società.

Se la direzione unitaria viene piegata ad un uso illecito dell'attività d'impresa, se le direttive che provengono dai vertici della capogruppo, in modo più o meno formale, contengono in realtà vere e proprie istigazioni a commettere illeciti penali e se queste vengono accolte, si realizzerà un normale concorso di persone fisiche secondo i dettami degli artt. 110 ss. c.p. e, dalla responsabilità penale delle singole persone fisiche potrà dipendere, a patto naturalmente che sussistano tutti i requisiti necessari, la responsabilità amministrativa delle società in cui queste operano.

Potrà dunque accadere che, a seconda del ruolo rivestito dai correi nelle rispettive società – apicale o sottoposto – si abbia una diversa gradazione di responsabilità per le varie società coinvolte, responsabilità *ex art. 6* ove il soggetto implicato rivesta un ruolo di vertice, *ex art. 7* ove rivesta un ruolo subordinato. Quindi da un medesimo fatto di reato potranno sorgere responsabilità amministrative diversamente modulate per le società interessate.

3. 1 Impostazione del problema nel caso di adesione alla tesi della natura penale della responsabilità *ex d. lgs. 231/2001*. Riflessioni nel caso di soggetti apicali

E' intuitivo come le conseguenze in termini di circolazione della responsabilità nei gruppi mutino radicalmente a seconda che si abbracci questa o quell'altra tesi in ordine alla natura della responsabilità *ex d. lgs. 231/2001*. Com'è noto, ad onta delle dichiarazioni del legislatore, si è sviluppato in dottrina un acceso dibattito su quale sia la reale natura della responsabilità introdotta dal d. lgs. 231/2001¹⁸¹. A questo proposito, il tema del concorso di persone nel reato può presentare dei profili interessanti nel caso in cui si decida di aderire alla tesi della natura penale della responsabilità, formalmente amministrativa, degli enti¹⁸².

¹⁸¹ C. PEDRAZZI la definiva in uno dei suoi ultimi scritti "pseudo-amministrativa": cfr. *Corporate governance e posizioni di garanzia: nuove prospettive?*, ora in *Diritto penale, III, Scritti di diritto penale dell'economia*, Milano, 2003, p. 1374.

¹⁸² Sulla natura della responsabilità degli enti cfr. A. ASTROLOGO, *Concorso di persone e responsabilità della persona giuridica*, in *Ind. Pen.*, 2005, n. 3, p. 1003; M. BARBUTO, *La*

E' noto come secondo diversi autori sussistano diversi indici nel decreto a testimonianza dell'irrelevanza dell'aggettivo *amministrativa*. Se nelle tesi più moderate la cautela del legislatore nello scegliere questa qualifica è atteggiamento apprezzabile¹⁸³, nelle impostazioni più critiche si arriva a parlare addirittura di "frode delle etichette"¹⁸⁴.

I fautori della tesi penale sostengono che nel decreto vi siano numerosi indici a testimonianza della natura solo *formalmente* amministrativa della responsabilità degli enti. Tra questi il fatto che tale responsabilità sia direttamente connessa alla commissione di illeciti penali, la cognizione di essa è demandata al giudice penale ed inoltre la responsabilità *ex crimine* della persona giuridica è autonoma, come afferma espressamente l'art. 8 del decreto, poiché persiste anche quando l'autore materiale del reato non sia

responsabilità amministrativa della società per i reati commessi a suo vantaggio, in *Impresa c.i.*, 2001, p. 930; A. TRAVI, *La responsabilità della persona giuridica nel D. Lgs. n. 231/2001: prime considerazioni di ordine amministrativo*, in *Le società*, 2001, n. 11, p. 1305; G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 1158; C.E. PALIERO, *Il d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, società delinquere (et puniri) potest*, *cit.*, p. 845; D. PULITANO', *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri di imputazione*, *cit.*, p. 415; A. ALESSANDRI, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, p. 33; G. MARINUCCI, "Societas puniri potest": *uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 1193; M. ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 393; A. FRIGNANI - P. GROSSO- G.ROSSI, *I modelli di organizzazione previsti dal D. Lgs. n. 231/2001 sulla responsabilità degli enti*, in *Le società*, 2002, n. 2, p. 143; R. RORDORF, *Prime (e sparse) riflessioni sulla responsabilità amministrativa degli enti collettivi per reati commessi nel loro interesse o a loro vantaggio*, in *AA.VV.*, *La responsabilità amministrativa degli enti*, IPSOA, 2002, p. 5; V. MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d. lgs. n. 231/2001: una "truffa delle etichette davvero innocua?*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, fasc. 4, p. 879; A. MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, in *Cass. Pen.*, 2003, 319, p. 1115; L. STORTONI – D. TASSINARI, *La responsabilità degli enti: quale natura? Quali soggetti?*, in *Ind. Pen.*, 2006, n. 1, p. 7; A. MEREU, *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi e i criteri di attribuzione della responsabilità tra teoria e prassi*, in *Ind. Pen.*, 2006, n. 1, p. 40.

¹⁸³ In questo senso M. ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 398.

¹⁸⁴ E. MUSCO, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive*, in *Dir. giust.*, 2001, n. 23, p. 8. Sulla questione dell'ipotizzata truffa delle etichette si veda la disamina di D. PULITANO', *op. cit.*, secondo il quale il senso pregnante in cui il concetto è utilizzato in dottrina si riferisce infatti alla situazione in cui la classificazione formale serve a coprire l'elusione di garanzie rese necessarie dalla sostanza "punitiva" degli istituti. Così non avviene nel d. lgs. 231/2001. Nell'apprestare garanzie sostanziali e processuali, il legislatore italiano del 2001 ha adottato un'ottica penalistica, fra tutte la più garantista. Sullo stesso punto si veda anche in toni diversi V. MAIELLO, che censura la leggerezza con cui il legislatore ha affrontato il tema della natura della responsabilità degli enti, sia in sede di lavori preparatori, che di testo definitivo, che infine di Relazione. Non è sufficiente appellarsi ad una concezione normativa della colpevolezza, ad una "riprovevolezza", per poter affermare tranquillamente che soggetti collettivi possono essere penalmente responsabili... Avverte della rilevanza della questione e delle sue ricadute pratiche A. ASTROLOGO, *op. ult. cit.*

individuato o non sia imputabile, o quando il reato si estingua per causa diversa dall'amnistia¹⁸⁵. Si sottolinea poi come la competenza del giudice penale faccia sì che il provvedimento che irroga una sanzione non possa di conseguenza essere mai amministrativo, bensì sempre giurisdizionale, una sentenza¹⁸⁶.

Volendo analizzare tutte le possibili soluzioni del problema dei gruppi e pur non aderendo - per i motivi che si vedranno oltre - alla tesi penalistica, si tenterà ora di analizzare come il nostro interrogativo potrebbe svolgersi nel caso in cui effettivamente la responsabilità delle società in base al d. lgs. 231/2001 fosse penale.

Si potrebbe valutare un'eventuale operatività degli artt. 110 ss. c.p. anche per gli enti collettivi. Autorevole dottrina ritiene ad esempio che l'assoggettamento a sanzione sia della persona fisica, sia della persona giuridica risponda alla normale ottica penalistica della responsabilità in concorso¹⁸⁷. Il d. lgs. 231/2001 nulla statuisce in merito al concorso di persone giuridiche nel reato. Mentre invece, è bene sottolinearlo, si esprime riguardo ad un'altra forma di manifestazione del reato: il tentativo (disciplinato all'art. 26). Da ciò si potrebbe forse semplicemente ricavare, a contrario, che il legislatore non desiderava alcuna operatività dell'istituto del concorso in questa peculiare sede. Tuttavia questa considerazione potrebbe risultare semplicistica.

Per comprendere l'utilità che potrebbe avere il ricorso agli artt. 110 ss. c.p., si immaginino degli esempi ipotetici. Potrebbe darsi il caso in cui un soggetto in posizione apicale sia nella società capogruppo che in quella da questa coordinata e diretta, commetta un reato nell'interesse di entrambe, oppure il caso in cui un amministratore della capogruppo concorra con quello di una controllata da essa diretta nella realizzazione di un reato. Ci si potrebbe chiedere se l'accertamento di responsabilità in queste due ipotesi segua per le due società strade differenti ed autonome o se non occorra verificare un concorso delle due persone giuridiche nella realizzazione del reato.

¹⁸⁵ Questi indici sono rinvenuti da C.E. PALIERO, *op. ult. cit.*, p. 845.

¹⁸⁶ Così A. TRAVI, *op. cit.*, p. 1305.

¹⁸⁷ D. PULITANO', *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse*, in *Atti del convegno di Roma, 30 novembre – 1 dicembre 2001*, p. 23, così citato da A. ASTROLOGO, *op. ult. cit.*, p. 1021.

Occorre a tal fine soffermarsi sul parametro di ascrizione della responsabilità all'ente.

Il criterio di imputazione della responsabilità per il caso di commissione del reato da parte di soggetto in posizione apicale è disciplinato all'art. 6 del d. lgs. 231/2001 e sembra improntato sulla teoria dell'immedesimazione organica. Differentemente da quanto accade, lo si analizzerà fra poco, per il caso di reato commesso da soggetto sottoposto, nell'ipotesi di soggetto apicale il ruolo dell'organizzazione preventiva del reato sembra decisamente meno importante. Di regola, al reato del soggetto apicale corrisponde la responsabilità dell'ente collettivo. La presenza di idonei modelli organizzativi gioca un ruolo di rilievo solo nel caso in cui vi sia prova dell'elusione fraudolenta di essi da parte della persona fisica, cioè di un'abilità di questa tale da aggirare i meccanismi preventivi dell'agire criminoso approntati dall'ente. Altrimenti, fuori di questo caso, non è richiesto in modo esplicito che per il verificarsi della responsabilità dell'ente ricorrano altresì delle carenze organizzative¹⁸⁸. Non sembra che sia in alcun modo richiesto che la "colpa d'organizzazione" dell'ente incida sulla commissione del reato¹⁸⁹.

Si potrebbe ipotizzare di ricavarne l'implicita necessità dall'articolo 7 apprestato per i soggetti sottoposti, immaginando il ruolo causale delle carenze organizzative come criterio richiesto in ogni caso, soltanto previsto in modo esplicito all'art. 7 ed implicito all'art. 6. A sostegno di questa ipotesi ricostruttiva potrebbe portarsi l'art. 17 d. lgs. 231/2001, *Riparazione delle conseguenze del reato*, in cui il legislatore ha previsto la possibilità per l'ente di evitare l'applicazione di sanzioni interdittive quando prima del dibattimento l'ente pone in essere una serie di condizioni. Tra queste la lettera b) prevede: "*l'ente ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante*

¹⁸⁸ Secondo A. ASTROLOGO, *op. ult. cit.*, p. 1011, nel caso di soggetti apicali il legislatore presume *iuris et de iure* l'esistenza di un legame eziologico tra l'omissione colposa dell'ente e la commissione dell'illecito penale. Secondo E. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. Pen.*, 2005, 144.1, p. 324, il parametro ex art. 6 si avvicina molto alla responsabilità oggettiva civilistica. L'elusione fraudolenta dei modelli opererebbe come il caso fortuito o la forza maggiore intervenendo sul nesso di causalità e interrompendolo.

¹⁸⁹ Nello stesso senso A. ASTROLOGO, *op. ult. cit.*, p. 1022: "La disciplina *de qua* non richiede che sia verificato alcun nesso tra la condotta (*rectius* omissione) dell'ente e la realizzazione del reato e, quindi, l'organismo collettivo sarà chiamato a rispondere penalmente anche qualora la colpa di organizzazione non abbia in concreto contribuito alla realizzazione dell'illecito".

l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi". Qui le carenze organizzative che hanno *determinato* il reato non sono esplicitamente riferite al solo caso di commissione dell'illecito da parte di soggetto sottoposto, ma sono evocate in termini generali.

Ma, come si avrà occasione di affermare anche oltre, qui non si presume il nesso eziologico delle carenze organizzative, ma – al più – si presume la mera esistenza di queste stesse carenze. La cosiddetta colpa di organizzazione ha qui un ruolo fortemente ridotto. Ed in ogni caso estendere quanto stabilito all'art. 7 per una situazione nettamente diversa costituirebbe probabilmente una forzatura inammissibile del dato letterale. Il decreto sembrerebbe in questo punto chiaro nel prevedere due distinti criteri di imputazione, uno per i soggetti di vertice ed uno per quelli ad essi sottoposti, per rispondere alle marcate diversità che conseguono al coinvolgimento delle due tipologie di figure.

Dunque nei casi sopra prospettati probabilmente non è sensato ragionare in termini di correttezza delle persone giuridiche, poiché la via per accertare la responsabilità di queste seguirà nel primo caso un percorso molto semplice: alla commissione di un reato da parte di un soggetto che in entrambe riveste un ruolo apicale, corrisponderà quasi automaticamente la responsabilità delle diverse società.

Nel secondo caso, in cui si è immaginato un concorso di persone fisiche apicali appartenenti a due enti legati da rapporto di direzione e coordinamento, si potrebbe *prima facie* ravvisare un problema nel fatto che la condotta di uno dei due soggetti individuali di per sé non sarebbe stata tale da vedere riscontrata la fattispecie di reato, ma che – soltanto grazie alla funzione incriminatrice svolta dall'art. 110 c.p. – questa sia nondimeno divenuta tipica. Ma non è chi non veda come, una volta riscontrata per questa via la tipicità della condotta della persona fisica, e ammessa la possibilità di ritenerla quindi responsabile dell'illecito, non si frappongano ulteriori ostacoli a rintracciare altresì la responsabilità della persona giuridica che essa immedesima. Se l'individuo, in ipotesi anche non identificato, è considerato corresponsabile del reato compiuto dal secondo individuo, ecco che - per il semplice parametro stabilito all'art. 6 del d. lgs. 231/2001 - anche la società cui egli appartiene sarà

sanzionabile, a meno che non si rinvenga la prova di un'elusione fraudolenta dei modelli organizzativi volti alla prevenzione del reato verificatosi approntati dalla società. Solo l'elusione fraudolenta è in grado di interrompere il legame organico.

3. 2 Impostazione del problema nel caso di adesione alla tesi della natura penale della responsabilità ex d. lgs. 231/2001. Riflessioni nel caso di soggetti sottoposti

Si è detto che i criteri di imputazione soggettivi rivestono delle note di forte diversità uno dall'altro. Si pensi così ora ad un nuovo caso: si faccia l'ipotesi in cui sia un soggetto sottoposto nella società diretta e coordinata che, di fatto o di diritto, sia soggetto sottoposto altresì nella capogruppo, a commettere un reato nell'interesse delle due società. Oppure che la fattispecie si realizzi attraverso il concorso di un soggetto sottoposto nella capogruppo con un sottoposto nella società diretta. In queste ipotesi dovrà farsi luogo all'applicazione del criterio di imputazione di cui all'art. 7 del decreto. Questo si modula in toni molto diversi dal criterio previsto per i soggetti apicali. Si richiede infatti che la commissione del reato "sia stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza", inosservanza esclusa – in base al co. 2 dello stesso articolo – nel caso in cui siano presenti modelli organizzativi adeguati. Dunque, perché l'ente sia ritenuto responsabile, occorre che chi doveva vigilare o dirigere i sottoposti non l'abbia fatto, o che protocolli organizzativi anti-reato fossero assenti e che tali carenze, tali omissioni abbiano *reso possibile* la commissione del reato. L'espressione utilizzata è di particolare interesse. Potrebbe interpretarsi come espressione volta a chiamare in gioco l'accertamento di un vero e proprio nesso eziologico delle inosservanze in discorso sulla realizzazione del reato. Sembrerebbe così impostato un concorso nella commissione del reato della persona fisica con quella giuridica. L'ente, attraverso le sue carenze organizzative, fornirebbe il proprio contributo causale alla realizzazione del reato da parte della persona fisica. Si prescinda momentaneamente dal considerare tutti i problemi interpretativi che da questa prospettazione potrebbero emergere, per riflettere su ciò: nel primo caso

ipotizzato, in cui lo stesso soggetto sia qualificabile come persona sottoposta sia nella società coordinata e diretta, sia nella società che esercita l'attività di direzione e coordinamento, ci si potrebbe interrogare circa il ruolo delle due società nella realizzazione del reato. Potrebbe ipotizzarsi un concorso di entrambe le società nel reato commesso dall'individuo. Le condotte delle due società, entrambe in ipotesi prive di modelli organizzativi idonei e di un'efficace sorveglianza dell'autore del reato, potrebbero aver contribuito alla realizzazione dello stesso. Potrebbe darsi cioè l'eventualità di un concorso della persona fisica, della capogruppo e della società coordinata e diretta nella commissione del reato. A questo punto ci si dovrebbe interrogare sulla necessità che una disposizione regoli questa peculiare ipotesi di concorso: l'autore (persona fisica) del reato da una parte, due società partecipi dall'altra. Ci si potrebbe domandare, cioè, se sia necessaria un'espressa previsione legislativa che disponga il concorso di più persone giuridiche con quella fisica o se non sia sufficiente la previsione dell'art. 7, nel momento in cui disciplina la corresponsabilità dell'ente di appartenenza del soggetto al reato da questi realizzato.

Si immagini che il soggetto sottoposto commetta un reato nell'interesse della propria società, ma anche nell'interesse o a vantaggio della società che questa dirige e coordina. Le carenze organizzative della società eterodiretta potrebbero in ipotesi da sole non essere state sufficienti a rendere possibile la commissione della fattispecie. Tuttavia, sommate a quelle della società capogruppo potrebbero aver conseguito la forza eziologica necessaria. In altri termini la società capogruppo, nell'ambito dell'attività di direzione unitaria, potrebbe aver impostato in ipotesi l'organizzazione dell'intero gruppo in modo inidoneo alla prevenzione del reato. La catena di carenze organizzative, dalla capogruppo alla società coordinata e diretta, avrebbe reso possibile la commissione del reato. Questa non sarebbe originata quindi dal semplice concorso della società eterodiretta, ma anche dal ruolo giocato dalla capogruppo. Se la persona fisica occupa una posizione subordinata nella società diretta, e occupa formalmente un ruolo simile anche nella capogruppo, oppure di fatto la si riconosce sottoposta alla direzione o alla vigilanza anche

dei soggetti in posizione apicale nella società capogruppo, allora può dirsi rintracciato il legame funzionale necessario per l'ascrizione della responsabilità non solo nei confronti della società diretta, ma anche nei confronti della capogruppo. A questo punto si può discutere della legittimità, stando alla lettera del d. lgs. 231/2001, di un'eventualità simile. Ci si può chiedere se per ritenere responsabili le due società sia sufficiente quanto statuito all'art. 7 o se non sia necessaria un'ulteriore previsione, e in questo caso se e dove tale ulteriore previsione sia rintracciabile.

Se i contributi forniti alla realizzazione del reato dalle due società mediante le loro carenze in termini di vigilanza e di modelli organizzativi fossero entrambi autonomamente in grado di rendere possibile la commissione del reato, probabilmente l'art. 7 sarebbe sufficiente, visto che si è ipotizzato che l'autore del reato abbia un legame sia con la capogruppo che con la società diretta e coordinata. Ma se invece si restasse nell'ambito dell'eventualità poc'anzi prospettata, peraltro probabilmente di scarso rilievo empirico, se cioè soltanto l'insieme delle carenze delle due società fosse in grado di contribuire casualmente alla commissione del reato, allora la questione diverrebbe più complessa.

Per concretizzare il nostro esempio, si immagini che un dipendente della società eterodiretta commetta il reato di manipolazione del mercato nell'interesse proprio e della propria società, ma finisca con ciò con l'avvantaggiare¹⁹⁰ altresì la società capogruppo. Se fosse stato per il solo contributo della società eterodiretta, il reato non si sarebbe verificato. Ma grazie alla sommatoria delle carenze delle due società, grazie ad esempio al fatto che l'assenza di modelli organizzativi della società eterodiretta trova le sue radici in un sistema deficitario approntato dalla società capogruppo, il reato è stato "reso possibile". Si aggiunga, per ritenere soddisfatto anche il parametro di cui all'art. 5 circa le qualifiche soggettive che possono invocare la responsabilità degli enti, che la persona fisica sia dipendente anche della società capogruppo, figure cioè anche nel suo organico ufficiale, oppure che si ritenga che il soggetto possa essere qualificato come soggetto sottoposto anche nella società capogruppo,

¹⁹⁰ Si immagini per il momento di non adottare alcuna lettura particolare del termine "vantaggio", ma di accedere alla tesi più piana, la stessa sostenuta dalla Relazione al d. lgs. 231/2001.

poiché - in quanto soggetto sottoposto alla direzione o alla vigilanza dei soggetti apicali della società diretta - è di conseguenza sottoposto alla direzione o alla vigilanza anche dei soggetti apicali della capogruppo. A questo punto potrebbe rendersi necessaria una norma sul concorso di persone giuridiche, una norma cioè che renda tipiche quelle condotte, quelle carenze organizzative, che di per sé tipiche non sarebbero.

Nel decreto non c'è alcuna disposizione relativa ad un concorso di persone giuridiche nell'illecito amministrativo (o meglio, nella tesi ora seguita, penale). Da un lato si potrebbe da ciò dedurre una volontà del legislatore di non lasciare spazio a questa forma di manifestazione del reato. Dall'altro lato però si potrebbe immaginare un'applicazione della parte generale del codice penale agli enti. L'operazione potrebbe sembrare plausibile, ma non con totale certezza, dal momento che il legislatore del 2001 ha inteso creare una parte generale apposita per la responsabilità degli enti e quando ha inteso rinviare a disposizioni previste altrove, lo ha fatto espressamente e – per quanto qui interessa – lo ha fatto con riferimento a disposizioni non di diritto penale sostanziale, ma di diritto penale *processuale*. L'articolo 34 del d. lgs. 231/2001 stabilisce infatti che, per il procedimento relativo agli illeciti amministrativi dipendenti da reato, si osservano, in quanto compatibili, le disposizioni del codice di procedura penale. La rubrica della norma, "Disposizioni *processuali* applicabili", conferma come il rinvio sia fatto solo appunto alle norme di procedura. Ancora, l'articolo 35 estende all'ente le disposizioni *processuali*, ove compatibili, relative all'imputato. Non si rinviene quindi alcun articolo del decreto che legittimi esplicitamente un ricorso alle norme penali sostanziali. E già il fatto che il legislatore del 2001 abbia sentito l'esigenza di ribadire la validità del principio di legalità all'art. 2 e le regole della successione di leggi all'art. 3, potrebbe confermare l'ipotesi che il rinvio alle norme penali di parte generale non sia ammesso implicitamente dall'articolato del decreto se, dove era necessario riferirvisi, lo è stato fatto espressamente.

C'è forse il rischio che un'applicazione dell'art. 110 c.p. agli enti si risolva dunque in un'interpretazione analogica *in malam partem*¹⁹¹, come tale naturalmente vietata.

Si potrebbe ipotizzare però una ricorribilità implicita alla parte generale del codice penale, motivata dalla semplice constatazione dell'essenza penale della responsabilità ex d. lgs. 231/2001.

Ipotizzando, per portare avanti il ragionamento, l'ammissibilità del ricorso all'art. 110 c.p., occorrerebbe in ogni caso vagliare che effettivamente esistano tutti i presupposti per la sua applicazione, avendo a che fare con dei soggetti giuridici. Certo se l'art. 110 c.p. parla di persone che concorrono nel reato *tout court*, senza specificare di che tipo di persone si tratti, non si devono perciò trarre conclusioni affrettate, dimenticando l'esegesi degli elementi che fan sì che di concorso si possa parlare.

Perché sussista il concorso di persone ex art. 110 c.p. devono ricorrere quattro requisiti: una pluralità di soggetti agenti, la realizzazione di una fattispecie di reato, il contributo causale di ogni correo alla realizzazione del reato e l'elemento soggettivo, quest'ultimo com'è noto deve comprendere la consapevolezza e la volontà del partecipe di contribuire casualmente alla realizzazione del fatto¹⁹². Se i primi due elementi non presentano particolari problemi, non altrettanto avviene per gli ultimi due.

Iniziando dall'elemento soggettivo¹⁹³, è ovvio che se già è complesso delineare in genere un criterio di imputazione soggettivo per un ente pluripersonale, è ancor più difficile delineare e immaginare di dover provare la sussistenza in capo ad esso del cd. dolo del partecipe.

Non sembrerebbe tuttavia del tutto corretto ipotizzare l'applicazione dell'art. 110 c.p., poiché non pare che il canone di imputazione della responsabilità agli enti ex art. 7 d. lgs n. 231/2001 sia assimilabile ad un comportamento doloso. A meno che non si aderisca alla tesi di chi sostiene una

¹⁹¹ Adombra l'eventualità M. GUERNELLI, *op. cit.*, p. 288.

¹⁹² Cfr. G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, seconda edizione, Milano, 2006, p. 353 ss.

¹⁹³ Sulla problematicità dell'elemento soggettivo, anche in prospettiva *de iure condendo*, alla luce dei progetti di riforma del codice penale Grosso e Nordio, si veda l'analisi di A. ASTROLOGO, *op. ult. cit.*, p. 1023 ss.

concezione pluralistica del concorso di persone nel reato, in cui ognuno concorre a titolo diverso, a seconda della propria colpevolezza, nel medesimo reato¹⁹⁴, si potrebbe piuttosto ragionare su di un'eventuale utilizzo dell'art. 113 c.p., concernente l'agevolazione colposa.

E' in realtà fortemente dubbio che possa farsi un qualunque accostamento tra l'imputazione soggettiva dell'illecito alla persona giuridica e l'imputazione soggettiva dell'illecito penale alla persona fisica, cioè dei canoni che emergono dagli artt. 6 e 7 del decreto con i parametri del dolo e della colpa della persona fisica¹⁹⁵. Anche se è opportuno ricordare che lo stesso decreto sembra spingere verso l'assimilazione dei requisiti soggettivi individuali e collettivi nel momento in cui all'art. 26, *Delitti tentati*, stabilisce al co. 2 che l'ente non risponde quando *volontariamente* impedisce il compimento dell'azione o la realizzazione dell'evento¹⁹⁶. In ogni caso, per abbozzare un ragionamento sulla base di queste ipotesi, peraltro azzardate, la "colpevolezza" d'organizzazione delineata dal d. lgs. 231/2001 sembra accostabile più ad un parametro colposo, di violazione di regole cautelari, che non ad un parametro doloso. La finalità preventiva che anima le disposizioni sui modelli organizzativi porta più vicino alla colpa che al dolo. Si potrebbe ipotizzare dunque, si accennava poco fa, un'applicabilità della disposizione sull'agevolazione colposa¹⁹⁷. Se l'attribuzione di responsabilità (in ipotesi ora) penale agli enti avvenisse a titolo di colpa,

¹⁹⁴ Si veda ad esempio A. PAGLIARO, *Diversi tipi di responsabilità per uno stesso fatto concorsuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 3, fautore della tesi per la quale le disposizioni sul concorso darebbero origine a *fattispecie plurisoggettive differenziate*: i partecipi avrebbero in comune il nucleo dell'accadimento materiale, ma si distinguerebbero in particolare per l'atteggiamento psichico adottato da ognuno.

¹⁹⁵ Cfr. tuttavia al riguardo le osservazioni di F. VIGNOLI, *La responsabilità "da reato" dell'ente collettivo fra rischio di impresa e colpevolezza*, in www.rivista231.it, secondo il quale la dicotomia dolo – colpa continuerebbe a conservare una funzione euristica e paradigmatica insostituibile. Inoltre, non si dovrebbe trascurare la possibilità di verificare l'esistenza di una vera e propria volontà dell'ente, suffragata oggi anche da studi aziendalistici. Ancora, il modello colposo, che fa leva sulla cd. colpa d'organizzazione, conosce importanti precedenti nell'ordinamento italiano, basti pensare al diritto amministrativo e in particolare al rimprovero dell'apparato nel caso di responsabilità civile dell'Amministrazione discendente da atto illegittimo. La nota sentenza della Cassazione a sezioni unite n. 500/99 avrebbe infatti individuato una vera e propria colpa dell'Amministrazione, che prescinde dal singolo funzionario e da ogni metafora organica.

¹⁹⁶ Un recente contributo dottrinale ha escluso l'ascrivibilità della colpevolezza dell'ente al nucleo della colpa, riscontrandovi piuttosto una sorta di "precolpevolezza": C.E. PALIERO – C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. società e enti*, 2006, n. 3, p. 167.

¹⁹⁷ Sul tema cfr. F. ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, Milano, 1984.

potrebbe ipotizzarsi un'agevolazione colposa della società capogruppo e della società diretta e coordinata del delitto colposo realizzato dalla persona fisica.

E' noto tuttavia che l'art. 113 c.p. si riferisce all'agevolazione di un delitto *colposo*, mentre attualmente la maggior parte dei reati dai quali può discendere la responsabilità degli enti sono dolosi.

Sulla possibilità di un concorso colposo o di un'agevolazione colposa ad un delitto *doloso*, molto si è discusso. Il tema è estremamente problematico, ma si tende per lo più a negare l'ammissibilità della figura¹⁹⁸. Si fa leva, com'è noto, sul fatto che occorre in base al codice penale una previsione espressa della responsabilità colposa (art. 42 co. 2). Proprio la circostanza che l'art. 113 si riferisca all'agevolazione di un delitto colposo confermerebbe questo assunto, così come la previsione nella parte speciale di alcune specifiche ipotesi in cui si prevedono espressamente ipotesi di agevolazione colposa di un altrui fatto doloso. Inoltre si usa notare che, dove il Legislatore avrebbe potuto scrivere "cooperazione nel delitto", ha scelto invece di precisare "cooperazione del delitto *colposo*"¹⁹⁹. Se quindi l'agevolazione colposa di un delitto doloso non è ammessa, così come per ragioni analoghe non si ritiene generalmente ammissibile il concorso colposo in un delitto doloso²⁰⁰, ipotizzando che la responsabilità degli enti abbia natura penale, non si potrebbe immaginare un'agevolazione colposa delle due società nell'illecito penale doloso commesso dalla persona fisica²⁰¹.

Tuttavia si osserva che se la responsabilità avesse appunto natura penale, e se si ritenesse il criterio di imputazione soggettivo della responsabilità

¹⁹⁸ Cfr. al riguardo P. SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, Milano, 1988, p. 236.

¹⁹⁹ Cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, quarta edizione, Zanichelli, 2004, pp. 471-472.

²⁰⁰ Si usa fare riferimento anche all'osservazione che quando il legislatore ha voluto prevedere casi in cui la partecipazione avviene a titolo psicologico diverso per taluno dei partecipanti, lo ha fatto espressamente, così come avviene per il reato diverso voluto da taluno dei partecipi, regolato all'art. 116 c.p. Dunque, a contrario, vista l'eccezionalità di tali ipotesi, ricavare in via interpretativa altri casi di diversità del titolo violerebbe il principio di legalità. Così G. FIANDACA – E. MUSCO, *op.cit.*, p. 471.

²⁰¹ Diverso sembrerebbe il discorso con riguardo alle fattispecie colpose recentemente inserite nel catalogo dei reati dai quali può dipendere la responsabilità da reato degli enti. Ma per esprimersi su queste sembra ancora troppo presto, e già si è rilevato come queste necessitino in primis di un chiarimento quanto al rapporto con il criterio di imputazione oggettivo di cui all'art 5 d. lgs. 231/2001.

all'ente ex art. 7 effettivamente colposo, se quindi la società fosse chiamata a rispondere a titolo di colpa del delitto doloso del proprio sottoposto, allora vedremmo annullato il problema, poiché si tratterebbe proprio di una previsione normativa espressa di responsabilità colposa, così come richiesto dal codice penale, si tratterebbe di una di quelle rare ipotesi legislativamente previste di agevolazione colposa appunto di un delitto doloso. Se anche non denominata espressamente colposa, ma interpretata come tale, ravvisando nella violazione dei modelli organizzativi o nella mancata predisposizione di essi la violazione di una regola cautelare, allora ben potrebbero a questo punto le società agevolare colposamente il reato doloso.

Problematico resta il fatto che occorrerebbe provare la consapevolezza dell'ente collettivo dell'agevolazione del delitto della persona fisica²⁰², elemento questo difficilmente ravvisabile in una persona astratta e in ogni caso rinvenibile più come "preconsapevolezza" di facilitare, con le proprie carenze organizzative, tutta una serie di future e possibili tipologie di fattispecie. Raramente sarà sostenibile che le carenze dell'ente provino proprio la sua consapevolezza di agevolare così la commissione di uno specifico reato da parte della persona fisica. Il connotato psicologico permane quindi problematico²⁰³.

Comunque sia, ammesso che il d. lgs. 231/2001 conceda il ricorso all'art. 113 c.p., si resterebbe nell'ambito dell'art. 113 c.p. anche qualora si accedesse alla tesi che ritiene l'espressione "sia stata resa possibile" di cui all'art. 7 d. lgs. 231/2001 non alluda alla necessità di un vero e proprio contributo causale, ma a qualcosa di inferiore, ad una semplice agevolazione.

A questo proposito si noti però come, in una delle poche ipotesi legislative di agevolazione colposa di delitto doloso, quella prevista all'art. 254

²⁰² Conclude in termini negativi A. ASTROLOGO, *op. ult. cit.*, p. 1028.

²⁰³ Secondo G. AMATO, *Finalità, applicazione e prospettive della responsabilità amministrativa degli enti*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 140, la responsabilità amministrativa è sì fondata sulla colpa dell'ente, ma si è in presenza di una regola cautelare rigida, in cui il comportamento da tenere per evitare l'evento dannoso è fissato dal legislatore con assoluta nettezza (ovverosia l'obbligo di predisporre un modello precauzionalmente efficiente rispetto a tutti i reati che possono essere fonte della responsabilità amministrativa), sì che la prevedibilità e l'evitabilità dell'evento (cioè la commissione di uno dei reati presupposto) "non ha bisogno di dimostrazione "in concreto", in quanto l'inosservanza della regola integra, di per sé, quell'imprudenza o negligenza che costituisce l'essenza della colpa".

c.p. e concernente l'agevolazione della distruzione o del sabotaggio ad opere militari (cfr. art. 253 c.p.), si affermi: "quando l'esecuzione del delitto preveduto dall'articolo precedente è stata resa possibile, o soltanto agevolata, per colpa (...)". L'inciso *o soltanto agevolata*, in cui "o" è una congiunzione disgiuntiva volta a separare e a distinguere da quanto precede, fa sì che "rendere possibile" sembri nel linguaggio del codice qualcosa di più della "semplice agevolazione".

Se si restasse dunque nell'ambito dell'art. 110 c.p. per quanto riguarda il contributo causale, aderendo alla tesi della necessità di accertamento di un contributo secondo la teoria della *condicio sine qua non*, ribadito come il d. lgs. 231/2001 non sembri richiedere la sussistenza e l'accertamento del nesso di causalità tra la "condotta" dell'ente e la realizzazione di un reato da parte della persona fisica in posizione apicale²⁰⁴ e restando in questa sede nell'ambito della responsabilità derivante dal comportamento dei soggetti sottoposti, ci si potrebbe appunto accontentare di ritenere riscontrabile il requisito grazie alla previsione dell'art. 7, per la quale la commissione del reato dev'essere stata "resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza". A questo proposito il contributo della società all'illecito penale potrebbe risultare sicuramente in un contributo materiale: le carenze in ordine all'impostazione

²⁰⁴ Si è detto che l'esistenza di un nesso eziologico sembra richiesta al più per il solo caso di reato commesso da soggetti in posizione sottoposta, mentre invece nulla sarebbe previsto dello stesso tenore per i soggetti in posizione apicale. Occorre però notare come sia tuttavia prevista nel decreto un'eccezione a questa generica distinzione all'art. 25-ter riguardante i reati societari previsti dal codice civile. In questa disposizione, che presenta diversi elementi di distonia rispetto al modello generale di imputazione della responsabilità all'ente, come si è già avuto modo di rilevare, si prevede che la responsabilità consegua dagli illeciti penale degli amministratori, direttori generali o liquidatori o da persone sottoposte alla loro vigilanza (con una formulazione dei soggetti dunque diversa rispetto a quella dell'art. 5 co. 1 a) e b)) "*qualora il fatto non si fosse realizzato, se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi inerenti alla loro carica*". Si è già detto di come autorevole dottrina abbia aspramente criticato questa sgrammaticata e contorta disposizione (cfr. C.E. PALIERO, *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali...*, cit., p. 57). Si osservi in questa sede che qui, anche con riferimento alle fattispecie realizzate da soggetti in posizione apicale, sembra richiedersi un nesso eziologico tra il non corretto adempimento dei propri obblighi da parte dei soggetti apicali e la realizzazione dell'illecito. Affermare che da questa isolata disposizione si possa evincere che occorre in ogni caso per tutti i reati commessi dagli apicali l'accertamento di un legame eziologico sembra conclusione eccessiva. Resta interessante notare come il legislatore penale-societario del 2002 che ha introdotto l'art. 25-ter, seppur sbadatamente e nel contesto di una norma scritta in una prosa legislativa davvero carente, avesse introdotto la necessità di un riscontro causale nel rapporto tra il comportamento dei soggetti che più rappresentano l'anima dell'ente e la commissione di un illecito penale da parte di questi e dei soggetti loro sottoposti.

degli obblighi di direzione o di vigilanza sui sottoposti, l'assenza o l'inidoneità dei modelli organizzativi predisposti dall'ente, potrebbero senza dubbio contribuire materialmente alla realizzazione del reato.

Ci si potrebbe interrogare anche sull'ipotesi di un concorso morale della persona giuridica. Si potrebbe cioè riflettere sulla possibilità che la persona fisica sia condizionata dall'atmosfera lassista e poco attenta al rispetto delle leggi, ad un humus aziendale che non sanziona chi viola le regole e che con le proprie evidenti carenze finisca per istigare il dipendente. Se l'istigazione, il rafforzamento dell'altrui proposito criminoso, ha tradizionalmente una natura dolosa, non si esclude tuttavia che la condotta dell'ente, improntata alla colpa d'organizzazione, non finisca per ottenere lo stesso risultato in capo al soggetto agente.

Quand'anche si ritenessero risolte le problematiche in ordine al contributo causale del partecipe, resterebbero però vive le perplessità in ordine all'elemento psicologico. Quand'anche le si volesse superare ritenendo l'art. 7 un caso di espressa previsione del parametro colposo da parte del legislatore, e dunque vedendo il contributo della società come un concorso colposo nel delitto doloso dell'autore del reato individuale, non tutte le perplessità verrebbero fugate.

Si deve riflettere in modo più approfondito sull'assimilabilità del criterio di imputazione soggettivo della persona giuridica alla colpa così come intesa nel diritto penale per la persona fisica. Non è corretto a ben vedere, assimilare frettolosamente il primo parametro al secondo. Non si ritiene di poter parlare di colpa – *sic et simpliciter* – con riferimento al deficit organizzativo antireato della società. Infatti non si può affermare che sia *colpa* la mancanza di modelli organizzativi in relazione al singolo reato verificatosi. L'assenza di un'idonea struttura volta alla prevenzione delle condotte illecite non può soddisfare la verifica circa la prevedibilità e l'evitabilità di ogni precisa fattispecie che si verifichi. Le carenze organizzative sono correlate a tutta una serie indefinita di possibili fattispecie verificabili, e non sono riferibili – a meno che non lo si provi nel singolo caso, ma sarà evenienza rara – al peculiare reato realizzatosi.

La regola cautelare, se di essa si tratta, che dispone l'adozione di "compliance programs" è volta a prevenire il rischio di commissione di un alto e variegato numero di fattispecie, e non del particolare reato, in quel preciso contesto, in quelle precise circostanze di tempo e di azione.

Forse si può parlare di precolpevolezza²⁰⁵, ma non si può certo riscontrare una completa identificabilità del parametro di imputazione soggettiva all'ente con l'elemento psicologico colposo regolato dal codice penale.

Anche di fronte a questa incongruenza si avverte come l'assimilabilità alla responsabilità penale del sistema di responsabilità introdotto con il d. lgs. 231/2001 non è certo completa.

3. 3. La diversa ipotesi della fattispecie necessariamente plurisoggettiva

Il ragionamento ora abbozzato dovrebbe seguire cadenze differenti qualora si riflettesse in modo diverso da quanto sinora fatto, circa il rapporto tra società e soggetto sottoposto nel criterio di imputazione stabilito all'art. 7 del d. lgs. 231/2001.

Si richiede – si è visto – che l'inosservanza degli obblighi di direzione e coordinamento dei soggetti apicali su quelli sottoposti abbia reso possibile la commissione del reato da parte della persona fisica. Si precisa che l'inosservanza è comunque esclusa se l'ente, prima che il reato fosse commesso, aveva predisposto ed efficacemente attuato dei modelli di organizzazione, gestione e controllo idonei a prevenire la commissione di reati della specie di quello verificatosi.

Affinché l'ente possa essere riconosciuto responsabile occorre che abbia reso possibile la commissione del reato nel modo illustrato. La commissione del reato dev'essere dunque il frutto dell'azione dell'individuo e della condotta "negligente" dell'ente. Se non si rintraccia questa sommatoria di ente e persona fisica all'origine del reato, non si può parlare di alcuna responsabilità dell'ente dipendente da reato. Dalla necessità di riscontrare questo concorso di un soggetto individuale con un soggetto collettivo si potrebbe allora ritenere, consentendo con autorevole dottrina, che non si tratti tanto di un concorso

²⁰⁵ Cfr. nuovamente C..E. PALIERO, C. PIERGALLINI., *op. cit.*

eventuale, quanto di una fattispecie a concorso necessario della persona fisica e di quella giuridica²⁰⁶. Dunque, contrariamente a quanto prima ipotizzato, si potrebbe identificare una fattispecie necessariamente plurisoggettiva propria. Si parla tradizionalmente di reato necessariamente plurisoggettivo quando è la stessa disposizione incriminatrice a richiedere la presenza di più soggetti per l'integrazione del reato. Le fattispecie plurisoggettive proprie sono *contraddistinte dalla circostanza che vengono assoggettati a pena tutti i coagenti*²⁰⁷.

La responsabilità ex art. 7 d. lgs. 231/2001 si verifica solo nel caso in cui la commissione di una delle fattispecie della parte speciale sia realizzata attraverso il concorso di società e persona fisica sottoposta. Dunque il legislatore del 2001 avrebbe creato una nuova fattispecie, un reato del tutto particolare, che prevede il necessario concorrere di un soggetto umano e di un soggetto giuridico.

Si provi ora a riflettere su come cambierebbe, ai nostri fini, e quale volto assumerebbe, aderendo a questa tesi, il ruolo della società capogruppo. Per il suo coinvolgimento si potrebbe pensare *prima facie* di ipotizzare un concorso eventuale in una fattispecie necessariamente plurisoggettiva. Se sulla commissione del reato da parte della persona fisica e della società si innestasse un contributo da parte della società che esercita su quest'ultima attività di direzione e coordinamento, si configurerebbe un concorso eventuale nella fattispecie necessariamente plurisoggettiva. Tuttavia questo varrebbe per il caso in cui il reato commesso fosse realizzato nel concorso eventuale delle persone fisiche sottoposte alle due società, ognuna con il contributo necessario della propria società. Si verificherebbe un concorso eventuale tra due poli a concorso necessario.

²⁰⁶ Cfr. in questo senso A. ASTROLOGO, *Concorso di persone e responsabilità della persona giuridica*, cit., p. 1003, secondo la quale anche C.E. PALIERO, *La struttura della responsabilità per i reati commessi all'interno della società o dei gruppi*, cit., p.3, ritiene che il legislatore del 2001 abbia introdotto nel sistema penale italiano una fattispecie a concorso necessario, di parte generale. Secondo A. MELCHIONDA, *Brevi appunti sul fondamento "dogmatico" della nuova disciplina sulla responsabilità degli enti collettivi*, in F. PALAZZO (a cura di), *Societas puniri potest*, cit., p. 230, si tratterebbe invece di una nuova forma di manifestazione del reato, "come una nuova regola generale che, attraverso un processo di integrazione normativa con altre separate fattispecie incriminatrici, determina la formazione di una nuova ed autonoma configurazione tipica di singole (più specifiche) figure di reato".

²⁰⁷ Così G. FIANDACA – E. MUSCO, cit., pp. 488 – 489.

Nel caso in cui invece lo stesso soggetto fosse sottoposto, di diritto o di fatto, sia nella società coordinata e diretta che in quella esercitante l'attività di direzione e coordinamento, allora le conclusioni muterebbero. Si potrebbe ipotizzare una fattispecie necessariamente plurisoggettiva che coinvolgesse altresì la capogruppo. Dall'art. 7 si potrebbe cioè evincere la necessità di un concorso delle due persone giuridiche e di quella fisica per il caso della commissione del reato da parte di persona di rango sottoposto in entrambe le entità, ed agente nell'interesse delle due. L'art. 7 chiede che nel caso di soggetto sottoposto, ai fini della responsabilità dell'ente, la commissione del reato sia resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o di vigilanza. La disposizione parla di ente al singolare, tuttavia si potrebbe ritenere che nulla osti al fatto che gli enti responsabili siano due nel caso di società legate da un rapporto di direzione e coordinamento. Non sembra insensato immaginare che la commissione del reato da parte di una persona fisica operante sia nell'una che nell'altra e agente nell'intento di realizzare l'interesse di entrambe, debba ricevere il contributo causale non solo di una, ma anche dell'altra società per realizzarsi. Perché una persona con questa duplicità di compiti delinqua nell'interesse delle due società, occorre che entrambe la aiutino, entrambe rendano possibile con le loro carenze organizzative, o nell'impostare l'attività di direzione o vigilanza da parte dei propri soggetti apicali, o nell'impostare la propria struttura organizzativa al rispetto della legalità e alla prevenzione dei reati. La fattispecie necessariamente plurisoggettiva prevedrebbe dunque il concorso di tre soggetti, uno individuale e due collettivi.

Per quanto riguarda tutte le ricostruzioni ora ipotizzate in termini di responsabilità penale e concorso nel reato, permane tuttavia una forte perplessità. Quand'anche si trascurassero tutte le difficoltà interpretative riscontrabili nell'indagare su di un'agevolazione colposa, oppure su di un concorso eventuale o su di una fattispecie necessariamente plurisoggettiva, non di meno resterebbe forte lo stridore di questa costruzione con il fatto che la questione si risolve in modo nettamente diverso nel caso di reato commesso da soggetti in posizione apicale.

Se anche si fugassero tutti i dubbi, e si ritenesse di poter aderire a una o all'altra delle ipotesi ricostruite, la diversità della ricostruzione del ruolo dell'ente nel caso di soggetti apicali rappresenterebbe una forte aporia.

Ha senso ricostruire in termini di concorso, eventuale o necessario – si prescinda ora dal problema -, la realizzazione del reato in base al criterio di imputazione *ex art. 7 d. lgs. 231/2001*, quando la situazione nel caso di soggetti apicali si staglia in modo così differente? Ha senso questo sforzo interpretativo, se vale solo per il caso di commissione dell'illecito da parte di soggetti di rango subordinato? Ha senso ricostruire così diversamente le due ipotesi?

Nell'ipotesi di reato commesso da soggetti ai vertici gerarchici dei ranghi aziendali, le società sembrano restare quasi sullo sfondo, assistere come spettatori, poiché a ben vedere, dalla presunzione – peraltro probabilmente veritiera dal punto sociologico – dell'incarnazione della politica, dell'anima dell'impresa nel suo rappresentante, deriva pressoché ineluttabilmente la responsabilità dell'ente, poco conta che esistessero o meno dei modelli organizzativi.

In questo caso sembra molto difficile intravedere un ruolo di partecipe per l'ente nelle pieghe dell'art. 6, così come invece avviene nell'articolo 7. E si rammenti che in ciò la legislazione italiana è stata piuttosto “generosa” nei confronti delle società, lasciando la possibilità di dare una seppur difficile prova contraria, poiché altrove, come ad esempio negli Stati Uniti, dai quali tanta ispirazione il legislatore nostrano ha tratto, nel caso di commissione di reati da parte di persona di rango manageriale nessuna scappatoia è offerta all'ente²⁰⁸.

Si potrebbe ipotizzare tuttavia che il legislatore presuma l'esistenza di un nesso eziologico tra le mancanze organizzative dell'ente e la commissione del reato da parte del soggetto apicale e che dunque anche questo caso consista, in ultima analisi, in una fattispecie necessariamente plurisoggettiva, solo

²⁰⁸ Anche il Progetto Grosso aveva scelto la soluzione più rigida nei confronti dei soggetti apicali. L'art. 126 ult. co. precisava che non vi sarebbe stata esclusione di responsabilità ai sensi del comma 1 (adozione ed attuazione dei modelli organizzativi) nel caso in cui l'autore del reato avesse avuto poteri di direzione della persona giuridica, o di una unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e tecnico-funzionale, o se ne avesse esercitato, di fatto, la direzione.

differentemente modulata per quanto concerne il regime probatorio. Se così fosse, la distanza di impostazione tra art. 6 e art. 7 sarebbe affievolita.

Ma soffermandoci nuovamente sull'art. 6, non sembra questa la ricostruzione più attendibile. Si può ipotizzare piuttosto che il legislatore presuma l'esistenza della colpa d'organizzazione, ma non il nesso causale. Soltanto l'elusione fraudolenta dei modelli, si è visto, può bloccare la presunzione, può interrompere l'immedesimazione organica. L'ente non risponde se non dà prova dell'esistenza, contemporaneamente, di questa e delle altre condizioni indicate all'art. 6 co. 1. Basta che ne manchi anche una soltanto perché l'ente sia chiamato a rispondere. Dunque in astratto potrebbe esservi un ente in cui modelli organizzativi siano stati adottati ed efficacemente attuati, sia stato istituito un organismo di vigilanza con tutti i crismi del caso, questo abbia svolto con diligenza la propria attività, ma gli autori del reato non abbiano eluso fraudolentemente questi modelli, e l'ente di conseguenza risponderebbe comunque²⁰⁹. Ma, ci si chiede, o è implicito nel percorso seguito dal legislatore che alla mancanza dei requisiti di cui alle lettere a), b) e d) si accompagna inevitabilmente l'avverarsi della condizione c) (ma la loro distinzione in lettere diverse ed autonome sembrerebbe escludere questa eventualità), o allora, per andare esente da responsabilità, la società deve adottare dei modelli di una capacità tale da fungere quasi un ruolo di polizia, più che un ruolo meramente preventivo, dovrebbero essere dotati di una tenuta e di una capacità sconfinite, perché un reato sia realizzabile solo attraverso una *fraudolenta* elusione degli stessi.

In ogni caso sembra difficile affermare, come già si era premesso sopra, che anche nel caso di soggetti apicali si possa parlare di un ruolo di concorrente nel reato per l'ente. Se il suo sforzo preventivo per quanto diligentemente esplicato non basta, se non interviene altresì l'elusione

²⁰⁹ Nota la difficoltà della posizione dell'ente in questo caso, tra gli altri, G. AMATO, *op. cit.*, secondo il quale *"la costituzione del modello non basterebbe, infatti, di per sé sola, anche se questo fosse ritenuto idoneo, giacché il sistema di esclusione della responsabilità dell'ente presuppone anche (tra l'altro) la dimostrazione della commissione, da parte di colui che ha agito nell'interesse della società, di un comportamento fraudolento, idoneo a eludere i meccanismi di controllo e garanzia (...) non basterebbe la dimostrazione del comportamento doloso dell'agente (presupposto, del resto, nella commissione del reato), ma la società dovrebbe dimostrare qualcosa di più: un'attività positiva fraudolenta, da parte dell'agente, per la elusione dei meccanismi di controllo"*.

fraudolenta, non sembra che si possa da ciò ricavare che la società con le sue carenze o con la sua politica d'impresa debba agevolare la commissione del reato da parte della persona fisica²¹⁰.

In altri termini qui non sembra tanto che il nesso eziologico sia presunto, quanto – ed è cosa ben diversa – che esso sia del tutto irrilevante.

Probabilmente si potrebbe sostenere che questa diversità di impostazione è necessitata e anzi doverosa per il diverso atteggiarsi che effettivamente l'ente ricopre nei due casi. Ma occorrerebbe forse essere provvisti di ricerche empiriche, di dati reali che affermassero che sì, effettivamente nel 99% dei casi l'illecito dell'amministratore delegato esprime anche un conforme *ethos* aziendale. Ma bisognerebbe differenziare le indagini a seconda degli assetti proprietari e di *governance*, a seconda del contesto societario di riferimento. Analisi di questo tipo non sembrano oggi disponibili, e dunque resta il dubbio sulla reale necessità di un parametro così diverso e così rigido per i soggetti in posizione apicale.

Se anche per il caso dell'art. 7 si ritenessero rispettati, probabilmente con alcune forzature interpretative, tutti i crismi del canone penale di responsabilità, non altrettanto si potrebbe affermare per il caso dell'art. 6. La stessa inversione dell'onere probatorio, il fatto che sia il soggetto indagato a dover dar prova della sua innocenza, cozza con la concezione penalistica. La presunzione di colpevolezza che regge l'art. 6 sembra ineluttabilmente scontrarsi con il diritto penale. Queste marcate differenze dal sistema penale sembrano dunque portare il modello creato nel 2001 lontano dalle teorie che affermano la sua inscrivibilità nell'ambito penalistico.

Secondo chi scrive non è corretto parlare di responsabilità penale degli enti, perché la responsabilità creata nel 2001 sembra piuttosto un ibrido, che trae certo alcuni elementi dalla responsabilità penale, ma che ne trae alcuni anche da quelle amministrativa e civile²¹¹, e che ha in più accenti del tutto nuovi, elementi tutti, questi, che la rendono ascrivibile ad un genere di

²¹⁰ Per la verità si potrebbe ragionare a questo proposito diversamente: il ricorso all'elusione fraudolenta potrebbe in certo senso evidenziare che il modello era efficace.

²¹¹ Si pensi alla disciplina della prescrizione o dell'archiviazione, che si discostano dal modello penale.

responsabilità sicuramente punitiva, ma non completamente identificabile con nessuno dei tipi menzionati. Certo è una responsabilità che può portare all'imposizione di sanzioni incredibilmente afflittive ed è perciò sensato forse che il legislatore abbia predisposto per il soggetto collettivo l'applicazione delle garanzie previste per l'imputato. Ma non si può parlare di una perfetta ascrivibilità del *corpus* normativo del d. lgs. 231/2001 all'ambito della responsabilità penale.

Lo stesso *nomen* prescelto dal legislatore, se pure non necessariamente vincolante per l'interprete, non può tuttavia che essere visto come un indice in senso contrario alla natura penale.

Come è stato ricordato in dottrina, non si può parlare in questo caso di frode delle etichette, poiché l'etichetta applicata dal legislatore non va a coprire un'elusione di garanzie, ma anzi si avvale delle garanzie più imponenti che il sistema normativo conosca, quelle apprestate per il soggetto protagonista di un processo penale, dunque le massime garanzie adottabili²¹².

Criteri di imputazione solo parzialmente accostabili al dolo e alla colpa non possono dunque che far propendere per una tesi che si distacchi dalla piena identificazione del sistema ex d. lgs. 231/2001 con quello penale. Ed effettivamente non si può dimenticare che il soggetto collettivo resta ontologicamente diverso dalla persona fisica e che, banalmente, non può ad esempio patire le sofferenze che derivano dalla reclusione.

E' certo vero che probabilmente questo ibrido, questo sistema punitivo introdotto nel 2001 presenta, lo si è già compreso e lo si vedrà meglio anche oltre, notevoli falle di tenuta, molteplici incongruenze sol che ci si addentri nel suo concreto esplicitarsi. L'azzardo del legislatore, pur apprezzabile per la capacità di rompere con antiche tradizioni non più attuali nel contesto criminoso moderno, rivela diversi inconvenienti. In più di un punto probabilmente il d. lgs. 231/2001 andrebbe ripensato.

Più coraggioso era stato forse il Progetto Grosso, che aveva osato di più, stabilendo espressamente l'obbligatorietà dell'adozione dei modelli organizzativi volti alla prevenzione del rischio-reato e che, per quanto qui interessa, aveva

²¹² La riflessione, già ricordata nel presente capitolo alla nota n. 184, è di D. PULITANO'.

fatto una scelta precisa, per quanto gravosa, in fatto di responsabilità della capogruppo per i reati commessi nelle controllate, imponendo sostanzialmente al vertice del gruppo di impostare una politica organizzativa anticrimine per tutte le società controllate, in uno sforzo unitario di debellare la cultura criminogena²¹³.

Resta il fatto che, si ribadisce, troppe sono le diversità della responsabilità ex d. lgs. 231/2001 rispetto alla responsabilità penale.

²¹³ Occorre peraltro ricordare come le scelte a tal proposito del Progetto Grosso si inserissero in un originale quadro di insieme che intendeva tipizzare le posizioni di garanzia. L'art. 16 co.1 del Progetto stabiliva infatti: "Le posizioni di garanzia rilevanti ai fini della responsabilità per omissione sono stabilite dalla legge con disposizione espressa". Sono garanti il genitore o chi lo sostituisce, il medico, l'appartenente alle forze di polizia, chi esercita funzioni pubbliche di controllo, chi abbia assunto compiti specifici di vigilanza e protezione, colui che abbia assunto concretamente funzioni di guida o sorveglianza, colui che ha il controllo di cose pericolose o fonti di pericolo. Il co. 2 prevedeva: "I doveri inerenti alle posizioni di garanzia sono determinati in conformità alla disciplina speciale delle situazioni considerate". La struttura si divideva quindi in due momenti: anzitutto nell'individuazione del soggetto cui attribuire la posizione di garante (la posizione di garanzia veniva suddivisa in protezione, impedimento, controllo) e in secondo luogo nell'incriminazione di uno specifico dovere, da determinarsi attraverso un'indagine nell'ambito del sistema di riferimento. Anche nel settore della responsabilità penale all'interno degli organi pluripersonali Il Progetto aveva tentato un'individuazione delle posizioni di garanzia e una specificazione dei relativi doveri. L'art. 24 stabiliva un obbligo di controllo del delegante in base al modello organizzativo, sorta di "codice dell'impresa" per evitare la commissione di reati, contenente: una adeguata articolazione di funzioni che assicurino in particolare le competenze tecniche e i poteri necessari per la verifica e valutazione, la gestione e il controllo delle situazioni di rischio; una adeguata formazione e informazione del personale sugli aspetti rilevanti ai fini dell'osservanza della legge nello svolgimento dell'attività dell'organizzazione; misure materiali e organizzative e protocolli di comportamento atti a garantire lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge, ed a scoprire ed eliminare tempestivamente eventuali situazioni irregolari; un idoneo sistema di controllo sulla attuazione del modello organizzativo e sul mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità delle misure adottate; il riesame e l'eventuale modifica del modello organizzativo, quando siano scoperte violazioni significative della legge penale, o in relazione a mutamenti nell'organizzazione o nell'attività, o in relazione al progresso scientifico e tecnologico; un adeguato sistema disciplinare. L'art. 25 regolava le posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse stabilendo che l'esecuzione degli adempimenti ex art. 24 era cura di chi dirige l'organizzazione, anche *de facto*; in caso di delega di funzioni non venivano meno i doveri di controllo del delegante in conformità al modello organizzativo; infine poneva un obbligo al delegato di segnalare necessità di intervento, ove eccedenti i suoi poteri. Il criterio fondamentale seguito dalla Commissione Grosso per la determinazione delle posizioni di garanzia è quello della corrispondenza fra poteri e doveri. A tale scopo occorre l'affidamento di tale ruolo a quei soggetti aventi potere giuridico o fattuale, con la conseguenza di creare una molteplicità di posizioni di garanzia, diversamente modulate nei contenuti. Per quanto concerne il vertice residuano in capo ad esso le scelte di fondo sugli obiettivi. A questo punto si assiste ad una "saldatura" con la responsabilità dell'organizzazione, consistendo il dovere del vertice nell'assicurare che il sistema funzioni secondo il modello organizzativo idoneo alla salvaguardia degli interessi penalmente protetti.

3. 4 Impostazione del problema nel caso di adesione alla tesi della natura amministrativa della responsabilità ex d. lgs. 231/2001

Volendo esaminare, come si è già affermato, le più disparate tesi prospettabili, e pur avendo poc'anzi anticipato la propria opinione sulla natura della responsabilità degli enti, si prende ora in considerazione l'ipotesi che la responsabilità amministrativa dell'ente sia effettivamente tale, sia cioè quel tipo di responsabilità disciplinata dalla legge n. 689/1981, *Depenalizzazione e modifiche al sistema penale*. Se la responsabilità ex d. lgs. 231 del 2001 seguisse tali canoni, tornando sull'ipotesi concorsuale, si potrebbe ipotizzare l'utilizzo della previsione sul concorso di persone in violazione amministrativa di cui all'art. 5²¹⁴.

L'articolo, rubricato "Concorso di persone", prevede: *quando più persone concorrono in una violazione amministrativa, ciascuna di esse soggiace alla sanzione per questa disposta, salvo che sia diversamente stabilito dalla legge*. E' vero che la legge è stata pensata per le persone fisiche, basti leggere l'articolo 2 per averne un'idea, tuttavia nulla sembrerebbe vietarne un'applicazione anche agli enti collettivi, ove compatibile.

Si riproporrebbero in parte alcune delle problematiche viste con riferimento alla tesi della natura penale della responsabilità degli enti. Nel d. lgs. 231/2001 non compaiono rinvii espressi alla legge 689. Tuttavia, qualora si ritenesse accertata la natura amministrativa della responsabilità dipendente da reato – e il *nomen* è in questo senso un indice rilevante -, si potrebbe semplicemente ritenere per ciò stesso legittima l'applicazione delle norme che la regolano.

Così facendo si otterrebbe la possibilità di un concorso della capogruppo nell'illecito amministrativo della propria controllata, dipendente dal reato commesso da persona fisica a quest'ultima appartenente. Con la propria politica, con il tipo di direzione unitaria esercitata, la capogruppo potrebbe così

²¹⁴ M. GUERNELLI interpreta l'art. 5 della l. 689/1981 quale strumento atto a risolvere proprio il problema del concorso di persone giuridiche, non regolato dal d. lgs. n. 231/2001. In particolare sottolinea come la disposizione troverebbe applicazione anche nel caso di persone fisiche agenti contemporaneamente per più società dello stesso gruppo. "Ad ognuna di esse, nel concorso di tutti gli altri presupposti di legge, sarà separatamente e legittimamente applicabile una corrispondente sanzione amministrativa per ogni reato commesso dal rappresentante o dipendente", così nell'opera citata alla nota 5, pp. 288 e 289.

rendersi corresponsabile dell'illecito amministrativo commesso dalla società coordinata e diretta.

Si noti tuttavia che l'art. 12 della l. 689/1981 prevede che le disposizioni del capo I sulle sanzioni amministrative si osservano, in quanto applicabili e salvo che non sia diversamente stabilito, per tutte le violazioni per le quali è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro, anche quando questa sanzione non è prevista in sostituzione di una sanzione penale. Questa previsione sembrerebbe consentire l'applicazione dei principi della l. 689 anche al d. lgs. 231/2001, ed in particolare per quanto riguardo il concorso di persone la norma di cui all'art. 5 sembra compatibile con il d. lgs. 231/2001 e non sembra che il decreto preveda una soluzione diversa sul tema, almeno non esplicitamente. Tuttavia l'art. 12 presenta un grosso limite: si riferisce solo a violazioni per le quali è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro, mentre invece il d. lgs. 231/2001 prevede accanto alle sanzioni pecuniarie sanzioni di tipo interdittivo. L'ipotesi che la norma sul concorso di persone sia applicabile solo per il caso in cui si debbano impiegare sanzioni pecuniarie sembra del tutto paradossale.

Inoltre perché la responsabilità da reato di un ente venga in rilievo, occorre indefettibilmente che sussista un legame funzionale con l'autore del reato, secondo quanto previsto all'art. 5 d. lgs. 231/2001. Dunque quanto sinora ipotizzato sulla corresponsabilità ex art. 5 l. 689/1981 varrebbe solo qualora fosse riscontrabile tale nesso persona fisica – società anche nei confronti della capogruppo, e non soltanto della società diretta e coordinata. Ciò potrebbe avvenire nel caso in cui il soggetto rivestisse, ufficialmente o in via di fatto, un ruolo sia nell'una che nell'altra.

Come si è già accennato, si ritiene però che la responsabilità degli enti non aderisca perfettamente nemmeno alla responsabilità amministrativa, così come disciplinata dalla l. 689/1981.

A ben vedere inoltre accadrà spesso che si ritrovi un concorso di persone fisiche, della capogruppo e della controllata, così che dal loro coinvolgimento potrà tranquillamente derivare una responsabilità "amministrativa" dell'una e dell'altra società. Se il reato è il frutto della direzione

unitaria impostata in un certo modo, probabilmente promana da direttive impartite dalle persone fisiche della capogruppo alle persone fisiche della controllata. Se queste direttive, che possono essere esplicate in vario modo, si concretizzano nella determinazione o nel rafforzamento dell'intento criminoso dei soggetti della società controllata, e se queste direttive vengono accolte, si verificherà semplicemente un concorso morale nel reato. Una volta riscontrata la responsabilità delle persone in carne ed ossa, sarà legittimo guardare alla responsabilità delle persone "astratte".

Può accadere però che la stessa persona rivesta un ruolo sia in una società controllata, sia in quella che la dirige e coordina. O che non si rintracci l'autore di un reato che ha portato un vantaggio sia all'una che all'altra. Oppure può darsi il caso che la disorganizzazione che ha reso possibile la commissione di un reato sia il frutto di una direttiva della capogruppo, volta a negare alle controllate la scelta di adottare dei modelli organizzativi volti alla prevenzione dei reati, direttiva di per sé non penalmente illecita, ma che può far sorgere degli interrogativi sulla funzione che la capogruppo deve esplicare nei confronti della struttura organizzativa delle sue controllate. A cominciare da quest'ultimo, tutti questi temi suscitano diversi problemi, che si affronteranno nel prosieguo della trattazione, al capitolo successivo.

CAPITOLO N. 4

I CRITERI DI IMPUTAZIONE SOGGETTIVA E L'ATTIVITA' DI DIREZIONE E COORDINAMENTO

SOMMARIO **1.** Gli articoli 6 e 7 del d. lgs. 231/2001: i criteri di imputazione soggettivi **2.** Sull'eventualità di una colpa d'organizzazione della controllante per quanto accade nella controllata priva di idonei *compliance programs* **2. 1** Conseguenze sul piano civilistico della commissione di illeciti nella società diretta e coordinata priva di protocolli preventivi **2. 1. 1** La natura della responsabilità *ex art. 2497 c.c.* **2. 2.** Brevi riflessioni sulla responsabilità per il pregiudizio alla partecipazione sociale *ex art. 2497 c.c.* **2. 3** Risvolti sul piano penale-amministrativo **2. 4** Dell'eventualità di una responsabilità della società che esercita direzione e coordinamento e della società diretta dipendente dal reato commesso da un unico soggetto **2. 5** Del caso di concorso nel reato di persone fisiche appartenenti a società dirigente e società diretta. In particolare, sull'eventualità di una posizione di garanzia degli amministratori di società che esercita attività di direzione e coordinamento **3.** Analisi empirica delle scelte operate nelle società che compongono il paniere dell'Indice S&P MIB **3. 1** Osservazioni riguardo gli organismi di vigilanza **3. 2** Osservazioni in merito a eventuali controllate estere **4.** Alcune osservazioni conclusive sul tema

1. Gli articoli 6 e 7 del d. lgs. 231/2001: i criteri di imputazione soggettivi

Gli articoli 6 e 7 del d. lgs. 231/2001 stabiliscono i due differenti criteri di imputazione soggettiva della responsabilità da reato agli enti, l'uno per il caso di illecito commesso da soggetto "apicale", l'altro per il caso di illecito commesso da soggetto "sottoposto". Pur nella diversità delle formulazioni, che si è già avuto modo di riscontrare nei capitoli precedenti, sembra possibile affermare come in entrambi il profilo di maggiore interesse nell'imputazione della responsabilità risieda nella predisposizione di modelli di organizzazione volti

alla prevenzione della commissione dei reati²¹⁵. Nella mancanza degli stessi, o in una loro inidonea predisposizione, si sostanzia la “colpevolezza” in organizzazione degli enti²¹⁶. Nonostante conosca una luce diversa nel caso di reato commesso da soggetti apicali, rispetto a quello di reato commesso da soggetti sottoposti²¹⁷, è l’organizzazione dunque, che esprime la correttezza dell’agire d’impresa.

Ciò posto, si rifletta ora su quello che è forse l’interrogativo principale che riguarda l’operare della responsabilità da reato nei gruppi societari. Se il fulcro del d. lgs. 231/2001 è costituito dai modelli di organizzazione, gestione e controllo volti a prevenire i reati, quale ruolo ricopre (o dovrebbe ricoprire) una società che esercita attività di direzione e coordinamento sull’organizzazione delle società dirette? Ci si chiede in sostanza se, data la particolare posizione ricoperta da una società che esercita attività di direzione e coordinamento, sia possibile attribuirle una responsabilità per la disorganizzazione delle società coordinate e dirette, nel momento in cui si verificano in queste degli illeciti penali. L’interrogativo riguarda sia i possibili risvolti civilistici, sia – ciò che maggiormente interessa in questa sede – le ipotetiche ricadute in termini di responsabilità dipendente da reato. Le questioni sollevate, infine, comportano la necessità di interrogarsi nei medesimi termini anche rispetto agli amministratori della società che dirige e coordina: diviene naturale chiedersi infatti in quali responsabilità possano incorrere gli amministratori per l’inidoneità della struttura antireato costituita dalle società coordinate e dirette.

²¹⁵ Ci si permette di rinviare per un’analisi più ampia delle due norme, oltre ai fondamentali contributi citati in precedenza, a F.C. BEVILACQUA, *I presupposti della responsabilità da reato degli enti*, in AA. VV., a cura di C. MONESI, *I modelli organizzativi ex d. lgs. 231/2001, Etica d’impresa e punibilità degli enti*, Giuffrè, 2005, p. 117.

²¹⁶ Per una riflessione storica e dogmatica sul tema cfr. A.F. TRIPODI, *“Situazione organizzativa” e “colpa in organizzazione”: alcune riflessioni sulle nuove specificità del diritto penale dell’economia*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, p. 483.

²¹⁷ Sulla diversità di formulazioni inerenti i modelli organizzativi negli artt. 6 e 7 e sulle concezioni “monistica” e “dualistica” al riguardo cfr. T.E. EPIDENDIO, commento all’art. 7, in A. GIARDA – E.M. MANCUSO – G. SPANGHER – G. VARRASO (a cura di), *Responsabilità “penale” delle persone giuridiche*, Ipsoa, 2007, p. 85 ss.

2. Sull'eventualità di una colpa d'organizzazione della controllante per quanto accade nella controllata priva di idonei *compliance programs*

2. 1 Conseguenze sul piano civilistico della commissione di illeciti nella società diretta e coordinata priva di protocolli preventivi

Si cercherà ora di verificare quali possibilità di circolazione della responsabilità emergano dal parametro (*rectius* dai parametri) di imputazione soggettiva. Il caso che maggiormente potrebbe rilevare nella prassi e da cui conviene prendere le mosse è quello di un'eventuale corresponsabilità della società che esercita attività di direzione e coordinamento per quanto accaduto nella società da questa coordinata e diretta. In particolare, se il canone di imputazione poggia su di un difetto di organizzazione, allora ci si deve chiedere se la capogruppo abbia dei doveri di organizzazione nei confronti delle controllate, e – in caso di risposta affermativa – se questo sia sufficiente a comportarne una (cor)responsabilità nel caso di commissione di reati nell'ambito di queste.

Come si è già più volte rilevato, è evidente infatti che la definizione di tipo funzionale dei soggetti che possono evocare la responsabilità degli enti, assieme alle molteplici sfaccettature che potrebbero colorire l'interpretazione del parametro di ascrizione oggettiva dell'interesse di cui all'art. 5 d.lgs. 231/2001 potrebbero agevolare notevolmente un coinvolgimento della capogruppo nelle vicende penali-amministrative delle controllate.

Occorre dunque verificare se sussista un dovere di organizzazione nei confronti di queste ultime, tenendo ben presenti al contempo l'autonomia giuridica che contraddistingue questi enti collettivi ed il potere che l'esercizio della direzione unitaria consente.

Nel caso in cui si ritenga tale dovere effettivamente sussistente, occorrerà accertare se la sua violazione sia in grado di dare origine ad una responsabilità dell'ente capogruppo dipendente dal reato che nelle società dirette si verifichi. A tal fine è naturalmente indispensabile analizzare la normativa del codice civile sull'attività di direzione e coordinamento, nonché le previsioni inerenti i compiti degli amministratori sociali.

Si ritiene utile allora affrontare un breve *excursus* nell'ambito civilistico al fine di verificare se possano derivare delle conseguenze *ex art.* 2497 c.c. da questo tipo di decisioni. La ricostruzione potrà fornire spunti utili anche sul versante penale-amministrativo.

Si ipotizzi come assunto di partenza che nell'esercizio della direzione unitaria la capogruppo abbia emanato delle direttive alle proprie controllate contrarie all'adozione di strategie organizzative anticrimine. Per verificare quali conseguenze possano derivare alla capogruppo, è necessario anzitutto affrontare la questione dell'obbligatorietà o della facoltatività dei modelli organizzativi, tema molto discusso in dottrina. Il dibattito è aperto, ma sembra al momento prevalere la tesi che considera l'adozione del modello un mero onere²¹⁸. Questa tesi sembra a chi scrive condivisibile. Non sembra infatti che l'adozione dei modelli organizzativi si possa considerare un obbligo giuridico per le società, posto che non è prevista una sanzione per l'omissione degli stessi. Poiché cioè il d. lgs. 231/2001 non introduce alcuna previsione sanzionatoria per la semplice assenza dei modelli, non si può ritenere che sia configurato un obbligo giuridico di adozione. La mancanza dei modelli è solo uno dei molteplici fattori che possono contribuire all'attribuzione della responsabilità ad un ente. Dunque di per sé essa non sembra rivestire alcun profilo di illiceità. Di conseguenza una società non sembra certo poter essere

²¹⁸ In tal senso si veda innanzitutto C. PEDRAZZI, *Corporate governance e posizioni di garanzia: nuove prospettive?*, in AA. VV., *Governo d'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, Milano, Giuffrè, 2002, tomo II, p. 1375, che ha sottolineato come conseguenze non ammissibili deriverebbero qualora si accedesse alla tesi dell'obbligo, si aprirebbe di fatti la strada al riconoscimento di posizioni di garanzia in modo incompatibile con il principio di legalità. Nel senso dell'onere si veda anche G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, p. 1126; F. MAIMERI, *Controlli interni delle banche tra regolamentazione di vigilanza e modelli di organizzazione aziendale*, in *Riv. dir. com. dir. gen. obbl.*, 2002, p. 619. In senso favorevole invece alla qualificazione dell'obbligo si vedano D. PULITANO', *La responsabilità da reato degli enti: i criteri di imputazione*, *cit.*, p. 431; G. RUBBOLI - M. BRAMIERI - D. BAGAGLIA - A. BOGLIACINO, *La responsabilità amministrativa delle società. Analisi del rischio reato e modelli di prevenzione*, Milano, EGEA, 2003, p. 129, sottolineano la necessità di esaminare i poteri ed i doveri a carico degli organi sociali quali emergono dalle disposizioni del codice civile sulle società di capitali a seguito della riforma del diritto societario del 2003. A questo proposito si vedano anche A. COLOMBO – E. GARAVAGLIA, *I "modelli di organizzazione, gestione e controllo" di cui al d. lgs. 231/2001 nel contesto della corporate governance*, in *Il Contr. Soc. enti*, 2006, p. 421; P. SFAMENI, *Responsabilità da reato degli enti e nuovo diritto azionario*, *cit.*, p. 154.

automaticamente responsabile ex d. lgs. 231/2001 per il semplice fatto di aver deciso di non invitare ad adottare i modelli gli enti che dirige e coordina²¹⁹.

Si è visto che il d. lgs. 231/2001 si applica ad una variegata tipologia di enti. Queste associazioni (in senso lato) di individui conoscono principi e regole molto diverse tra loro, pur condividendo un minimo comune denominatore dato dalla presenza di un'organizzazione di una certa complessità. Ribadendo quanto già accennato, non si può ritenere che l'adozione dei modelli di organizzazione costituisca di per sé un obbligo, quanto meno non si può sostenere che dal decreto ne emerga l'obbligatorietà. Tuttavia si potrebbe rinvenire altrove, e quindi al di fuori del testo del d. lgs. 231/2001, per taluni soggetti appartenenti ad alcune delle entità dal decreto interessate, o per talune entità stesse, l'obbligo di curare l'adozione dei modelli. Dunque potrebbe darsi il caso di un obbligo che non interessasse tutti gli enti soggetti al decreto, ma solo alcuni di essi, la cui fonte fosse rinvenibile al di fuori dell'articolato del 2001²²⁰. Ci si potrebbe chiedere dunque se nella normativa civilistica emerga simile obbligo nei confronti di società "di gruppo".

In base all'art. 2497 c.c., la società che eserciti attività di direzione e coordinamento in violazione dei principi di corretta gestione societaria e

²¹⁹ Diversamente invece da quanto si ritiene accada sul piano della responsabilità civile, dove si può affermare che la mancata adozione o l'inefficace attuazione dei modelli organizzativi da parte degli amministratori di società possa – in caso di attribuzione di responsabilità da reato – essere motivo di un'azione di responsabilità da parte dei soci. Infatti, qualora vengano applicate le sanzioni previste dal decreto del 2001, queste determineranno sicuramente un danno alla posizione economica dei soci. Della questione si tratterà anche oltre. Intanto si veda nello stesso senso sul punto M. IRRERA, *Aspetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005, p. 112. L'Autore nota come l'adozione dei modelli non sia obbligatoria, ma lasci comunque "scoperto" l'ente dal punto di vista della responsabilità amministrativa e poiché l'applicazione delle sanzioni a carico dell'ente incide direttamente sugli interessi economici dei soci, questi potranno esperire un'azione di responsabilità contro gli amministratori che abbiano deciso di non adottarli o di non attuarli efficacemente. Ritiene che la predisposizione di efficienti modelli di organizzazione, gestione e controllo incida direttamente sulla responsabilità degli amministratori anche M. RABITTI, *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori, Contributo allo studio dell'illecito civile*, Milano, 2004, p. 51.

²²⁰ Sulla necessità, in riferimento all'art. 6 del decreto, di verificare se fuori dal d. lgs. 231/2001, vi siano disposizioni che rendano in particolari contesti o rispetto a particolari organi, obbligatoria l'adozione dei modelli si veda D. PULITANO', *op. ult. cit.*, p. 428 ss., secondo il quale "L'adozione dei modelli preventivi ai sensi dell'art. 6 è dunque una possibilità che la legge ha introdotto, rimettendola alla scelta discrezionale dell'ente. Non un obbligo, se non nella misura in cui doveri attinenti all'organizzazione siano desumibili da altre fonti normative". Anche P. SFAMENI, *cit.*, p. 158, si chiede se l'adozione dei modelli, che rappresenta di per sé un mero onere, non sia doverosa per gli amministratori in base alla normativa civilistica. In particolare l'Autore giunge a ritenere che l'adozione rappresenti l'adempimento di un dovere di corretta amministrazione.

imprenditoriale è direttamente responsabile nei confronti dei soci delle società dirette e coordinate per il pregiudizio arrecato alla redditività e al valore del patrimonio sociale, e nei confronti dei creditori delle stesse per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio delle società. E' necessario comprendere cosa questo implichi sul piano dell'organizzazione "anti-reato".

Si percepisce come una società capogruppo difficilmente possa essere del tutto aliena da quanto accade sul versante organizzativo nelle società che coordina e dirige, e, per quanto si ricava dall'art. 2497 c.c., non possa disinteressarsi totalmente dei profili organizzativi che attengono alla promozione del rispetto della legge ed alla prevenzione dei reati delle controllate. Ciò discende in particolare - si ritiene - dalla circostanza che l'art. 2497 c.c. parli di *principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale*.

Si è visto che le recenti norme sull'attività di direzione e coordinamento hanno sancito come sia oggi accettato e riconosciuto il fenomeno del gruppo societario: è ora considerato fisiologico l'esercizio della direzione unitaria in presenza di certe relazioni tra società²²¹. Quest'attività è dunque lecita. Ciò consegue dall'articolo 2497 c.c. che disciplina la responsabilità derivante da un utilizzo *distorto* della direzione unitaria (di per sé quindi – lo si ribadisce – assolutamente legittima), quello cioè contrastante con i principi ora menzionati. Dunque gli artt. 2497 ss. c.c. vogliono affermare la liceità dell'agire di gruppo, ma al contempo dettare delle regole, per quanto racchiuse in forme molto ampie e tutte da chiarire, per un esercizio "normale" da parte della capogruppo dell'attività di direzione unitaria.

Se una società dirige e coordina un'altra società, deve allora farlo nel rispetto dei canoni della corretta gestione societaria e imprenditoriale. Ci si deve interrogare allora su cosa significhi questa espressione²²². Le norme sulla direzione e il coordinamento non sembrano dire molto al riguardo ed in effetti il

²²¹ Sottolinea come il legislatore abbia disciplinato il solo gruppo c.d. di fatto U. TOMBARI, *La nuova disciplina dei gruppi di società*, in P. BENAZZO – S. PATRIARCA – G. PRESTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, Milano, 2003, p. 240.

²²² L'espressione lascia perplesso tra gli altri P. MONTALENTI, *L'amministrazione sociale...*, cit., p. 441. L'Autore esprime il timore che la clausola possa essere fonte di un aggravamento di responsabilità nei gruppi in sede giurisprudenziale, lasciando spazio ad una sorta di sindacabilità nel merito delle decisioni degli amministratori, in violazione della business judgement rule.

riferimento a questi principi è stato criticato, poiché lascerebbe alla discrezionalità dei giudici un margine d'azione eccessivo²²³. Tuttavia sembra imprescindibile da un'attività direzionale la considerazione dell'aspetto dell'organizzazione conforme alla legge e promotrice del rispetto della legge nei confronti degli uomini che la animano.

La doverosità, per un esercizio diligente della direzione, di una attenta considerazione dell'assetto organizzativo deriva altresì da alcune disposizioni in tema di amministratori, così come redatte dalla riforma del diritto societario nel 2003²²⁴.

I nuovi artt. 2380-*bis* ss. c.c. hanno ridefinito compiti e parametri di diligenza di amministratori delegati e deleganti²²⁵: in particolare, in base all'art. 2381 co. 5 c.c., gli amministratori delegati curano che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa. Secondo il co. 3 dello stesso articolo il consiglio di

²²³ Cfr. ad esempio A. BASSI, *La disciplina dei gruppi*, in A. BASSI – V. BUONOCORE – S. PESCATORE, *La riforma del diritto societario*, Torino, 2003, p. 202. Critico anche L. ENRIQUES, *Gruppi di società e gruppi d'interesse*, in P. BENAZZO – S. PATRIARCA – G. PRESTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario, cit.*, p. 250-251. La scelta del legislatore di affidarsi a dottrina e giurisprudenza per individuare i principi di corretta gestione secondo R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2003, p. 663, rischia di aprirsi una fase di oscillazioni interpretative non opportuna. Per un tentativo di ricostruzione del significato di tali principi si veda tra gli altri G. SBISA', *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, in *Contr. impr.*, 2003, p. 601.

²²⁴ Nella vasta letteratura sugli amministratori post-riforma si ricordano G. FERRI JR., *Ripartizione delle funzioni gestorie e nuova disciplina della responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, in G. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Milano, 2003, p. 39; S. AMBROSINI, *L'amministrazione e i controlli nella società per azioni*, in *Giur. Comm.*, 2003, I, p. 308; V. BUONOCORE, *Le nuove forme di amministrazione nelle società di capitali non quotate*, in *Giur. comm.*, 2003, p. 389; G.E. COLOMBO, *Amministrazione e controllo*, in AA. VV., *Il nuovo ordinamento delle società*, Milano, 2003, p. 175; C. GRANELLI, *La responsabilità civile degli organi di gestione alla luce della riforma della società di capitali*, in *Le società*, 2003, n. 12, p. 1565 ss.; F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, p. 158; V. SALAFIA, *Amministrazione e controllo delle società di capitali nella recente riforma societaria*, in *Le società, La nuova disciplina delle società di capitali e cooperative*, Milano, 2003, p. 5; M. SPIOTTA, *Commento sub art. 2392*, in *Il nuovo diritto societario*, commentario diretto da G. COTTINO e G. BONFANTE – O. CAGNASSO – P. MONTALENTI, I, Bologna, 2004, p. 762; F. VASSALLI, *Commento sub art. 2392, 2393, 2393-bis*, in G. NICCOLINI – A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Commentario*, II, Napoli, 2004, p. 676; O. CAGNASSO, *Brevi note in tema di delega di potere gestorio nelle società di capitali*, in *Le società*, 2003 n. 6, p. 801; M.S. DESARIO, *L'amministratore delegato nella riforma di società*, in *Le società*, 2004, n. 8, p. 938; A. DE NICOLA, *Amministrazione della società*, commento all'art. 2380-*bis*, in F. GHEZZI (a cura di), *Amministratori, Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI – L.A. BIANCHI – F. GHEZZI – M. NOTARI, Milano, 2005, p. 79.

²²⁵ Al riguardo si veda, tra gli altri, P. MONTALENTI, *L'amministrazione sociale dal testo unico alla riforma del diritto societario*, in *Giur. Comm.*, 2003, p. 422.

amministrazione, sulla base delle informazioni ricevute, valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile. Da tutto ciò si evince che compito dell'organo amministrativo nel suo complesso è proprio quello di organizzare la società in modo tale che la sua struttura si articoli in modo consono alle caratteristiche ed alle dimensioni dell'impresa²²⁶. Inoltre al collegio sindacale, in base all'art. 2403 c.c., spetta il compito di vigilare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento.

Dunque l'organizzazione è elemento centrale nelle competenze degli amministratori deleganti, dei delegati e dei sindaci²²⁷. Questi, ognuno secondo il proprio ruolo, devono tutti comunque attivamente interessarsi, con diverse sfumature, a come la società è strutturata.

Se si ritiene che questo aspetto dell'attività degli amministratori, qualora costoro si trovino al vertice di una società capogruppo, debba estendersi non soltanto alla società nella quale essi rivestono la loro carica, ma anche alle società che questa dirige e coordina, allora gli amministratori della capogruppo dovrebbero – a seconda che siano delegati o deleganti – curare o valutare l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile delle società coordinate e dirette. Si ritiene tuttavia che ciò significherebbe dimenticare che le società eterodirette sono soggetti giuridici autonomi, muniti di propri amministratori.

²²⁶ Di particolare interesse su questi temi M. IRRERA, *op. cit.*, in particolare p. 112 ss. Irrera nota come l'adeguatezza dell'apparato organizzativo e in particolare la presenza di un efficace sistema di controllo interno sia evidentemente oggi una scelta di fondo del legislatore italiano, che sembra permeare diversi ambiti normativi, uno di questi è proprio il d. lgs. 231/2001. L'Autore si interroga sul rapporto che intercorre tra i modelli organizzativi previsti in quest'ultimo e l'assetto organizzativo di cui discorre il codice civile e ritiene che i due sistemi possano in larga misura integrarsi vicendevolmente. In particolare i modelli organizzativi sarebbero ricompresi nell'area – più ampia – degli assetti adeguati. L'opinione sembra del tutto condivisibile. Irrera rileva peraltro come i compliance programs riguardino un novero molto ampio di enti, quello individuato all'art. 1 del d. lgs. 231/2001, mentre invece gli assetti adeguati sono previsti in un ambito più ristretto, soprattutto nella legislazione settoriale riguardante ad esempio banche, assicurazioni, intermediari finanziari e da ultime, a seguito della riforma del 2003, anche le società per azioni. Ulteriore differenza tra i due sistemi è costituita dalla presenza di più puntuali indicazioni per la costruzione dei modelli organizzativi, contenute agli artt. 6-7 del d. lgs. 231/2001.

²²⁷ Sull'importanza che ha assunto l'adeguatezza organizzativa, concetto prima scarsamente interessato da legislazione e dottrina, ora "principio giuridico di carattere generale" cfr. V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 5.

E' certamente compito non facile "ricostruire le competenze e le funzioni degli organi sociali in un contesto di gruppo"²²⁸. Se per dare un significato alla clausola del "rispetto dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale" ci si appella alle norme in tema di amministratori e si ritiene che la gestione societaria passi necessariamente da una considerazione dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile, si deve con questo intendere che la capogruppo ed i suoi amministratori devono *interessarsi* dell'organizzazione delle società sulle quali viene esercitata l'attività di direzione e coordinamento, senza che con questo si disconoscano la presenza degli amministratori propri di tali enti e le loro prerogative. Attraverso ad esempio il controllo azionario, la *holding* sarà sicuramente in grado di nominare quali amministratori delle controllate soggetti compiacenti, ma ciò non significa che i compiti organizzativi non restino in capo agli amministratori di queste, né che questi si spoglino di ogni responsabilità.

Nelle società azionarie non sembra obbligatorio per la capogruppo e per i suoi amministratori *imporre* alle controllate di dotarsi di modelli ex d. lgs. 231/2001; non sembra doveroso impartire direttive in questo senso. Sembra piuttosto doveroso, perché rientrante nei canoni di una corretta direzione unitaria e di un diligente svolgimento delle proprie funzioni, avere riguardo alla propensione al rispetto della legge e alla prevenzione di eventuali sue infrazioni che caratterizzano gli assetti di tali società. Sembra cioè che la capogruppo – affinché non sia possibile muoverle un'azione di responsabilità – consideri, anche perché è nel proprio interesse, viste le partecipazioni nelle società, come queste sono strutturate, se la forma di *governance* prescelta e il sistema di controllo posto in essere garantiscano la *compliance* con la normativa di riferimento, tenuto conto dei rischi che il tipo di attività esercitata comporta, se stimolino adeguatamente tutto il personale ad agire lecitamente e prevenano la commissione di illeciti. Se opportuno tale finalità potrà essere soddisfatta attraverso la creazione dei *compliance programs* di cui tratta la normativa penal-amministrativa del 2001. Se tuttavia si ritenesse che le società dirette

²²⁸ Così U. TOMBARI, *op. cit.*, p. 242, questo è un problema di fondamentale rilevanza pratica, le regole di governance di una società di gruppo sono oggi ancora oscure. Il vero problema interpretativo è proprio quello di ricostruire un diritto di organizzazione per le società di gruppo.

esercitino un tipo di attività poco incline a creare rischi-reato, ad esempio siano di piccole dimensioni, e siano già organizzate in modo coerente ed idoneo alle loro caratteristiche, compreso un assetto di controlli che, seppur privo di veri e propri protocolli preventivi ex d. lgs. 231/2001, consenta comunque una piena promozione della cultura della legalità ed una opportuna prevenzione – per gli organi di controllo presenti, le caratteristiche dei loro componenti, la ripartizione di ruoli e funzioni –, della commissione di illeciti, allora si ritiene che la direzione unitaria sarebbe correttamente esercitata.

Allo stesso modo, qualora gli amministratori della capogruppo avessero attentamente studiato la situazione organizzativa delle controllate e – nel possesso del necessario patrimonio informativo – ritenessero che queste avessero già degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili tali da far ragionevolmente prevedere il rispetto delle regole e ravvisassero una scarsa percentuale di commissione di reati, comunque ostacolata e disincentivata, la loro diligenza professionale non potrebbe essere messa in discussione.

Vista – per i motivi che sopra si sono detti – la non obbligatorietà dell'adozione dei modelli organizzativi, sembra sufficiente, per non incorrere in conseguenze negative sul piano civilistico, che società capogruppo e gestori di esse si preoccupino dell'assetto delle controllate, ponderino il problema della legalità e della prevenzione accuratamente, e decidano all'esito di una indagine scrupolosa e documentata se adottare o meno ulteriori misure.

Si rammenti inoltre che, sempre a seguito della riforma del diritto societario, gli amministratori sono tenuti ad agire in modo informato. Dunque, anche in questo caso, ciò che importa è che le loro decisioni circa gli assetti delle controllate siano prese a seguito dell'assunzione di tutte le informazioni necessarie, all'esito quindi di un attento esame dell'attuale ripartizione di compiti e di poteri, di un *risk assessment* del tipo di attività economica esercitato²²⁹.

Ciò che si potrebbe censurare allora è un'azione non informata degli amministratori, o un noncurante disinteressamento del tema dei controlli antireato da parte loro e della società capogruppo.

²²⁹ Sottolinea l'importanza del dovere di agire informati, nel rispetto della discrezionalità tecnica propria degli amministratori, P. SFAMENI, *op.cit.*, p. 175 ss.

Se dunque si fosse verificato un illecito dipendente da reato in una società eterodiretta, a carico della società che esercita attività di direzione e coordinamento ed ai suoi amministratori potrebbero derivare conseguenze sul piano civilistico solo qualora, ad esempio, la società eterodiretta fosse caratterizzata da un'attività di frequente partecipazione a procedure ad evidenza pubblica, da precedenti procedimenti penali per corruzione tra i propri dipendenti, presentasse una struttura di *governance* non adeguata alle proprie dimensioni e caratteristiche, fosse priva di sistemi di controllo soddisfacenti, ed essi si disinteressassero di questi elementi, giudicando senza alcun sostegno informativo la superfluità di diverse strutture di vigilanza e quindi non impartissero alcune direttive al riguardo, dimostrando grande noncuranza nella gestione, o addirittura imponessero alle controllate di trascurare il portato del d. lgs. 231/2001.

Altrimenti se gli amministratori avessero ritenuto, all'esito di una disamina dettagliata, di non dover impartire alcuna direttiva volta all'adozione dei modelli, si ritiene che tale decisione non sarebbe foriera di ripercussioni negative, poiché rientrante nell'abito dell'insindacabile discrezionalità che spetta loro nella propria attività professionale, e che quindi rimarrebbe una decisione legittima in applicazione della cd. *business judgement rule*²³⁰, canone che ha conosciuto diversi riconoscimenti in giurisprudenza.

In conclusione, sembra plausibile l'affermazione che l'aspetto dei modelli organizzativi volti alla prevenzione dei reati possa rientrare nell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile di cui discorre l'art. 2381 c.c. Si ritiene

²³⁰ Per un primo inquadramento di questa regola elaborata dalla giurisprudenza nordamericana cfr. A. DE NICOLA, «Business judgement rule», *commento all'art. 2392, Responsabilità verso la società*, in F. GHEZZI (a cura di), *Amministratori, Commentario, cit.*, p. 537. Sinteticamente, si tratta di una regola in base alla quale i giudici negli U.S.A. non possono ritenere responsabili quegli amministratori che abbiano agito in buona fede, nel convincimento che la delibera che ha causato danni fosse nel migliore interesse della società e purché fossero state assunte adeguate informazioni. In Italia quali esempi di simile orientamento giurisprudenziale si possono citare ad esempio Trib. Milano 10 febbraio 2000, Cofisa s.p.a. c. Mauri, con commento di A. TINA, *Insindacabilità nel merito delle scelte gestionali degli amministratori e rinuncia all'azione sociale di responsabilità (art. 2393, ultimo comma, c.c.)*, p. 334; Trib. Milano 20 febbraio 2003, Fallimento Ceta s.r.l. c. Tavecchia e altri, con commento di D. PISELLI, *La responsabilità degli amministratori verso la società alla vigilia della riforma*, in *Le società*, 2003, n. 9, p. 1268. Si vedano inoltre sul rapporto tra i nuovi parametri di diligenza e *business judgement rule* M. IRRERA, *op. cit.*, p. 48; F. BONELLI, *Responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, in *Giur. Comm.*, 2004, supplemento al n. 3, p. 635, nt. 32.

infatti che l'espressione "assetto organizzativo, amministrativo e contabile" alluda alla struttura di *governance* adottata, quindi alla ripartizione delle funzioni, dei poteri e delle responsabilità, alla struttura dell'organigramma dei lavoratori dipendenti, dei sistemi informativi ed anche infine del sistema di controllo interno. Nel considerare l'adeguatezza, non si potrà quindi prescindere dal valutare quanto l'assetto organizzativo consenta e promuova il rispetto della legge, nel quale si deve svolgere l'attività d'impresa. Una società che eserciti attività di direzione e coordinamento di altre società, per rispettare i canoni di corretta gestione societaria e imprenditoriale, dovrà non tanto imporre l'adozione dei modelli alle società dirette, posto che questi sono di adozione facoltativa, ma ne dovrà considerare l'adeguatezza organizzativa e nell'ambito di questa anche l'idoneità della struttura delle società alla prevenzione dei reati e al rispetto della legge ed eventualmente preoccuparsi di potenziarla, se del caso – ma non necessariamente – mediante l'emanazione di direttive volte a stimolare la creazione dei modelli.

L'adeguatezza della struttura organizzativa dev'essere inoltre parametrata sulla natura e sulle dimensioni dell'impresa. Dunque sarà necessario tenere conto dell'appartenenza ad un gruppo, del ruolo in esso svolto, dell'operatività locale o internazionale, del tipo di attività esercitata, dei profili di rischio ad essa connessi. L'adeguatezza sembra necessariamente ricomprendere anche una valutazione circa peculiari profili di rischio: i "*rischi-reato*" connessi alla specifica attività d'impresa.

Sembra una conclusione sensata ammettere che nell'attività di direzione e di gestione ci si dovrà preoccupare che esista un insieme di procedure e di controlli atti a promuovere il rispetto della legalità e l'adesione intima di ciascuno al rispetto di valori e di standard di etica professionale ed a prevenire e disincentivare la commissione di illeciti. Non pare irragionevole, dunque, che in un diligente esercizio dei propri ruoli la capogruppo e gli amministratori si pongano la questione di adottare – per sé e per le società coordinate e dirette – modelli organizzativi idonei a prevenire la commissione dei reati ex d. lgs. 231/2001.

Si noti come l'art. 7 co. 3 del decreto stabilisca che i modelli organizzativi devono presentare caratteristiche di idoneità "in relazione alla natura e alla dimensione dell'organizzazione nonché al tipo di attività svolta"; ciò richiama immediatamente alla mente la considerazione poco fa richiamata che l'art. 2381 co. 5 c.c. dedica alla natura e alle dimensioni dell'impresa²³¹.

L'impostazione dei doveri di amministratori e capogruppo nei confronti dell'organizzazione delle società eterodirette ora presentata non può che avere dei riflessi anche in termini di responsabilità penale e amministrativa. Prima di passare ad esaminare tali risvolti si ritiene opportuno premettere ancora alcune considerazioni che derivano dall'osservazione delle norme civilistiche.

2. 1. 1 La natura della responsabilità ex art. 2497 c.c.

Per completare quanto affermato nel paragrafo precedente e per suffragare le conclusioni ivi raggiunte, è opportuno svolgere ora una breve digressione sul tema della natura della responsabilità da esercizio di attività di direzione e coordinamento di società.

Si è detto di come il legislatore abbia apprestato una tutela per i cd. soci esterni che vedano compromessa la propria partecipazione sociale mediante uno svolgimento scorretto dell'attività di direzione e coordinamento. A questo proposito si deve ricordare come esista un dibattito sulla natura della responsabilità ex art. 2497 c.c.²³².

Secondo alcuni si tratterebbe di una responsabilità extracontrattuale²³³, secondo altri invece si sarebbe in presenza – dal 2003 – di una responsabilità di tipo contrattuale. Se la relazione al d. lgs. 6/2003 si esprime espressamente

²³¹ Come nota V. BUONOCORE, *op. ult. cit.*, p. 12 ss., il concetto di adeguatezza organizzativa è sinonimo di commisurare, e dunque è un concetto che ha bisogno che ha bisogno di essere rapportato, relativizzato alle dimensioni e alla natura dell'impresa, allo stesso modo devono essere commisurati i modelli organizzativi.

²³² Sulle diverse tesi, contrattuale ed extracontrattuale, e sul differente atteggiarsi dell'onere della prova allorché si abbracci una o l'altra, cfr. I. FAVA, *I gruppi di società e la responsabilità da direzione unitaria*, in *Le società*, 2003, p. 1197.

²³³ In tal senso F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, *cit.*, p. 176; G. SBISA', *op. cit.*, p. 606. E' peraltro la stessa Relazione governativa alla riforma a parlare di stampo fondamentale aquiliano.

a favore della tesi extracontrattuale, diversi influenti autori²³⁴ sostengono però l'interpretazione opposta²³⁵.

Esaminando la normativa, gli studiosi si sono interrogati se essa rappresenti soltanto uno *Schutzrecht* o se non costituisca anche un *Konzernorganisationsrecht*. Sino a domandarsi se la direzione e il coordinamento costituiscano un obbligo o, più correttamente, se sia ipotizzabile una responsabilità per omesso esercizio di direzione e coordinamento²³⁶.

Analizzando il capo IX del libro V, non sembra a chi scrive che la società controllante sia *tenuta* ad esercitare tale attività, perché le presunzioni di cui all'art. 2497-*sexies* sono relative. Se ne ricava quindi che secondo il legislatore nella situazione per così dire *normale*, ordinaria, la società che controlla eserciterà attività di direzione e coordinamento ma, dal momento che potrà anche provare il contrario, ammette la possibilità legittima che le due cose non vadano di pari passo. Pare dunque potersi sostenere che direzione e coordinamento non costituiscano un obbligo.

Tuttavia, seguendo ad esempio l'analisi di un Autore²³⁷, sarebbe possibile rinvenire nel codice civile, dalle norme sulla direzione e coordinamento e da quelle sulla società per azioni, un nucleo embrionale di *Konzernorganisationsrecht*, dal quale emergerebbe l'obbligo di una minima

²³⁴ In questo senso si vedano U. TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in *Giur. Comm.*, 2004, I, p. 61; V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 1229; A. PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 765.

²³⁵ In tal senso si veda anche, pur nella vigenza della normativa precedente, la pronuncia del Tribunale di Milano del 22-01-2001: "La responsabilità contrattuale può derivare non necessariamente dalla violazione di un contratto ma semplicemente dalla violazione di una obbligazione preesistente. L'obbligazione preesistente nel caso che ci interessa è rappresentata proprio dai doveri connessi alla rilevanza del gruppo e all'esercizio dell'azione unitaria. La società controllante quando esercita la direzione unitaria si pone in un rapporto di relazione soggettiva con la società controllata e si assume l'obbligazione di realizzare l'interesse del gruppo tramite la realizzazione degli interessi delle società controllate. La controllante che si assume la direzione unitaria è tenuta alla osservanza di precisi doveri di correttezza nei confronti della controllante, doveri cui corrispondono delle vere e proprie obbligazioni coercibili..., che possono risultare inadempite o perché non attuate o perché attuate male, quando la direzione unitaria viene esercitata abusivamente".

²³⁶ P. MARCHETTI, *Sul controllo e sui poteri della controllante*, in G. CARCANO – P. BALZARINI - G. MUCCIARELLI (a cura di), *I gruppi di società, cit.*, p. 1547.

²³⁷ Cfr. U. TOMBARI, *La nuova disciplina dei gruppi di società*, in P. BENAZZO – S. PATRIARCA – G. PRESTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario...*, cit., p. 237, ID.; *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in *Giur. Comm.*, 2004, I, p. 61

attività di supervisione sulle controllate. Si potrebbe ipotizzare che questa supervisione evidenzi, in un certo momento della vita della controllata, la necessità di una direzione e coordinamento da parte della controllante, la necessità cioè che la capogruppo “prenda in mano le redini della situazione” di fronte a disfunzioni nelle controllate. Solo a questo punto si potrebbe forse verificare una responsabilità della *holding* per il mancato esercizio dell’attività di direzione e coordinamento²³⁸.

La tesi contrattuale, e quindi l’idea che l’attività di direzione e coordinamento secondo i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale costituisca manifestazione di un rapporto giuridico preesistente, potrebbe autorizzare una più decisa conferma di quanto argomentato nel paragrafo precedente. L’adozione e l’attuazione di modelli organizzativi ex d. lgs. 231/2001 potrebbe probabilmente costituire uno degli elementi per una direzione e un coordinamento rispettosi dei principi cui l’art. 2497 c.c. fa riferimento. Se tale attività costituisse un obbligo nei termini poc’anzi visti, e se il parametro di diligenza fosse dettato dai suddetti principi, potrebbe a maggior ragione sostenersi che gli amministratori della controllante dovrebbero preoccuparsi della conformazione in chiave anti-reato della struttura organizzativa delle controllate, se del caso suggerendo l’adozione dei *compliance programs* da parte delle controllate.

Secondo chi scrive l’esercizio dell’attività di direzione e coordinamento non rappresenta un obbligo *tout court*, tranne che non ci si trovi di fronte a situazioni d’emergenza o particolarmente delicate per le controllate che

²³⁸ Cfr. sul punto anche R. SACCHI, *op.cit.*, 669, il quale, ricostruita la tesi di Marchetti, osserva la presenza di alcuni indici normativi contrari a questa. Innanzitutto la circostanza che la responsabilità nel codice civile sia legata all’esercizio della direzione unitaria, e non alla sua omissione. In secondo luogo il fatto che l’art. 2497 co. 2 parli di fatto lesivo sembra andare contro l’ipotesi di una responsabilità di tipo contrattuale. L’Autore valorizza in tal senso anche l’art. 90 del d. lgs. 270/99, sull’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, che stabilisce una responsabilità degli amministratori della *holding* per abuso della direzione unitaria “in conseguenza delle direttive impartite”, ancora una volta, quindi, in dipendenza di un comportamento *attivo*. Sacchi, nonostante gli indici testuali ora brevemente ripercorsi, ritiene preferibile la tesi contrattuale. Questa impostazione è ritenuta più aderente alle scelte a livello di sistema fatte dalla riforma, che vanno a incentivare il monitoraggio da parte della *holding* sulle società del gruppo. Valorizzabile in tal senso è anche la previsione sul diritto di recesso, art. 2497-*quater*, di cui si dirà meglio tra breve. L’*exit* è consentito in caso di cessazione dell’attività di direzione e coordinamento, dunque, secondo Sacchi, proprio quando viene a cessare l’onere di monitoraggio (così alla nota n. 18).

richiedano un intervento della società madre. Se però la società che controlla un'altra società esercita l'attività di direzione e coordinamento, allora deve svolgerla nel rispetto dei principi indicati dall'art. 2497 c.c.

A proposito dei principi citati, si può aggiungere a quanto sin qui esposto come non sia ben chiaro cosa debba intendersi per "correttezza"²³⁹, se questa implichi qualcosa di ulteriore rispetto agli ordinari parametri di diligenza professionale degli amministratori, in altri termini se la gestione *scorretta* sia diversa dalle gestione *negligente*²⁴⁰. Secondo alcuni autori proprio il riferimento alla correttezza impedirebbe di considerare extracontrattuale la responsabilità della capogruppo, derivando la responsabilità dall'inadempimento di obblighi di comportamento giuridicamente preesistenti. Proprio la necessità che l'attività di direzione e coordinamento si conformi ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale precluderebbe alla "contrattualizzazione" della responsabilità della capogruppo²⁴¹.

In ogni caso la valutazione dell'azione della capogruppo e della sua correttezza va sicuramente effettuata tenendo presente che essa agisce non come monade isolata, ma come società "raggruppata".

Allo stesso modo va valutata la diligenza degli amministratori. In particolare è noto che secondo l'art. 2392 c.c. gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge con la diligenza richiesta dalla

²³⁹ Secondo P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento*, cit., p. 336, il criterio di corretta gestione si riferisce non tanto alla società che esercita direzione e coordinamento, quanto all'agire della società eterodiretta, che non deve essere deviata da un parametro di corretta amministrazione.

²⁴⁰ Cfr. sul punto M. RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture e incertezze: una prima riflessione*, in *Le società*, 2003, p. 334.

²⁴¹ Così V. CARRIERO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 1245; nello stesso senso A. PAVONE LA ROSA, *op. cit.*, p. 770. Tra gli altri già A. GAMBINO, *Responsabilità amministrativa nei gruppi societari*, in *Giur. comm.*, 1993, p. 848, prima della riforma, aveva sostenuto come l'affermazione della legittimità della direzione unitaria implicasse un potere-dovere di esercitarla, potere-dovere avente carattere lato sensu organico per le singole società in cui esso si esercita e che dunque la responsabilità derivante da esercizio abusivo della direzione unitaria avesse natura contrattuale. E' perfettamente legittima la contrattualizzazione della direzione e coordinamento di gruppo secondo P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, cit., p. 330. Non solo, secondo lo stesso Autore, tale contrattualizzazione può avere riflessi positivi e di grande rilievo operativo proprio nella predisposizione dei modelli organizzativi di cui al d. lgs. 231/2001 (cfr. in particolare p. 333 dello scritto ora menzionato).

natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze²⁴². Secondo chi scrive la "natura dell'incarico" può essere riferita non soltanto alle differenze tra soggetti delegati e soggetti deleganti, ma anche all'esercizio della carica di amministratore in una società appartenente ad un gruppo piuttosto che in una società isolata. La tipologia di incarico sembra infatti notevolmente diversa nei due casi e pare richiedere uno sforzo più ampio nel caso di gruppo. Così come le specifiche competenze possono risultare più ampie per l'amministratore di una società che esercita attività di direzione e coordinamento.

La direzione unitaria non deve necessariamente accompagnarsi al controllo. Tuttavia si presume, secondo l'art. 2497-*sexies*, che essa sia esercitata in caso di controllo, salvo prova contraria. Se viene esercitata, c'è un'influenza intrusiva sulle controllate. Se si riconosce la liceità di questa intrusione, sembra naturale ne derivino anche degli obblighi, o meglio dei parametri di diligente esercizio. Se riteniamo che, per una corretta gestione, una società *holding* debba preoccuparsi anche della struttura preventiva della commissione di illeciti delle proprie controllate, allora la capogruppo, per esplicitare opportunamente il proprio ruolo direttivo, per evitare ogni profilo colposo, deve interessarsi dell'adozione dei modelli da parte delle controllate, o meglio, deve quanto meno verificare che la loro struttura organizzativa, se pur priva di modelli (in modo del tutto legittimo, poiché non esiste una sanzione per la mera assenza di modelli), sia non di meno tale da far ragionevolmente prevedere che reati non saranno compiuti. La capogruppo, si ribadisce, non è obbligata ad imporre alle proprie controllate di dotarsi di *compliance programs*; sembra invece tenuta, per una diligente attività di direzione e coordinamento, a considerare il problema, a ponderare seriamente l'eventualità di adottare tali strumenti, a valutare la struttura attuale delle controllate, ad esaminare i rischi che il tipo di attività economica da queste svolta comporta e, se del caso, a promuovere l'adozione dei modelli.

Se un reato venisse commesso, ed i modelli organizzativi fossero assenti e la loro assenza non fosse giustificata, o meglio la decisione della loro assenza non fosse stata adeguatamente ponderata dalla capogruppo, allora sarebbe

²⁴² Sul tema, in particolare sul rapporto tra diligenza e perizia, cfr. M. RABITTI, *op. cit.*, p. 97 ss.

forse ragionevole riconoscere in capo a questa una responsabilità nel caso in cui la controllata fosse condannata, ed allo stesso tempo sembrerebbe legittima un'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori di queste ma anche della capogruppo.

2. 2. Brevi riflessioni sulla responsabilità per il pregiudizio alla partecipazione sociale ex art. 2497 c.c.

Si riprende ora brevemente l'esegesi delle norme sulla direzione unitaria per trarne un altro spunto. Si è detto che l'art. 2497 c.c. prevede una responsabilità da direzione e coordinamento nei confronti dei soci e dei creditori delle controllate. In particolare la responsabilità nei confronti dei soci riguarda il pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione sociale²⁴³. Ci si chiede se il riconoscimento in capo ad una società della responsabilità ex d. lgs. 231/2001 possa essere visto come causa di un pregiudizio alla redditività ed al valore della partecipazione sociale.

Si ricordi che la riforma ha previsto delle ipotesi di recesso peculiari per l'ambito dei "gruppi". In particolare il socio di società soggetta ad attività di direzione e coordinamento può recedere, in base all'art. 2497-*quater*, co. 1, b), quando a suo favore sia "*pronunciata, con decisione esecutiva, condanna di chi esercita attività di direzione e coordinamento ai sensi dell'articolo 2497*"²⁴⁴.

Qualora una controllata venga sanzionata ex d. lgs. 231/2001, ad esempio con la sospensione di una concessione, è concretamente probabile che il valore della partecipazione sociale subisca un pregiudizio. Ipotizzando che tale società sia stata riconosciuta responsabile poiché priva di modelli organizzativi, potrebbe darsi il caso che tale assenza sia stata impartita dalla società controllante, nell'ambito della sua attività di direzione e coordinamento. Il socio della controllata potrebbe a questo punto ottenere la condanna di chi

²⁴³ Cfr. sul tema in particolare G. SCHIANO DI PEPE, *Il diritto di recesso nei gruppi*, in *Le società*, 2003, p. 1205; V. SALAFIA, *La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate*, in *Le società*, 2003, p. 390.

²⁴⁴ Cfr. sul recesso V. CARIELLO, *op. cit.*, p. 1264; P. DE BIASI, *op. cit.*, p. 950. Sulla sua maggiore appetibilità, rispetto all'azione ex art. 2497 c.c., pur nella sua non facile percorribilità, cfr. G. SCOGNAMIGLIO, *I gruppi e la riforma del diritto societario...*, *cit.*, p. 588. Sul mutato atteggiamento del legislatore nei confronti del diritto di recesso, prima possibile solo in un'area molto ristretta e oggi invece oggetto di numerose previsioni, si veda R. RORDORF, *Il recesso del socio di società di capitali: prime osservazioni dopo la riforma*, in *Le società*, 2003, p. 922.

esercita tale attività per aver causato, mediante la direttiva di non adottare i *compliance programs*, la cui assenza ha poi reso possibile la commissione di reati dai quali è dipesa la responsabilità amministrativa dell'ente, un pregiudizio alla redditività e al valore della sua partecipazione. Una volta ottenuta tale pronuncia, il socio avrebbe il diritto di recedere in base all'art. 2497-*quater* b) sopra citato.

A questo proposito si deve ricordare che la legge delega n. 300/2000, origine del d. lgs. 231/2001, all'art. 11 lett. t) prevedeva la possibilità per il socio di recedere dalla società ove questa fosse stata riconosciuta responsabile²⁴⁵. Diverse valutazioni tuttavia, tra le quali ad esempio il timore di un eventuale esodo incontrollato dalla società stessa, avevano fatto sì che l'*exit* non fosse poi riconosciuto nel decreto legislativo. Nel modo ora descritto, certamente complesso da percorrere ma comunque ipotizzabile, si raggiungerebbe proprio il risultato che la l. 300/2000 aveva ideato. Il recesso conseguente alla condanna ex d. lgs. 231/2001 tuttavia sarebbe una via percorribile nel solo caso di società raggruppate e non applicabile a qualunque ente venisse sanzionato, come originariamente previsto dalla legge delega.

2. 3 Risvolti sul piano penale-amministrativo

Tanto detto sulla direzione unitaria dal punto di vista civilistico, si ritorna ora a verificare le potenziali conseguenze di tale attività sul piano della responsabilità da reato.

Oltre a quanto emerso dall'analisi ora svolta, sembra opportuno premettere un'altra osservazione: anche in questa sede si ritiene di dover prescindere da soluzioni generalizzanti. Per quanto oggi la direzione unitaria sia regolamentata nel codice civile nei termini sopra visti, tuttora il suo esplicarsi può assumere forme più o meno penetranti.

Con la riforma societaria si è visto che la direzione unitaria è divenuta fenomeno lecito che si presume ricorrere – salva prova contraria – in presenza di certe situazioni, tra queste il rapporto di controllo. Dunque se una società ne controlla un'altra *può*, a sua discrezione, esercitare su di questa attività di

²⁴⁵ Cfr. L. DE ANGELIS, *Responsabilità amministrativa delle società ed esercizio del recesso quale sanzione accessoria*, in *Le Società*, 2001, p. 385.

direzione e coordinamento. A quest'attività conseguono diversi obblighi informativi e di trasparenza e il suo svolgimento in spregio dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale comporta una responsabilità verso i soci esterni e verso i creditori delle controllate. Ciò posto, le diverse modalità di concreto esercizio della direzione unitaria non sono dettagliatamente codificate; nella prassi si utilizzano diversi strumenti, ad esempio direttive, *interlocking directorates*, ecc. Il grado di intensità della direzione unitaria può variare considerevolmente da caso a caso e può giungere anche ad una vera e propria ingerenza²⁴⁶. Così come può variare notevolmente anche l'ampiezza delle aree interessate dalla direzione unitaria, che potrebbe non esercitarsi su tutto il complesso dell'attività di impresa, ma solo in particolari settori di essa²⁴⁷. Dunque occorre sempre guardare alla specifica ipotesi concreta per trarre delle conclusioni in merito alle responsabilità che possono derivare dalla direzione unitaria così come in quel caso esercitata.

Tanto premesso è fondamentale osservare come debba sempre valorizzarsi lo strumento concorsuale²⁴⁸. In altri termini, qualora un soggetto apicale della capogruppo contribuisca casualmente, secondo quanto disposto dall'art. 110 c.p., alla realizzazione del reato da parte di un esponente della

²⁴⁶ Ricorda come i gruppi si presentino nella realtà economica secondo una gamma di modelli molto differenziata G. SCOGNAMIGLIO, *cit.*, p. 201, che ricorda come il diverso grado di intensità della direzione unitaria possa far spaziare dal massimo decentramento organizzativo al più rigido accentramento di funzioni gestorie al vertice. Proprio questa multiformità del gruppo garantisce la flessibilità e la duttilità del suo modello organizzativo, spiegando quindi l'appetibilità ed il successo di tale forma d'impresa. Proprio la riforma sembra, secondo l'Autrice, legittimare più che in passato un modello di gruppo fortemente accentrato, tale da consentire alla madre addirittura una stabile ingerenza nella vita delle figlie.

²⁴⁷ G. ROSSI nel celebre scritto presentato a Venezia, *Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo da risolvere*, *cit.*, p. 35, affermava: "La direzione unitaria, fuori dal contratto di dominio, che è per così dire totalizzante, si presenta, si propone e si sfaccetta in diverse attività dell'impresa, sicché si verifica sovente che esista una direzione unitaria in un settore di attività e non esista in un altro". L'Autore definiva il gruppo una realtà magmatica e multiforme (così a p. 18 del medesimo scritto).

Mette in luce come sia particolarmente delicato ed importante, ai fini di individuare le potenziali responsabilità, ricostruire quali siano le materie rientranti nella direzione e nel coordinamento in relazione alle quali opera un onere di monitoraggio da parte della *holding*, nella concezione contrattuale della responsabilità da direzione e coordinamento adottata R. SACCHI, *op. cit.*, p. 671. Sulle materie che più frequentemente sono oggetto di accentramento cfr. A. DACCO', *Accentramento della tesoreria nei gruppi di società*, Milano, p. 11. Sui contratti di *service*, le funzioni di *staff* e sui vantaggi ed i rischi del "contratto di accentramento" si veda anche G. MINERVINI, *Cronache della grande impresa*, in *Giur. comm.*, 2004, p. 895.

²⁴⁸ Sull'importanza del ricorso a tale strumento cfr. A. ALESSANDRI, *Parte generale*, in AA. VV., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, ed. ridotta, Bologna, 2003, p. 96

controllata, si potrà – a patto naturalmente che siano verificati tutti gli altri parametri di imputazione – verificare senza grossi sforzi interpretativi una responsabilità amministrativa della capogruppo derivante dalla penale responsabilità del proprio amministratore.

Si faccia a titolo esemplificativo il caso in cui la direzione unitaria si espliciti ad esempio mediante direttive criminose, accolte e messe in atto dai gestori delle società dirette. Le direttive volte a determinare o ad istigare alla commissione di un reato, se accolte e messe in opera dai rappresentanti delle controllate, possono certo inquadrarsi come contributo causale consapevole al reato.

Ci si deve chiedere a questo punto se la direttiva contraria all'adozione dei modelli organizzativi possa essere vista come contributo alla commissione del reato. Sembra del tutto evidente che un conto è la direttiva volta a determinare alla commissione di un reato, un conto è la direttiva indirizzata ad escludere l'adozione di modelli organizzativi nelle controllate: non sembra affatto incontrovertibile che la seconda determini sempre lo stesso effetto della prima. Si ritiene cioè scorretto affermare che l'assenza di modelli suggerita dalla controllante sia sempre in grado di determinare la commissione di un illecito. Si deve riflettere infatti da un lato sul fatto che in ogni caso la controllata è un soggetto giuridico autonomo e può rifiutarsi di dar seguito alle direttive della capogruppo²⁴⁹. Indice normativo di ciò si può rinvenire tra l'altro nella circostanza che solo nel caso in cui la società soggetta ad attività di direzione e coordinamento prenda delle decisioni che siano influenzate dalla società che tale attività esplica è tenuta a renderne dettagliatamente conto²⁵⁰, mentre non è

²⁴⁹ In questo senso F. GALGANO, *Il regolamento di gruppo nei gruppi bancari*, in *Banca, borsa, titoli di c.*, 2005, n. 1, p. 89: "Gli amministratori delle controllate, nominati con il voto degli amministratori della holding, occupano la posizione che è propria, secondo il codice civile, di ogni amministratore di società per azioni".

²⁵⁰ Così dispone l'art. 2497-ter, *Motivazione delle decisioni*: "Le decisioni delle società soggette ad attività di direzione e coordinamento, quando da questa influenzate, debbono essere analiticamente motivate e recare puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione. Di esse viene dato adeguato conto nella relazione di cui all'articolo 2428". Sulla funzione di imporre un obbligo di trasparenza, più che di imporre di attestare e asseverare la congruenza delle scelte con l'interesse delle controllate, che questo articolo imporrebbe cfr. G. SCOGNAMIGLIO, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, in *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Milano, 2003, p. 200. Secondo G. GUIZZI, *La responsabilità della controllante per non corretto esercizio del potere di direzione e coordinamento*, in G. SCOGNAMIGLIO (a cura di),

tenuta a dare spiegazioni particolari nel caso in cui non sia da questa influenzata, dunque anche qualora rifiuti di dar corso ad indirizzi particolari che le vengano suggeriti. Inoltre anche per gli amministratori delle controllate vale il dettato dell'art. 2380-*bis* c.c.: la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori²⁵¹. A questo proposito anche se si ritenesse tale principio in certa misura affievolito in riferimento agli amministratori di società controllate²⁵², proprio per via dell'influenza dominante che su di loro esplica l'amministrazione della controllante, ciò non potrebbe comportare un disconoscimento dei compiti e delle responsabilità di costoro. Ogni amministratore, anche quello di società eterodiretta, è tenuto ad adempiere le funzioni affidategli dalla legge e con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico²⁵³.

Dall'altro lato, si consideri che occorrerebbe provare che se la direttiva fosse stata emanata allora il reato non si sarebbe realizzato (presumibilmente il

Profili e problemi, cit., p. 212, tale norma è una spia del sospetto con cui il legislatore italiano guarda ancora oggi all'esercizio della direzione unitaria. Ciò confermerebbe inoltre, secondo l'Autore, come l'eterodirezione non sia concepita come un'attività dovuta da parte della holding, al contrario di quanto emerge invece dal Testo Unico Bancario del 1993.

²⁵¹ Proprio l'art. 2380-*bis* impedisce all'azionista di maggioranza di occuparsi della gestione, che anche in questo caso resta materia di esclusiva responsabilità degli amministratori secondo F. GALGANO, *ibidem*. Nota come nessuna deroga a questo principio sia contenuta nell'attuale disciplina dei gruppi G. SBISA', *op. cit.*, p. 605.

²⁵² Cfr. A. DE NICOLA, *Amministrazione della società*, commento all'art. 2380-*bis*, p. 97, il quale sostiene che gli amministratori della controllante hanno un potere direttivo su quelli delle controllate e per questo l'esclusività del potere gestorio di cui all'art. 2380-*bis* per il consiglio di amministrazione di una società figlia è "limitata e circoscritta dalle linee guida di gruppo cui essi in concreto si attengono". Sussisterebbe dunque una situazione di *subordinazione* dell'organo gestorio della controllata. Particolare la tesi di G. SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit.*, pp. 200-201, secondo la quale la disciplina dell'amministrazione per le società soggette a direzione e coordinamento è diversa da quelle "indipendenti" e si caratterizza per una tendenziale irresponsabilità degli amministratori che si dimostrino passivi esecutori e non vigilmente critici delle direttive provenienti dalla *holding*. Sembra scolorare il ruolo dei gestori delle controllate tanto che la gestione dell'impresa, ovvero il gruppo nel suo complesso, sarebbe di competenza dell'ente che ne è al vertice, secondo G. GUIZZI, *op. cit.*, p. 203. Secondo l'Autore, che sottolinea la scarsa coerenza sistematica della disciplina di cui agli art. 2497 ss. con l'impianto sistematico della riforma, la disciplina in questione deve intendersi come repressiva di un comportamento anomalo, poiché interferisce nella normale vita e gestione delle società. La direzione unitaria costituirebbe difatti un *vulnus* all'autonomia operativa delle società e in quanto tale sarebbe fenomeno da non promuovere. Secondo I. FAVA, *op. cit.*, p. 1204, le norme sull'attività di direzione e coordinamento determinano un potere-dovere degli amministratori della società controllata di osservare le direttive ricevute da quelli della capogruppo. Ciò costituirebbe una chiara deroga all'art. 2380-*bis* ed implicitamente determinerebbe il perseguimento di un interesse extrasociale da parte degli amministratori della controllata.

²⁵³ In questo senso A. PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 768, che sostiene come tale canone di diligenza, prescritto dal novellato art. 2392 co. 1 c.c., valga anche per l'organo gestorio di una società inserita in un'aggregazione di gruppo.

modello sarebbe stato attuato e questo avrebbe impedito la perpetrazione dell'illecito; oppure – ipotesi che sembra più difficile – la direttiva proveniente dai vertici avrebbe influenzato psichicamente il soggetto al punto da determinarne o istigarne la condotta illecita). Non sarebbe sufficiente stabilire che avrebbe semplicemente reso meno agevole la commissione di illeciti di vario genere nella società, ma si dovrebbe poter affermare con certezza che avrebbe *impedito* la realizzazione di *quello* specifico reato.

Si tenga presente peraltro che se si ritiene, per le ragioni che si sono viste sopra, che l'adozione dei protocolli di organizzazione costituisca un onere, e non un obbligo, l'invito a non dotarsene non può essere interpretato – di per sé – come una condotta illecita.

Tranne ipotesi del tutto particolari dunque l'indirizzo contrario all'adozione dei *compliance programs* non è inquadrabile *tout court* come contributo causale alla realizzazione di un reato. Ciò potrebbe accadere forse nel caso in cui si progettasse scientemente l'organizzazione in modo fallace e volto a creare e celare delle scappatoie per la commissione di illeciti ad una società con una storia già oscura, ad esempio alla vigilia della partecipazione ad una gara pubblica in un paese caratterizzato da un altissimo indice di corruzione.

Quindi l'ipotesi che il concorso di persone nel reato che dia origine alla responsabilità anche della società al vertice del gruppo si realizzi attraverso una direttiva di quest'ultima contraria all'adozione di protocolli organizzativi non sembra di frequenza rilevante.

Si consideri peraltro che lo stesso d. lgs. 231/2001 – in particolare nel caso degli illeciti commessi da soggetti apicali – non sembra richiedere la verifica di un effettivo apporto causale delle manchevolezze organizzative dell'ente alla commissione dei reati, come si è visto nei capitoli precedenti. Dunque si potrebbe sostenere che, al di là dell'ipotesi, probabilmente di scarso rilievo empirico, di concorso di persone fisiche nel reato realizzato mediante l'istigazione a commettere un illecito penale attraverso la comunicazione di una direttiva contraria all'adozione di *compliance programs*, l'attribuzione di responsabilità da reato ad un altro ente segua un percorso diverso, che si

accontenta di una semplice carenza di impegno organizzativo da parte dell'ente in posizione dominante. Del resto, se le manchevolezze organizzative della società in cui l'illecito si sia verificato non devono necessariamente aver contribuito eziologicamente al verificarsi dell'illecito, a maggior ragione potrebbe sembrare illogico richiedere questa efficacia per le manchevolezze organizzative della direzione esercitata dalla capogruppo.

Si potrebbe invero sostenere che il d. lgs. 231/2001 non richieda la verifica di un vero e proprio contributo causale e che invece sia sufficiente – al fine di corresponsabilizzare un secondo soggetto per quanto accaduto in un altro – riscontrare una semplice agevolazione dell'illecito mediante la creazione di un humus lavorativo criminogeno. Del resto non si deve necessariamente credere, soprattutto se si ritiene la responsabilità da reato un genere particolare, diverso da quello penale e da quello amministrativo, che l'attribuzione della responsabilità all'ente debba seguire necessariamente tutti i consueti crismi e dunque anche la verifica di un vero e proprio rapporto di causalità tra disorganizzazione e illecito penale. Sarebbe peraltro molto restrittivo richiedere questo legame, poiché l'esplicazione di un'efficacia di simile portata non è cosa da poco, molto più semplice sarebbe riscontrare un'agevolazione colposa dell'illecito.

Ma ciò che si deve ancora una volta ricordare è che il d. lgs. 231/2001 non contempla (almeno non espressamente) il concorso di persone giuridiche nell'illecito da reato, e che quindi risulta artificioso tentare di ricostruirlo a livello interpretativo, senza poter poggiare su alcuna base stabile. Il principio di legalità deve guidare ancora una volta l'interprete ed indurlo ad abbandonare meccanismi di corresponsabilizzazione avulsi da appigli normativi testuali sicuri.

De iure condendo si potrebbe forse ragionare sull'opportunità dell'esclusione di simile percorso, e si potrebbe tentare di immaginare l'introduzione di una sorta di agevolazione colposa dell'illecito amministrativo da parte di società che esercitano direzione e coordinamento nei confronti di quelle società dirette la cui autonomia è certo almeno in parte affievolita. Allo stato si deve però fare i conti con il diritto condito, e con la circostanza che questo dei *gruppi* non si è occupato, con tutte le incongruenze che ne derivano. Inoltre

bisogna ancora una volta ricordare la presenza del concorso di persone (fisiche) nel reato, che – per quanto di non semplice accertamento²⁵⁴ – potrà sicuramente rilevare in molti casi, consentendo un’ascrizione di responsabilità per le diverse società di gruppo coinvolte, ognuna in dipendenza dalla condotta illecita del proprio rappresentante.

Il caso di illecito realizzato da soggetto sottoposto che coinvolga più società del gruppo sembra invece di minore rilievo empirico.

Ritornando all’analisi del decreto, si potrebbe riflettere su un altro aspetto per verificare se dall’attività di direzione e coordinamento derivi l’obbligo in capo alla società capogruppo di organizzare le società dirette. L’art. 6 co. 1 a) afferma che l’ente può andare esente da responsabilità se l’organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato modelli di organizzazione, gestione e controllo. L’organo dirigente in questione, sembra possibile affermare, non può essere che quello della società considerata, se anche questa fosse soggetta alla direzione e al coordinamento di altra società, né quest’ultima né i suoi amministratori potrebbero essere intesi come *organo dirigente*. La norma parla di organo, se avesse parlato di “chi dirige”, in modo generale, forse si sarebbe potuto pensare anche a questi soggetti, ma in questo modo sembra chiaro che si parli solo di una struttura stabilmente incardinata nell’ente, sua propria. La cd. colpa d’organizzazione – che, peraltro, forse non ha poi molto in comune con la colpa individuale del diritto penale²⁵⁵ – deve scaturire dall’ente “sede” del reato. E’ l’organo dirigente di questo a non aver adottato i modelli organizzativi.

Questa impostazione del legislatore delegato è d’altro canto corretta e conforme a quanto emerge dalla normativa societaria: le società legate dall’attività di cui all’art. 2497 c.c. sono persone giuridiche autonome e distinte, ciascuna con propri organi. Esiste certo un’interazione peculiare tra questi, ma essa – di nuovo – potrà tutt’al più portare ad un concorso di persone nel reato ex art. 110 c.p. Resta il fatto che la controllata, quale soggetto giuridico distinto, ha propri organi, i quali sono *ex lege* responsabili della sua organizzazione, e

²⁵⁴ O. DI GIOVINE, *op. cit.*, p. 118, giudica piuttosto rara l’evenienza della determinazione o dell’istigazione.

²⁵⁵ Sull’interpretazione della colpa è d’obbligo il rinvio al saggio di G. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 29.

solo dalle omissioni di questi può derivare una colpa dell'organizzazione, non certo dalle omissioni di soggetti esterni.

Cosa diversa si potrebbe dire della formulazione dell'art. 7, che parla di inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza. Si deve notare che, anche se si volesse fare la scelta – peraltro discutibile – di ritenere gravati degli obblighi di direzione i soggetti apicali della società capogruppo, ciò non toglie che l'art. 7, con una scelta secondo alcuni criticabile, non ha sancito una corresponsabilità di tali soggetti per quanto realizzato dai soggetti da loro diretti o vigilati²⁵⁶.

Dunque o si ritrova nei fatti di causa una condotta tale da concretare una vera e propria compartecipazione criminosa – e allora sorgeranno responsabilità parallele per le diverse società dipendenti ognuna dalla condotta del proprio rappresentante – o altrimenti questa corresponsabilizzazione non sarà possibile. Si può essere legalmente tenuti ad organizzare l'ente in cui si è strutturati, non certo un ente estraneo e diverso, con cui il rapporto è decisamente più labile. E' il rapporto organo-ente che determina la possibilità e la logica stessa di riconoscere una responsabilità da reato. Gli obblighi di direzione e vigilanza non possono estendersi al di fuori dell'ente. Non avrebbe

²⁵⁶ Cfr. G. DE VERO, *La responsabilità dell'ente collettivo dipendente da reato: criteri di imputazione e qualificazione giuridica*, cit., in particolare p. 30 ss. Secondo l'Autore alla base dell'attribuzione di responsabilità all'ente, nel caso dell'art. 7, sta un comportamento agevolativo del soggetto apicale. Ebbene questo stesso comportamento avrebbe dovuto essere connotato di un'ulteriore rilevanza giuridica: "l'inosservanza del dovere di controllo dovrà altresì costituire il nucleo della condotta di un corrispondente reato di agevolazione colposa da configurarsi direttamente in capo al "vertice", con una congrua riduzione della pena prevista per il reato di riferimento". Limite notevole, dunque, del d. lgs. 231/2001, risalente peraltro già alla stessa legge delega, è per De Vero appunto quello di non aver attuato obblighi di penalizzazione di origine europea nei confronti dei soggetti apicali per gli illeciti realizzati dai loro sottoposti. Tale mancanza risulta un'anomalia del sistema, soprattutto dal punto di vista del principio di meritevolezza, anche secondo N. PISANI, *op. cit.*, p. 97. Pisani peraltro non concorda totalmente con il pensiero di De Vero: ritiene infatti che l'espressione "*reso possibile*" utilizzata dall'art. 7 non possa che implicare l'accertamento di un vero e proprio nesso condizionalistico tra la mancata attivazione dei poteri impeditivi e la commissione dell'evento reato. Secondo l'Autore la disciplina introdotta nel 2001 sembra aver riconosciuto la distinzione tra obblighi di garanzia e obblighi di sorveglianza, di cui si dirà meglio fra poco, ed aver graduato il peso degli obblighi civilistici di vigilanza all'interno dell'impresa strutturando un sistema di livelli di garanzia calibrato sul grado di prossimità della posizione giuridica di ogni soggetto rispetto al "potere di controllo" sui processi generatori di rischio. Il decreto sembra aver attribuito una posizione di sorveglianza in capo ai soggetti apicali; questo modello di tutela, infine, secondo Pisani è legato al paradigma della mancata minimizzazione del rischio.

senso andare a cercare una sorta di “garante” lontano e privo dei pieni poteri necessari.

Se nella condotta dei soggetti espressione della capogruppo si ritroveranno gli estremi di un vero e proprio concorso, allora non si avranno difficoltà ad accertare una responsabilità *ex d. lgs. 231/2001* di questa. In caso contrario è escluso, attualmente, che si possa attribuire alla capogruppo una “colpa in organizzazione” di un altro soggetto. E’ un concetto giuridicamente ed anche concretamente privo di fondamento. Perché si rintracci una responsabilità da mancata o inadeguata organizzazione occorre avere dei poteri organizzativi completi. Questi stanno solo in capo agli amministratori della controllata, che saranno sicuramente influenzati dalla capogruppo, poiché se sussiste il controllo azionario la loro nomina sarà stata decisa da questi, ma il potere resterà nelle mani degli organi della controllata. La direzione unitaria non consente di disconoscere l’autonomia ed i poteri organizzativi delle controllate. Inoltre la colpa organizzativa, come messo in luce in particolare da Paliero e Piergallini, è una sorta di precolpevolezza, che non riguarda il singolo specifico reato, ma un insieme eterogeneo e sfaccettato di illeciti²⁵⁷. Dunque, se già si tratta di un parametro soggettivo *sui generis* per l’ente in cui si è verificato il reato, sembra difficile che possa fungere, negli stessi termini, da criterio d’imputazione soggettiva per l’ente che a monte questo dirige e coordina.

Ciò pare confermato anche dal fatto che ogni ente deve avere il proprio modello organizzativo ed il proprio organismo di vigilanza. In questo senso del resto, come si vedrà meglio nei paragrafi successivi, depone l’osservazione del comportamento seguito finora dai maggiori gruppi italiani. In nessun caso si ritiene bastevole un unico modello in capo alla *holding*, al contrario ogni società ha il proprio e la capogruppo si limita tutt’al più a dettare delle linee guida di fondo, delle basi generali, ma l’adozione e l’attuazione del modello della singola società spetta poi agli amministratori di queste, che cureranno che questo sia effettivamente calibrato sulle caratteristiche peculiari dell’ente gerito.

L’unica seria base su cui si può poggiare il ragionamento volto a ricercare una responsabilità a monte per quanto accada a valle resta, in

²⁵⁷ Cfr. C.E. PALIERO – C. PIERGALLINI, *op. cit.*

conclusione, soltanto il concorso di persone fisiche nel reato. Una volta riscontrato il concorso di soggetti appartenenti all'una e all'altra sfera, si potrà procedere poi a verificare, in modo parallelo e indipendente, la responsabilità di ciascuna società. Quando si tratterà di verificare la presenza delle manchevolezze organizzative, si dovrà sempre fare riferimento all'ente di volta in volta preso in considerazione. Non sarà cioè possibile utilizzare la disorganizzazione di un ente per attribuire la responsabilità amministrativa (anche) ad un altro ente.

Per quanto scarno di indicazioni sotto certi aspetti, il d. lgs. 231/2001 porge delle basi importanti ed imprescindibili all'interprete che voglia accertare la responsabilità di un ente collettivo: il legame funzionale con l'autore del reato, l'interesse così come lo si è analizzato nel capitolo n. 2, e infine la mancanza di modelli organizzativi idonei ed efficaci. Di tutti questi elementi è necessario accertare l'esistenza. E ognuno di questi andrà riferito allo specifico ente che si intenda esaminare. Dunque una società non potrà essere riconosciuta responsabile per le mancanze organizzative di un'altra società, anche se con questa ha un particolare legame. Potranno forse derivare delle conseguenze sul piano civile, a determinate condizioni cui si è fatto cenno *supra*, ma non sul piano - gravemente afflittivo - della responsabilità da reato.

2. 4 Dell'eventualità di una responsabilità della società che esercita direzione e coordinamento e della società diretta dipendente dal reato commesso da un unico soggetto

Si ipotizzi che nella società B, soggetta alla direzione e al coordinamento della società A, si verifichi un illecito penale per mano di Tizio – amministratore della medesima – e che B sia priva di modelli organizzativi. Si aggiunga che A aveva in precedenza reso delle direttive alla propria controllata volte a evitare l'adozione di protocolli organizzativi da parte di questa. Al fine di accertare la responsabilità di B, occorrerà prendere in rassegna tutti i parametri poco fa citati. E' indubbio che esista il legame funzionale col reo, che in questo caso è amministratore; si ipotizzi inoltre che il reato sia stato commesso proprio nell'interesse di B; si è detto infine che sussistono le manchevolezze

organizzative in capo alla società. Dunque B potrà senz'altro essere sanzionata ex d. lgs. 231/2001.

Si analizzi ora la situazione di A. Ci si chiede in che tipo di responsabilità possa incorrere, ipotizzando che l'assenza di uno sforzo di contrasto dell'illecito da parte della struttura di B fosse stata generata anche da una politica di gruppo così orientata.

Anzitutto occorrerebbe verificare che l'autore del reato Tizio, amministratore della controllata B, avesse un legame di tipo funzionale anche con la società A. Potrebbe darsi il caso che Tizio fosse al contempo amministratore di diritto anche della società A. Altrimenti si potrebbe tentare di verificare se lo stesso soggetto fosse *di fatto* funzionalmente legato alla stessa, ad esempio se fosse inquadrabile come amministratore di fatto, oppure come di fatto sottoposto alla direzione e alla vigilanza dei soggetti apicali della stessa A.

Verifichiamo come ciò potrebbe accadere. L'interprete potrebbe procedere sostenendo che l'autore del reato è soggetto apicale anche di A poiché al vertice di una società diretta, come tale assimilabile ad una unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale. Si ritiene però che tale interpretazione non sia ammissibile poiché – come si è già avuto modo di notare in precedenza – svilirebbe l'autonomia giuridica di tale società, relegandola da distinto soggetto giuridico a semplice branca organizzativa di altro soggetto.

Altrimenti l'interprete potrebbe ritenere che il reo Tizio, soprattutto in casi di gruppi particolarmente integrati, sia considerabile quale soggetto sottoposto alla direzione o alla vigilanza dei soggetti apicali di A. Si ritiene che anche questa tesi sia da respingere, poiché in questo caso si svilirebbero il ruolo e l'autonomia che invece contraddistinguono gli amministratori della società eterodiretta B.

Quand'anche la capogruppo si ingerisse sistematicamente nella gestione delle controllate, sarebbe forzato vedere nei rappresentanti di queste ultime dei sottoposti alla direzione e vigilanza dei gestori della madre. Anche qui si tratterebbe in ipotesi di verificare l'eventualità di un concorso di persone nel reato, perché i gestori delle figlie non possono considerarsi certo dei fantocci

privi di competenze e di responsabilità. Sarebbe poi molto discutibile questo scavalco dei confini societari, lo svilimento che ne deriverebbe dell'autonomia giuridica delle controllate e il relegamento a delle sorte di imbelli autori mediati dei rappresentanti di queste.

Si ritiene inoltre, come già affermato nel paragrafo precedente, che gli obblighi di direzione o di vigilanza di cui tratta l'art. 7 non possano estendersi al di fuori dell'ente. In altri termini non si potrebbe riconoscere una responsabilità della società che esercita attività di direzione e coordinamento per quanto compiuto da un soggetto appartenente ed operante in un altro ente. Gli obblighi di direzione e vigilanza devono esplicarsi solo nei confronti di soggetti "dell'ente", e non di soggetti che operino in altri separati contesti. Ciò anche perché la società che dirige e coordina non possiede pienamente i poteri necessari per espletare tali obblighi. Questi stanno invece in capo ai soggetti apicali della società diretta e coordinata. Solo costoro hanno la pienezza di poteri indispensabile per poter efficacemente dirigere e vigilare i soggetti in questione. Ancora una volta, l'autonomia giuridica delle società, insieme alla considerazione che solo gli organi della società – e non quelli di altra società, per quanto a questa legata – dispongono in piena autonomia dei poteri gestori necessari, determinano l'impossibilità di un rimprovero ex d. lgs. 231/2001 della società che esercita la direzione unitaria per gli illeciti delle eterodirette, al di fuori dei casi di concorso nel reato di persone fisiche legate ai due enti.

Dunque si reputa che l'unica ipotesi possibile di responsabilizzazione della società A sia quello in cui l'autore del reato, oltre che amministratore della società da questa diretta e coordinata, sia al contempo suo amministratore, di diritto o di fatto. Solo in questo caso sarebbe soddisfatto il primo passo verso l'ascrizione della responsabilità ad A.

Riscontrato il primo criterio, rappresentato dal legame funzionale autore del reato-ente, occorrerà verificare che l'illecito commesso da Tizio nell'interesse di B sia stato commesso anche nell'interesse di A. Su questo argomento si rinvia all'analisi svolta nel capitolo n. 2.

Riscontrato quest'altro requisito, si passerebbe all'elemento dei cd. *compliance programs*; naturalmente la presenza o meno di questi andrebbe

verificata all'interno della società A, e non della controllata B. Occorrerebbe – per quanto detto poco fa – procedere a verificare il criterio di imputazione soggettivo di cui all'art. 6. Per attribuire la responsabilità ad A si seguirebbe dunque la strada più rigorosa approntata dal decreto per i soggetti apicali, sicché A potrebbe andare esente da responsabilità solo in caso di elusione fraudolenta dei propri idonei modelli organizzativi da parte dell'autore del reato.

Per quanto riguarda la cd. colpa d'organizzazione, questa in riferimento ad A andrebbe accertata in modo peculiare, tenendo conto cioè della caratteristica posizione rivestita dalla società in quanto ente che esercita attività di direzione e coordinamento. Ciò non vuol dire che sarebbe necessario riscontrare che la società A avesse imposto alle proprie coordinate di dotarsi di modelli organizzativi idonei ed efficaci. Semplicemente, nel valutare i modelli organizzativi di questa, occorrerebbe verificare che questi tenessero conto dei legami di gruppo e dei rischi che da questi possono derivare. Ancora, in riferimento all'organo di vigilanza, si potrebbe ritenere sensato che questo dovesse fungere da centro di riferimento degli organi di vigilanza di tutte le società coordinate e dirette e quindi si potrebbe ritenere adeguato solo un organo che contemplasse dei rapporti periodici con questi ultimi, in uno scambio di informazioni ciclico con essi.

Il giudizio sulla società A andrebbe svolto senza considerarla in modo isolato ed asettico, bensì nella consapevolezza del suo ruolo di direzione unitaria e quindi considerando che la stessa deve impostare la propria organizzazione tenendo conto anche della presenza di peculiari legami con le proprie controllate.

La valutazione circa la colpa organizzativa potrà in ogni caso divenire più agevole man mano che si verranno a creare i presupposti per delineare dei veri e propri *agenti modello societari*, dei parametri a cui confrontare l'atteggiamento tenuto dalle società nel singolo caso. Una società che esercita attività di direzione unitaria potrà essere confrontata con l'agente modello societario nella stessa posizione, cioè con il modello di società nella situazione di cui all'art. 2497 c.c. Si potrebbe così forse giungere, in futuro, a ritenere esente da colpa d'organizzazione solo quella capogruppo che, nel redigere il proprio modello

organizzativo o comunque nel pensare alla propria struttura, avesse reso delle linee di fondo generali alle società dirette riguardo alla prevenzione degli illeciti.

Si è già in precedenza notato, sulla scorta del lavoro di due autori, come la “colpa d’organizzazione” in oggetto sia assimilabile più ad una sorta di precolpevolezza. Si tratta infatti di una disorganizzazione che si intende possa dar luogo ad una gamma indefinita di reati, fattispecie anche diversissime tra loro (e non tutte congruenti con la *ratio* del d. lgs. 231/2001), quindi è difficile parlare di prevedibilità ed evitabilità come nella colpa individuale, se ci si deve riferire ad un insieme così ampio e sfaccettato di esiti possibili. Per quanto la colpa d’organizzazione sia quindi solo parzialmente accostabile alla colpa individuale nota al diritto penale, sembra ragionevole che il giudizio sulla “colpa” che emerge dal d. lgs. 231/2001 possa servirsi di un percorso ad esso molto simile.

Qualora i criteri d’imputazione sopra ricordati fossero tutti accertati in riferimento ad entrambe le società, si potrebbe ritenere sia A che B responsabili degli illeciti amministrativi derivanti da uno stesso reato. Un’ipotesi simile, la responsabilità di due enti per lo stesso reato commesso dallo stesso soggetto, è del tutto particolare e potrebbe comportare delle conseguenze discutibili sul piano sanzionatorio.

Tralasciando ora tutte le problematiche in tema di concorso nell’illecito dipendente da reato di più persone giuridiche, che si sono analizzate nel capitolo n. 3, si rifletta ora sulle conseguenze della duplice ascrizione di responsabilità che deriverebbero da questo percorso: responsabilità in capo alla società che esercita attività di direzione e coordinamento, e responsabilità in capo alla società da questa coordinata e diretta. Si avrebbe dunque un duplice effetto sanzionatorio su di un soggetto che si usa interpretare come sostanzialmente unitario dal punto di vista economico. Ci si può chiedere se ciò non finisca per tradursi in un carico afflittivo eccessivo. Per fare questo si scinda il ragionamento in due momenti, un primo momento dedicato alle sanzioni interdittive, ed un secondo concentrato invece su quelle pecuniarie.

Per quanto riguarda le sanzioni interdittive, al fine di comprendere se sia legittimo erogare sanzioni sia ad A che a B, occorre considerare quali

conseguenze possa comportare la disposizione di cui all'art. 14 d. lgs. 231/2001 già in precedenza citata che per comodità si riporta nuovamente: "Le sanzioni interdittive hanno ad oggetto la specifica attività alla quale si riferisce l'illecito dell'ente". Nel momento in cui un giudice dovesse applicare una sanzione interdittiva alla società B, dovrebbe avere riguardo alla funzione gestoria esercitata dall'autore del reato Tizio, all'area in cui questo operava, ad esempio alla specifica delega nell'ambito della quale egli ha commesso l'illecito (ad esempio, delega a curare la partecipazione a procedure ad evidenza pubblica della P.A.). Giudicando invece della società A, pare che il magistrato tornerebbe almeno parzialmente a concentrarsi sulla medesima funzione. Se l'autore del reato fosse considerato come di fatto sottoposto in A, allora la sanzione per A potrebbe concentrarsi sul ruolo dal reo rivestito e in particolare sulla scarsa incidenza dimostrata nell'apprestare le direzioni e la vigilanza di soggetti del tipo del reo. Se l'autore del reato fosse considerato di fatto apicale, in quanto al vertice di un'autonoma unità organizzativa (la controllata), la sovrapposizione delle aree di incidenza della sanzione sarebbe ancor più accentuata, poiché necessariamente si tornerebbe a interessare la funzione dal reo svolta. Si teme, in altri termini, che la risposta sanzionatoria, pur fornita di un'indicazione come quella dell'art. 14 che impone di guardare all'area "malata" della società, potrebbe risolversi in un duplicato afflittivo sulla stessa area. Dall'interpretazione lata dell'autore del reato si rischierebbe, data la contiguità e le aree di intersezione delle società del gruppo, di far luogo ad un *bis in idem*, ad un procedimento e poi ad una risposta sanzionatoria adottati per due volte nei confronti del medesimo nucleo d'attività.

E' dubbio che il portato dell'art. 14 sia in grado di consentire ad un giudice di attuare una visione sostanzialmente unitaria delle società avvinte dal vincolo della direzione unitaria, fino a consentirgli di perseguire il fine della concentrazione della risposta sanzionatoria sulla funzione cui l'illecito si riferisce proprio colpendo tale funzione una volta sola.

Nel caso in cui si consideri l'autore del reato apicale di fatto anche in A, e se si dovesse rispettare l'art. 14 del decreto, si dovrebbe andare ad applicare una sanzione ad un'area che in realtà è giuridicamente diversa e distinta da

quella di A stessa. Concentrare il rimprovero sulla specifica attività alla quale si riferisce l'illecito dell'ente vorrebbe dire scavalcare i confini delle diverse personalità giuridiche, per colpire un'area giuridicamente distinta in una considerazione unitaria anche sul piano sanzionatorio, e quindi non solo sul piano tradizionale del gruppo, quello economico. E' dubbio che ciò sia possibile e dunque si potrebbe prospettare la difficoltà del rispetto in casi del genere dell'art. 14.

Certo si può sostenere che se l'ente va trattato processualmente con le medesime garanzie che assistono l'imputato persona fisica, allora il principio del *ne bis in idem* non dovrebbe trovare ostacoli ad applicarsi anche ad esso. Ma contrasterebbe con ciò il fatto che formalmente capogruppo e società coordinata e diretta sono due diversi soggetti giuridici e che dunque l'«*idem*» non sarebbe formalmente tale.

Si passi ora a considerare l'applicazione delle sanzioni di tipo pecuniario: in questa diversa sede non è previsto un principio come quello dell'art. 14, sul presupposto che comunque la sanzione pecuniaria andrebbe ad attingere al patrimonio o fondo comune dell'ente. Forse l'ente stesso potrebbe poi curare che la sanzione andasse a pesare proprio sull'area interessata dall'illecito, disponendo ad esempio fondi inferiori per gli investimenti in quel campo; il giudice però non avrebbe alcun potere di imporre tale destinazione della sanzione, né di assicurarne effettivamente l'*enforcement* in quella modalità.

Il giudice andrebbe dunque a infliggere la sanzione sia ad A che a B, riguardo ad A questa probabilmente sarebbe più o meno gravosa a seconda che l'autore del reato venisse considerato di fatto apicale o di fatto sottoposto in A. Si assisterebbe dunque ad una duplice imposizione pecuniaria su due enti, ancora una volta giuridicamente distinti, ma in realtà strettamente avvinti, anche dal punto di vista finanziario.

Emerge dal percorso ora proposto, come l'interpretazione in chiave duplice dell'autore del reato, come cioè soggetto legato – eventualmente anche di fatto – funzionalmente a due diverse entità, comporti il rischio di una risposta sanzionatoria eccessivamente gravosa, per soggetti che – pur giuridicamente diversi – sono al contempo saldamente uniti. Da ciò dovrebbe dunque derivare

in primo luogo la doverosità di una particolare cautela nel riscontrare la duplicità delle funzioni della medesima persona, che non può essere rintracciata con eccessiva leggerezza.

Le stesse rischiose conseguenze potrebbero essere lette anche come un indice contrario a interpretazioni estese del decreto in presenza di gruppi.

In alternativa si potrebbe ritenere che l'art. 14, pur limitato alle sanzioni interdittive, potrebbe indicare al giudice in casi del genere di privilegiare l'ambito giuridico che può considerarsi responsabile della commissione del reato, di quale sia l'apparato che più con le sue deficienze più ha consentito la commissione dell'illecito, scelta eventualmente corroborata dall'analisi di quale dei due soggetti giuridici sia stato maggiormente interessato o beneficiato dal reato. Non è sicuro in ogni caso che la gravosità delle conseguenze sanzionatorie sia appropriata, pur in un gruppo che evidentemente presenta delle falle distribuite non soltanto a monte, ma anche a valle della sua composita struttura organizzativa.

Forse la soluzione per evitare le conseguenze prospettate potrebbe essere quella di individuare in questi casi quale, dei due diversi soggetti giuridici che sono coinvolti dall'operato del medesimo agente, sia stato quello che più è stato ispiratore del reato, che più vi ha contribuito mediante la propria politica d'impresa e le proprie carenze organizzative, quello che più benefici ha ricevuto, o quello nel cui maggior interesse ha agito il reo, ed una volta individuato sanzionare soltanto questo. Certo il rischio è che spesso in questo modo sarebbe la capogruppo ad essere sanzionata; tuttavia probabilmente ciò rispecchierebbe assai spesso il contesto empirico di riferimento. In questo modo inoltre si perverrebbe forse ad una visione anche giuridica e non soltanto economica unitaria del gruppo.

In ogni caso queste incongruenze che la normativa rivela anche in queste ipotesi sono una nuova spia di quanto già si è detto in precedenza: il d. lgs. 231/2001 è stato pensato per enti "tradizionali", isolati e non ha tenuto conto in alcun modo dei fenomeni di collegamento e controllo, delle reti aziendali e delle variegata forme con cui oggi può esplicarsi l'attività economica.

Si può affermare che in questo settore il diritto punitivo dell'impresa è tuttora "costruito sulla singola società, monade isolata e in sé conchiusa"²⁵⁸.

2. 5 Del caso di concorso nel reato di persone fisiche appartenenti a società dirigente e società diretta. In particolare, sull'eventualità di una posizione di garanzia degli amministratori di società che esercita attività di direzione e coordinamento

Si è visto ora il caso, del tutto particolare, in cui dal medesimo illecito commesso da un solo soggetto derivi – con le complicazioni di cui si è detto – una responsabilità amministrativa in capo a due diverse società, legate dall'esercizio di attività di direzione e coordinamento da parte di una sull'altra.

Si è anche affermato come il caso normale di attribuzione di responsabilità a più enti sarà invece quello del concorso nel reato di persone legate a società diverse. E' opportuno svolgere ora alcune altre riflessioni al riguardo.

In particolare, una strada per rinvenire il concorso di persone nel reato potrebbe essere quella dell'attribuzione di una posizione di garanzia in capo agli amministratori della società che esercita la direzione unitaria per quanto di penalmente illecito si verifichi nelle società dirette. Se questa posizione sussistesse, allora si potrebbe attribuire con una certa frequenza una responsabilità amministrativa alla capogruppo derivante dall'omesso impedimento, da parte dei propri amministratori, dei reati commessi nelle controllate.

Occorre a questo scopo riflettere sulla figura dell'amministratore nel nuovo assetto giuridico post-riforma societaria e in particolare verificare il fascio di poteri che possiede l'amministratore di una società che esercita attività di direzione e coordinamento rispetto ai gestori delle società dirette. Sembra opportuno verificare poi se – nel caso di esercizio di direzione e coordinamento – il novero di competenze, poteri e potenziali responsabilità degli amministratori della *holding* debba estendersi, nelle stesse forme e con lo stesso grado di intensità, verso le controllate.

²⁵⁸ L'espressione è di A. ALESSANDRI, *Parte generale, cit.*, p. 94.

Il tema è notevolmente complesso, e la vicinanza temporale della riforma del diritto societario non consente forse di poggiare su esiti dottrinali e giurisprudenziali consolidati. E' noto inoltre come il tema dell'obbligo giuridico di impedire l'evento sia molto dibattuto, e come la magistratura in passato non abbia esitato ad assumere atteggiamenti particolarmente severi e spesso scarsamente supportati del necessario sostrato probatorio²⁵⁹.

Nei paragrafi precedenti si sono già svolte delle osservazioni sulle competenze e sui poteri degli amministratori di società "di gruppo". Sembra ora il caso di soffermarsi nuovamente sul rapporto che intercorre tra gli amministratori di società coordinata e diretta e amministratori di società che esercita la direzione unitaria.

²⁵⁹ Per avere un'immagine degli orientamenti della giurisprudenza sulla posizione degli amministratori prima della riforma del diritto societario si veda la pronuncia relativa al caso del Banco Ambrosiano, Trib. Milano, 16 aprile 1992, Annibaldi ed altri, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, p. 1477, in cui si può leggere che "Sugli amministratori grava un preciso ed ineludibile dovere di vigilare sul generale andamento della gestione sociale e di attivarsi fruttuosamente per impedire il compimento di atti pregiudizievoli alla società ed ai terzi i cui interessi siano coinvolti dalla gestione sociale o, comunque, per arginarne gli effetti". Cfr. anche la pronuncia di secondo grado, C. App. Milano, 10 giugno 1996, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, Bagnasco ed altri, p. 571, la quale affermò "La legge assegna all'amministratore la funzione di garante di un insieme di interessi che fanno capo alla società, ai creditori sociali, ai terzi in genere e, si è aggiunto, all'economia nazionale. La posizione giuridica del garante non si può esaurire nel divieto di pregiudicare tali interessi con la propria personale condotta, ma si estende necessariamente anche all'obbligo di impedire che altri commetta reati che egli stesso potrebbe realizzare. Ed infatti l'articolo 2392, comma 2 c.c., riflette un obbligo di portata generalissima, attinente sia agli atti pregiudizievoli conosciuti, che devono essere impediti o dei quali devono essere neutralizzati gli effetti, sia agli atti dei quali l'amministratore può venire a conoscenza vigilando sul general andamento della gestione societaria e, quindi, adempiendo ai doveri primari di diligenza ed a quelli strumentali di informazione. La violazione di tale obbligo di vigilanza comporta la configurazione di un'ipotesi di concorso ex art. 40 cpv. c.p., tutte le volte in cui l'amministratore abbia consentito ad altro amministratore o, comunque, a persona che di fatto abbia amministrato, di perpetrare delitti". Per una critica alle sentenze citate, in particolare sulla censurabile trasformazione di una condotta chiaramente colposa in dolosa, cfr. il noto articolo di A. CRESPI, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 1149. Per ulteriori riflessioni dello stesso autore sul tema si veda il precedente *Reato plurisoggettivo e amministrazione pluripersonale della società per azioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1957, p. 518. Si rilegga infine il seguente passo della sentenza relativa al caso Sindona, Cass., sez. V, Ud. 26 giugno 1990 (dep. 29 novembre 1990), Bordoni e altri, in *Cass. pen.*, 1991, p. 747, "L'art. 2392 regola la responsabilità civile... tali disposizioni assumono rilievo penale allorché gli amministratori con colpevole inerzia abbiano reso possibile il perpetrarsi di fatti di reato che recano pregiudizio alla società, per la norma di cui al II co. dell'art. 40 c.p. secondo la quale non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo. La nozione di evento va intesa poi in senso lato di fatto-reato riferito anche alle ipotesi di reati di mera condotta". Riguardo alla posizione dei sindaci si vedano le riflessioni di F. STELLA – D. PULITANO', *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1990, p. 551.

Posto che in ogni caso occorrerà sempre guardare alle contingenze concrete, si deve ancora una volta sottolineare che l'avvento del riconoscimento legislativo della liceità e della fisiologicità della direzione unitaria non ha comportato un disconoscimento della distinta soggettività giuridica dell'ente eterodiretto, né ha determinato la completa esautorazione dei suoi organi di gestione. Sarebbe errato assimilare il rapporto in oggetto a quello tra deleganti e delegati della stessa società. Gli obblighi che il legislatore detta per gli amministratori sono rivolti alle specifiche società in cui questi operano. La circostanza che una società si trovi esposta alla direzione unitaria di un altro soggetto giuridico non rende invalidi gli obblighi giuridici a carico dei suoi amministratori. Non determina una migrazione a monte ed in blocco della gestione.

Queste osservazioni sembrano confermate dall'oscuramento dell'assemblea operato dal già citato art. 2380-*bis* c.c.²⁶⁰. Se pure è vero che la direzione unitaria si esplica soprattutto come un'influenza dominante extra-assembleare²⁶¹, cionondimeno gli amministratori delle controllate in quanto tali sono responsabili delle decisioni che prendono e devono svolgere le funzioni loro proprie con la diligenza che il codice civile oggi richiede per ogni amministratore, cioè quella derivante dalla natura dell'incarico nonché dalle specifiche competenze.

La direzione unitaria, se grava certamente di alcuni doveri ulteriori i vertici delle *holding*, non per questo spoglia o rende dei burattini inermi i gestori delle società dirette. Le direttive che vengano emanate non sono infatti

²⁶⁰ Ritiene peraltro che l'autonomia degli amministratori sia offuscata e indebolita dalla direzione unitaria I. FAVA, *op. cit.*, p. 1205, secondo la quale sarebbe oggi implicitamente ammessa la legittimità, a determinate condizioni, dell'intromissione nella gestione sociale da parte del socio di controllo. La stessa Autrice riconosce come sia difficile effettuare un esame critico della compatibilità tra il regime della società di gruppo e i principi generali del diritto societario comune; ritiene che sia possibile oggi individuare l'esistenza di un diritto speciale per le società di gruppo.

²⁶¹ Ritiene che la direzione unitaria si caratterizzi, a differenza del semplice controllo, come intensa e penetrante influenza extraassembleare G. ROSSI, *op. ult. cit.*, p. 24. Secondo l'Autore, "Il gruppo costituisce una struttura gerarchica di coordinamento delle società che gli appartengono e l'attività di coordinamento così come ogni attività d'impresa esige che vi sia un capo. Senza capo e senza direzione unitaria non esiste gruppo" (così a p. 34).

coercibili²⁶². Quindi occorre *in primis* sgombrare il campo da un potenziale equivoco: la direzione unitaria certo non potrà generalmente esonerare da responsabilità le controllate e i relativi amministratori per quanto di illecito in esse accada.

Ciò detto, occorre chiedersi se esista una posizione di garanzia in capo ai gestori della *holding* relativamente ai reati che possano commettere gli amministratori delle controllate. Per quanto si è detto sinora, sembra evidente che tale eventualità va esclusa.

Non è possibile ripercorrere in questa sede l'enorme dibattito²⁶³ intorno alla responsabilità omissiva, alle posizioni di garanzia ed al ruolo degli amministratori. Tuttavia si può e si deve ricordare come la migliore dottrina abbia insegnato che la posizione di garanzia possa essere riconosciuta solo in presenza di particolari requisiti: ricorre infatti solo in presenza di un obbligo giuridico - corredato dei necessari poteri impeditivi - di impedire l'evento offensivo di beni giuridici che siano affidati alla tutela del detentore di tale obbligo. Il *dovere* giuridico di impedire deve dunque andare di pari passo con il *potere* giuridico di impedire²⁶⁴.

Non si ritiene che poteri impeditivi siano nella disponibilità dei soggetti in discorso²⁶⁵. Proprio l'autonomia dei gestori delle società eterodirette, il fatto che

²⁶² Così P.F. CENSONI, *La responsabilità per le attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, in AA.VV., *Il rapporto banca-impresa nel nuovo diritto societario*, Milano, 2004, p. 245.

²⁶³ F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 337 definisce l'obbligo di garanzia come "l'obbligo giuridico, che grava su specifiche categorie predeterminate di soggetti, previamente forniti degli adeguati poteri giuridici, di impedire eventi offensivi di beni altrui, affidati alla loro tutela per l'incapacità dei titolari di proteggerli". Pertanto solo l'obbligo impeditivo legittima l'equiparazione del non impedire al causare. Si vedano al riguardo L. BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 1997, p. 1337; G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983; I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999; I. SCHINCAGLIA, *Riflessioni penalistiche sulla posizione di garanzia dell'amministratore nel "falso in bilancio consolidato"*, commento a Cass., sez. V penale, Sent. 19 ottobre 2000-10 gennaio 2001, Mattioli e altri, in *Ind. Pen.*, 2002, n. 2; F. STELLA, *Sub art. 40 c.p. in Commentario breve al codice penale*, a cura di A. CRESPI - F. STELLA - G. ZUCALÀ, IV ed., Padova, 2003; T. VITARELLI, *Le responsabilità*, in B.M. GUTIERREZ (a cura di), *Le deleghe di poteri*, Milano, 2004, p. 25.

²⁶⁴ Cfr. in questo senso I. LEONCINI, *op. cit.*, p. 18.

²⁶⁵ P. MARCHETTI, *op. cit.*, p. 1558, prima della riforma rilevava come i doveri della capogruppo dovessero assimilarsi ai doveri di vigilanza sul generale andamento della società del gruppo, propri dell'organo delegante rispetto all'attività dei delegati di cui all'art. 2392. Questa affermazione dell'illustre Autore sembra andare contro quanto sinora affermato. Tuttavia

siano essi formalmente a decidere, seppur influenzati dagli orientamenti provenienti dal vertice del gruppo, implica che sussista una sfera tale di poteri e di responsabilità in capo a questi gestori, che gli amministratori della società di vertice non abbiano autonomi ed efficaci poteri impeditivi. Il potere che permane in capo agli amministratori delle controllate impedisce di verificare un'autonoma posizione di garanzia.

I soggetti deputati alla tutela dei beni giuridici che possono essere lesi dall'attività economica delle controllate sono gli stessi amministratori di queste, e non altri soggetti più lontani e privi dello stesso spessore. I beni giuridici,

lo stesso rilevava subito dopo come tali doveri dovessero ritenersi attenuati considerando la maggiore difficoltà strutturale che, rispetto all'organo delegante, incontra la capogruppo nell'attivare il potere di rimozione dell'organo gestorio della controllata oppure nell'esercitare i rimedi connessi all'inadempimento del contratto su cui si fonda il controllo. Questa osservazione sembra riconoscere quindi la maggiore distanza, e dunque la minore immediatezza dell'attività di controllo degli amministratori della capogruppo sulle controllate. Considerando inoltre che il dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione è oggi venuto meno la conclusione sembra rafforzata. Non è ancora del tutto chiaro cosa abbia comportato la nuova formulazione dell'articolo citato in termini di responsabilità penale. E' doveroso però fare riferimento ad un'importante pronuncia della Corte di Cassazione, sez. V, 4 maggio – 19 giugno 2007, n. 23838, in tema di responsabilità omissiva degli amministratori non delegati post-riforma, che si segnala per la sua attenzione agli errori della passata giurisprudenza penale e per un attento uso delle nuove formulazioni societarie del 2003. La pronuncia riguarda le vicende della gestione di un noto gruppo bancario. Dalla ricostruzione dei fatti emergeva come delle diverse irregolarità gestionali verificatesi, e concretizzanti diverse ipotesi penalmente rilevanti, fossero a conoscenza solo alcuni degli amministratori. Nel rigettare il ricorso del p.m. presso il G.u.p. di Brescia, la Cassazione ha sottolineato come poteri e responsabilità degli amministratori siano mutati in conseguenza della riforma. In particolare, è stato espunto quell'obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione che figurava all'art. 2392 co. 2 di cui si parlava ora, al cui posto esiste oggi il dovere di agire informati, dovere corredato dal potere di richiedere informazioni. Per quel che riguarda la posizione degli amministratori privi di deleghe, la Cassazione ritiene che la riforma ne abbia alleggerito oneri e responsabilità, poiché l'art. 2392 co. 1 c.c. afferma che sono responsabili verso la società nei limiti delle attribuzioni proprie, quali stabilite dalla disciplina normativa. Questione principale per la sentenza era stabilire se ed in quali termini possa invocarsi la disciplina dettata dall'art. 2 c.p., in seno al combinato disposto delle norme penal-societarie e dell'art. 40 co. 2 c.p., attesa l'obiettivo restrizione della responsabilità apportata nel contesto del codice civile e l'obiettivo situazione più favorevole per gli amministratori privi di delega.

Di particolare pregio l'attenzione dedicata dalla sentenza alla distinzione tra conoscenza e conoscibilità e tra l'ambito doloso e quello colposo, troppo spesso affrontate con sufficienza dalla giurisprudenza. Pregevole altresì la svalutazione di alcuni indici che dovrebbero secondo un orientamento poco attento provare la conoscenza mentre invece sono di per sé privi di reale efficacia probatoria, ad esempio l'amicizia tra i diversi amministratori o l'eclatante evidenza di alcuni profili di illiceità. La Cassazione quindi rifugge dal tradizionale canone del "non poteva non sapere", ma ritiene ancora sussistente la posizione di garanzia a carico degli amministratori e dunque afferma l'esistenza del dovere di scongiurare l'evento, poiché non sono stati ridotti gli obblighi e le responsabilità dell'amministratore (verso la società ed i creditori) volti a prevenire pregiudizi da condotta illecita. L'art. 2392 co. 2 c.c. (che al proposito, sia pure nei limiti della disciplina del nuovo art. 2381 cod. civ., risulta immutato) sancisce infatti la responsabilità verso la società per quanti, "essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli", non si siano attivati per impedire il compimento dell'evento pregiudizievole.

nonostante il passo avanti che il legislatore ha compiuto nell'accettazione del fenomeno del gruppo, sono tuttora affidati in prima battuta agli amministratori delle società controllate. Qualora questi ricevessero delle direttive criminose, potrebbero evitare la lesione di tali beni esercitando il loro spirito critico ed evitando di dare ad esse attuazione. Qualora i beni giuridici da loro protetti potessero essere messi in pericolo in altro modo, questi avrebbero (anche se per la verità si potrebbe discutere anche di questo, ma esulerebbe dalla trattazione dell'argomento prescelto²⁶⁶) gli strumenti per proteggerli. Tali beni non si trovano nelle mani di soggetti del tutto incapaci di salvaguardarli.

L'autonomia giuridica delle società del gruppo non può essere ridotta ad una mera formalità facilmente superabile, poiché – com'è stato detto – è un dato normativo. La titolarità del potere di direzione unitaria non si identifica con la titolarità di una posizione di garanzia, e l'obbligo di intervento può venire soltanto dalla legge²⁶⁷.

Né sarebbe corretto, pena la violazione del principio costituzionale di personalità della responsabilità penale²⁶⁸, distorcere gli schemi di imputazione per inseguire la penalizzazione della "politica d'impresa"²⁶⁹.

²⁶⁶ Cfr. A. ALESSANDRI, *I reati societari: prospettive di rafforzamento e di riformulazione della tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 501, che si esprimeva – nel vigore della vecchia formulazione civilistica – in termini critici sul disinvolto ricorso, da parte della giurisprudenza, all'art. 2392 al fine di fondare un'assai vasta responsabilità per omissione. Notava allora, ma la considerazione è sempre attuale, come occorra notevole cautela quando si assume una norma civilistica quale fonte genetica di una responsabilità omissiva, considerata la delicatezza del procedimento di applicazione dell'art. 40 cpv. c.p. Alessandri notava ancora come l'omissione dell'obbligo di sorvegliare, l'inerzia dunque, avesse caratteri chiaramente colposi; è noto – e il discorso vale tutt'oggi – che l'area dei reati colposi è molto limitata nel diritto penale commerciale e che il ricorso alla figura del dolo eventuale da parte della giurisprudenza ha cercato di connaturare l'inerzia come comportamento doloso. Sulla posizione degli amministratori cfr. anche I. LEONCINI, *op. cit.*, p. 161.

²⁶⁷ Così G.P. ACCINNI, *La responsabilità penale degli amministratori nel gruppo di società*, in *Le società*, 1992, p. 1633. Secondo l'Autore, gli amministratori della capogruppo non possono essere ritenuti titolari di una pozione di garanzia volta all'impedimento dei reati commessi in società controllate per il semplice fatto che non esiste alcuna norma che ponga in capo ad essi tale obbligo. Le considerazioni, svolte più di dieci anni fa, sembrano tuttora valide, nonostante le modifiche legislative civilistiche.

²⁶⁸ Ritiene che proprio l'autonomia giuridica delle società del gruppo sia garanzia del rispetto del principio costituzionale di personalità della responsabilità penale G.P. ACCINNI, *op. ult. cit.*, p. 1638.

²⁶⁹ Così A. ALESSANDRI, *op. ult. cit.*, p. 508, il quale ritiene pericoloso dilatare i criteri di attribuzione della responsabilità penale al fine di giungere agli amministratori delle società controllanti. Nel rispetto dell'art. 27 Cost. si giungerà a costoro solo in presenza di tutti i requisiti per l'affermazione del concorso di persone nel reato.

Ci si potrebbe invero chiedere se il riconoscimento della direzione unitaria non autorizzi a vedere nel gruppo quell'impresa gerarchicamente strutturata di cui tratta il codice civile agli artt. 2086, 2087 e 2104. Se cioè non si possa vedere nel vertice del gruppo quel *capo* dell'impresa su cui gravano importanti obblighi in base alle norme civili, e prima ancora in base all'art. 41 co. 2 della Costituzione e giungere dunque in questo modo ad attribuire la posizione di garanzia, che si è sinora esclusa, in capo ad essa (o meglio, ai suoi gestori).

La libertà di iniziativa economica che muove l'impresa deve sottostare a noti limiti: non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. Occorre dunque rintracciare il titolare dell'iniziativa economica, cioè colui il quale può orientare l'impresa al rispetto delle leggi e dei limiti di cui all'art. 41 co. 2. L'imprenditore ha quel potere direttivo (art. 2094 c.c.) che serve a indirizzare l'iniziativa economica nel modo atto ad evitare la commissione di illeciti. Nell'impresa societaria i poteri e le responsabilità dell'imprenditore individuale spettano all'organo amministrativo²⁷⁰. Ci si domanda se, nel caso di società legate da

²⁷⁰ Com'è evidente, si segue in questo passo l'argomentare di C. Pedrazzi, in particolare nello scritto *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, in *Scritti*, cit., p. 219, il cui pensiero – nonostante i mutamenti legislativi civili e penali nel frattempo intervenuti – risulta ancora incredibilmente lucido ed attuale. In termini simili cfr. E. CARLETTI, *Politica di impresa, sicurezza del lavoro e responsabilità penale: l'ipotesi del gruppo di società*, in *Riv. giur. lav.*, 1985, IV, p. 131, che sottolinea come la supremazia sociale del datore di lavoro comporti il dovere del medesimo di garantire il rispetto delle norme che riguardano la struttura d'impresa che fa a lui capo. Grava su di lui in particolare la tutela dell'integrità fisica dei lavoratori. Ciò deriva dal principio generale per cui "chi ha il potere di incidere su una situazione ha anche la responsabilità di ciò che in quel contesto si verifichi". L'Autore evidenzia poi come nella grande impresa il datore di lavoro sia una persona giuridica o come la situazione possa subire modifiche in conseguenza della delega di funzioni. Inoltre egli, discostandosi in questo da Pedrazzi e giungendo anzi a posizioni piuttosto diverse, accoglie e sviluppa la distinzione tra tipo e modo di produzione proposta da F. BRICOLA, *Responsabilità penale per il tipo e per il modo di produzione*, in *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo II, 1997, p. 1231. Dubita che le scelte strategiche d'impresa, afferenti alla prima categoria del pensiero di Bricola e che rappresentano la politica imprenditoriale *tout court*, siano delegabili. Queste coinvolgeranno dunque il massimo centro decisionale dell'impresa. Per quanto riguarda i gruppi, l'indagine di Carletti si è concentrata sul caso Seveso, riguardante il riversamento di diossina da parte della società ICMESA, controllata dalla svizzera Givaudan, a sua volta controllata dal colosso Hoffman - la Roche. Nel caso di gruppo, l'Autore ritiene che il diritto penale non debba fermarsi al dato giuridico formale dell'alterità dei diversi soggetti societari. Al contrario "Dovrà considerarsi l'intero agglomerato societario come impresa unitaria", ciò in particolar modo qualora la situazione di pericolo o di danno sia ascrivibile alle "scelte di politica di impresa". Nell'impostare l'analisi del caso, al fine di verificare se l'evento dannoso fosse da imputare ai vertici del gruppo, egli si interroga sulla decisione all'origine dello sversamento di diossina, se possa

direzione unitaria, questi poteri e responsabilità non stiano invece in capo alla *holding*, o meglio all'organo amministrativo di questa, e se quindi sia da attribuire a questo la posizione di garanzia a tutela dei beni giuridici che l'attività d'impresa potrebbe compromettere.

Se si segue il pensiero di Galgano²⁷¹, la *holding* a capo di un gruppo di società²⁷² eserciterebbe proprio una funzione imprenditoriale. Eserciterebbe in

qualificarsi come strategica o se sia invece di ordine meramente amministrativo. Per vero la distinzione tra tipo e modo di produzione non sembra sempre facile da cogliere, lo stesso Carletti - che pure vi basa la propria analisi - riconosce che si tratta di categorie dotate di un certo margine di assimilabilità. Nel caso di specie l'importanza strategica della decisione relativa alla produzione di "Tcf" avrebbe imposto una ricerca verso l'alto del vero centro decisionale responsabile, fino alla multinazionale Hoffman; al contrario il giudice di I grado, il Tribunale di Monza (sent. 24 settembre 1983) ha scelto di arrestarsi alla Givaudan. Carletti critica questo percorso, poiché a suo avviso nel caso di gruppo di società le modalità di ricerca del soggetto penalmente responsabile devono essere le stesse che si utilizzerebbero se si fosse al cospetto di una sola ed unica impresa. Viene in rilievo cioè una "nozione sostanziale di unicità d'impresa". In casi come quello di Seveso le società affiliate e subordinate sarebbero soltanto il mezzo ed il luogo per la realizzazione di un piano deliberato dal centro decisionale del gruppo. La responsabilità dei gestori delle affiliate non è in radice per questo esclusa, ma deve essere a costoro attribuita solo dove si ravvisi che questi fossero stati nella concreta possibilità di intervenire per determinare la situazione in modo diverso. I confini giuridici tra le diverse entità societarie in casi del genere sono solo apparenti. Si può condividere l'accento che Carletti pone nel suo scritto verso le funzioni *sostanzialmente* esercitate da ogni protagonista delle vicende societarie, e sul ridimensionamento delle qualifiche ufficiali. Il superamento dell'alterità formale delle società del gruppo, proposto in modo così *tranchant*, lascia invece qualche perplessità, poiché sembra a tratti oscurare eccessivamente gli amministratori delle società controllate per addossare ogni responsabilità al vertice del gruppo e relegare ad un dettaglio irrilevante qualcosa di non trascurabile, la distinta personalità giuridica dei membri del gruppo. Si è più volte detto che il gruppo è una realtà proteiforme, che proprio per questo il legislatore societario del 2003 non ha inteso darle una formale definizione. Proprio per questo la tesi di Carletti, peraltro piuttosto risalente, non sembra, per quanto molto acuta e forse pionieristica per l'epoca, del tutto condivisibile, perché pare adottare - pur nel continuo richiamo all'attenzione per il caso concreto - soluzioni a volte troppo nette per situazioni che invece nella prassi possono nettamente differire. Se il gruppo gerarchico verticale è struttura molto diffusa, non è certo però l'unica. L'importanza della ricerca verso l'alto del responsabile è condivisibile, purché non si giunga con questo a svilire completamente il ruolo che - si ritiene - gli amministratori delle controllate continuano a ricoprire, con tutte le responsabilità che ne conseguono, anche in caso di soggezione ad altro ente. Carletti nel suo lavoro di un anno prima sullo stesso caso, *La responsabilità penale nel gruppo di società: il caso della Icmesa di Seveso*, in *Riv. giur. lav.*, 1984, IV, p. 3, ebbe a inquadrare la società italiana quale mero reparto produttivo decentrato del gruppo - da considerarsi come unica impresa - Hoffmann-La Roche. Questo fa immediatamente pensare oggi all'unità produttiva dotata di autonomia finanziaria e funzionale di cui discorre l'art. 5 d. lgs. 231/2001. Per la ragioni che già si sono viste tuttavia questa impostazione, se ammissibile dal punto di vista economico, non sembra oggi accettabile dal punto di vista giuridico. Lo svilimento di una persona giuridica autonoma a mero braccio di altro ente non sembra, almeno finché non si vorrà attribuire personalità giuridica al gruppo, interpretazione corretta.

²⁷¹ Si è visto al capitolo n. 2 l'utilizzo che è stato fatto dell'impostazione di Galgano nell'ordinanza del g.i.p. Secchi.

²⁷² Sulla *holding* quale *capo* dell'impresa si veda anche G. ROSSI, *op. ult. cit.*, p. 25 secondo il quale la capogruppo non può considerarsi semplicemente società controllante, ma deve intendersi appunto come vero e proprio capo dell'impresa, struttura gerarchica e autoritaria.

modo mediato e indiretto la medesima impresa che le controllate esercitano in modo immediato e diretto. Se la *holding* ha funzione imprenditoriale, costituisce dunque l'apice di un'impresa che si caratterizza per il fatto che le diverse fasi, i diversi segmenti della produzione sono esercitati da diverse società.

Occorre ancora una volta ritornare alle parole di attenta dottrina: "Si deve escludere che l'esercizio della direzione unitaria implichi ipso facto l'istituzionalizzazione di una posizione generalizzata di garanzia, estesa all'intero gruppo"²⁷³: la direzione unitaria da un lato non *esautora* gli amministratori, dall'altro non li *esonera* dai doveri funzionali. Sarebbe incongruente ritenere gli amministratori al vertice del gruppo gravati della gestione ordinaria e continuativa delle controllate, più frequentemente questi si limiteranno a dare degli indirizzi di fondo²⁷⁴. Dunque l'equiparazione di questi agli amministratori di fatto delle controllate non può essere operata in modo troppo semplicistico; potrà sempre rilevare e tornare utile il ricorso ai soggetti di fatto, purché il loro riconoscimento sia svolto nel rispetto dei canoni stabiliti all'art. 2639 c.c., ovvero sia l'esercizio *continuativo* e significativo dei poteri tipici inerenti alla funzione²⁷⁵.

Se in generale si deve negare l'esistenza di una posizione di garanzia del vertice del gruppo, si dovrà tuttavia fare attenzione, nel caso concreto,

²⁷³ C. PEDRAZZI, *Dal diritto penale delle società al diritto penale dei gruppi: un difficile percorso*, *op. cit.*, p. 833, il riconoscimento di una posizione di garanzia generalizzata costituirebbe secondo l'Autore "una soluzione chiaramente irrealistica e inoltre viziata per eccesso rispetto alle esigenze di tutela penale". Pedrazzi sosteneva anzitutto come dal mero controllo azionario non potesse derivare alcuna posizione di garanzia. Condivisibilmente affermava infatti che la qualità di socio di per sé non comporta alcun obbligo di intervento, ciò indipendentemente dalla misura della partecipazione e dalla possibilità di esercitare un'influenza dominante (nello stesso senso cfr. G.P. ACCINI, *op. ult. cit.*, p. 1632). Maggiormente complessa invece la direzione unitaria effettivamente esercitata. Anche in questo caso però sarebbe scorretto sostenere la presenza di una posizione generalizzata di garanzia. Nello scritto *Profili problematici...*, *cit.*, p. 226. nt. 15, Pedrazzi, sosteneva che nemmeno la direzione unitaria, all'epoca prevista esplicitamente solo nella l. 79/1995 sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, poteva dare origine a posizioni di garanzia; al contrario, anche in quel caso le direttive in cui la direzione unitaria si esplica non possono rilevare che come compartecipazione attiva.

²⁷⁴ In tal senso cfr. P. JAEGER, *Considerazioni parasistematiche sui controlli nei gruppi*, in *Giur. Comm.*, 1994, p. 480, richiamato da C. PEDRAZZI, *op. ult. cit.*, p. 833, nt. 30. afferma che la prassi delle società capogruppo è quella di limitare l'intervento della direzione generale alla definizione degli obiettivi globali di gruppo e della gestione delle relative risorse G.P. ACCINI, *op. ult. cit.*, p. 1638.

²⁷⁵ Su tale norma, e in particolare sui suoi possibili riflessi nell'area dei gruppi, si invia nuovamente a A. ALESSANDRI, *I soggetti*, *cit.*, cfr. soprattutto pp. 45-46.

all'eventuale presenza di una delega di funzioni²⁷⁶ intragruppo e alle conseguenze penali di questa, la delega potrebbe infatti determinare il sorgere di specifiche e ben delimitate posizioni di garanzia²⁷⁷.

Ci si potrà chiedere piuttosto se gravi sugli amministratori di società che eserciti attività di direzione e coordinamento una posizione di sorveglianza. La risposta a tale quesito discende anche dalla tesi che si intenda abbracciare circa l'attività di direzione e coordinamento, *in primis* se la si ritenga un'attività doverosa o meno. Se si ritiene che tale attività rappresenti una potenzialità nelle mani di un soggetto che detiene il controllo azionario di altro soggetto, non di meno si può affermare che, qualora questo sia esercitato, comporti anche il potere-dovere di verificare come la controllata sia gestita, che percorso strategico e organizzativo segua e se non sia opportuno emanare delle direttive, formali o anche solo confidenziali, di fronte a potenziali disfunzioni. Si adotta qui la definizione di obbligo di sorveglianza enucleata da attenta dottrina: si tratta di un "obbligo giuridico del soggetto che, privo di poteri impeditivi analoghi a quelli del garante, è tenuto a sorvegliare per conoscere della commissione di reati e ad informare il titolare del bene o il garante"²⁷⁸. Dalla lettura di alcune norme del codice civile dopo la riforma, sembra possibile ricavare la presenza di un obbligo di monitoraggio sulle controllate. All'art. 2403-bis ad esempio si prevede che il collegio sindacale possa chiedere agli amministratori notizie, anche con riferimento a società controllate,

²⁷⁶ Sul complesso tema della delega di funzioni cfr. A. ALESSANDRI, *Impresa (responsabilità penali)*, in *Dig. Disc. Pen.*, VI, Torino, 1992, p. 193; A. ALESSANDRI, *Parte generale*, cit., p. 1; F. CENTONZE, *Ripartizione di attribuzioni aventi rilevanza penalistica e organizzazione aziendale. Un nuovo orientamento della giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.* 2000, p. 364; A. CRESPI, *Reato plurisoggettivo e amministrazione pluripersonale della società per azioni*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1957, p. 518; A. CRESPI, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 1149; A. GULLO, *La delega di funzioni: brevi note a margine di un problema irrisolto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 1508; A. PAGLIARO, *Problemi generali del diritto penale dell'impresa*, in *Ind. Pen.*, 1985, p. 17; C. PEDRAZZI, oltre agli scritti già citati cfr. anche *I reati societari in regime di amministrazione collegiale*, *Scritti di diritto penale dell'economia*, Milano, 2003, p. 699; D. PULITANÒ, *Posizioni di garanzia e criteri d'imputazione personale nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1982, IV, p. 148; D. PULITANÒ, *Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale)*, in *Dig. Disc. Pen.*, VI, Torino, 1992, p. 102; D. PULITANÒ, *Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale)*, in *Dig. Disc. Pen.*, *Aggiornamento*, Torino, 2000, p. 388; F. STELLA - D. PULITANÒ, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, in *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, 1990, p. 551; T. VITARELLI, *Delega di funzioni e responsabilità penale*, Milano, 2006.

²⁷⁷ Cfr. C. PEDRAZZI, *Dal diritto penale delle società al diritto penale dei gruppi...*, cit., p. 834.

²⁷⁸ Così I. LEONCINI, *op. cit.*, p. 17.

sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati atti. Evidentemente questo implica che gli amministratori della controllante siano in possesso di un notevole patrimonio informativo circa gli accadimenti che interessano le proprie controllate. Inoltre l'art. 2409 che disciplina la denuncia al tribunale prevede questa possibilità per una certa percentuale di soci anche nel caso in cui questi abbiano il fondato sospetto di gravi irregolarità gestorie degli amministratori che possano danneggiare le controllate. Anche questa previsione dà quindi l'immagine di una capogruppo attenta e cosciente di ciò che accade e interessa le controllate. Infine, il già citato art. 2381 al co. 5 impone agli amministratori delegati di informare periodicamente consiglio d'amministrazione e collegio sindacale sul generale andamento della gestione, sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo effettuate dalla società "e dalle sue controllate". Questo evidenzia una consapevolezza notevole dunque in capo ai vertici della controllante, e presuppone che questi svolgano un'attività di osservazione e di vigilanza. Se si ritiene che gli amministratori delle controllate siano i soli a rivestire una posizione di garanzia per gli illeciti commessi nelle controllate stesse, si può forse immaginare che gli amministratori della controllante, qualora si accorgano di un possibile evento dannoso in queste, siano tenuti, per via della vigilanza che operano su di esse, ad informarne gli amministratori. Attenta dottrina giuscommercialista ha del resto affermato la possibilità di ricostruire un vero e proprio obbligo di monitoraggio in capo alle controllanti²⁷⁹.

Sembra quindi una via più percorribile sostenere la presenza di un obbligo di sorveglianza a carico degli amministratori della società che esercita attività di direzione e coordinamento. Tale tipologia di obbligo, tuttavia, qualora non assistito da una fattispecie penale omissiva propria, non è penalmente

²⁷⁹ Si vedano in tale senso i già citati lavori di P. MARCHETTI e R. SACCHI, cfr. in particolare le osservazioni svolte alla nota n. 238. Si veda poi nello stesso senso P.F. CENSONI, *op. cit.*, p. 244, che ritrova un indice favorevole all'esistenza di un dovere di vigilanza sulla gestione delle controllate anche nell'art. 2428, secondo il quale dalla relazione sulla gestione devono risultare i rapporti con le altre imprese di gruppo, e – per quanto riguarda le società quotate negli artt. 114 co. 2 e 149 co. 1 T.U.F., riguardanti la trasmissione dalle controllate alla controllante delle notizie concernenti gli obblighi di informazione societaria sugli emittenti quotati. Posizioni simili sostiene U. TOMBARI, *op. cit.*, p. 61.

rilevante. Se ne può forse auspicare una disciplina esplicita per il futuro²⁸⁰, ma ciò non consente di ravvisare un comportamento penalmente rilevante nel mancato esercizio del monitoraggio e dell'avviso del garante del bene giuridico tutelato, né tanto meno una posizione di garanzia, che è cosa ben diversa, e quindi una responsabilità da omesso impedimento ove non ne sussistano i requisiti.

Tranne l'ipotesi in cui si rilevi la presenza di una delega di funzioni intragrupo²⁸¹, che può far sorgere – se rispettosa di tutti i requisiti enucleati dalla giurisprudenza – una circoscritta posizione di garanzia, non è possibile dunque rinvenire nelle pieghe delle disposizioni sull'amministrazione sociale e sull'attività di direzione e coordinamento un vero e proprio obbligo giuridico di impedire l'evento in soggetti giuridici distinti.

La direzione unitaria o, se del caso, l'ingerenza, potranno tutt'al più comportare un concorso morale a titolo attivo dei gestori della madre e di quelli delle figlie. Ma il gruppo, che ancora oggi non è un autonomo soggetto giuridico, non legittima un aggravio così ponderoso della posizione dei gestori delle capogruppo.

Resta sempre aperto lo strumento di concorso (attivo) di persone nel reato. Affermare l'esistenza di incerte e mal sicure posizioni di garanzia non sembra in altri termini la strada giusta. E' doveroso considerare il ruolo particolare che assume chi è al vertice di una società "dirigente", ma ciò non autorizza in alcun caso a dimenticare che gli amministratori delle società dirette restano titolari di obblighi giuridici ben più solidamente fondati, nonché corredati dei necessari poteri impeditivi.

Si noti inoltre come l'attenzione del legislatore per le figure di fatto²⁸², espressa nell'art. 2639 così come riformulato nel 2002, di cui si è più volte parlato, non preclude che, qualora l'ingerenza degli amministratori della

²⁸⁰ Cfr. in questo senso l'illecito amministrativo di omessa sorveglianza presente nell'ordinamento tedesco al 130 dell'*Ordnungswidrigkeitengesetz*, in argomento si veda C.E. PALIERO, voce *Ordnungswidrigkeitengesetz*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. IX, 1995, p. 125; N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, Milano, 2003, p. 85.

²⁸¹ Secondo Pedrazzi, *op. ult. cit.*, p. 836, "un'equa e funzionale ripartizione delle responsabilità penali nell'ambito dei gruppi" dev'essere ricercata "nel contemperamento dei due principi della responsabilità da ingerenza e della delega (anche implicita) intragrupo".

²⁸² Cfr. al riguardo, seppure ancora in fase di legge delega, il commento di C. PEDRAZZI, *Corporate governance e posizioni di garanzia...*, *cit.*, p. 1369.

capogruppo sia sistematica e possa connotarsi come esercizio *continuativo* e *significativo* dei poteri tipici degli amministratori delle società dirette, questi possano essere inquadrati come amministratori di fatto di queste ultime.

Dunque non sembra necessario riconoscere una posizione di garanzia, che sarebbe peraltro priva dei requisiti essenziali, al fine di tutelare i beni giuridici che possono essere lesi dall'attività di società soggette a direzione unitaria. Lo strumento concorsuale da un lato, e la possibilità di verificare la qualità di amministratori di fatto dall'altro, rendono le preoccupazioni repressive non così pressanti. Nel rispetto del principio di legalità si deve quindi evitare radicalmente di riscontrare una posizione di garanzia dove questa non c'è.

A completamento dell'analisi teorica sin qui svolta, si volge ora lo sguardo all'impostazione concretamente seguita da alcuni noti gruppi societari quanto alla costruzione dei modelli organizzativi. Nel prossimo paragrafo si proporrà l'esame di un campione di società quotate presso Borsa Italiana.

3. Analisi empirica delle scelte operate nelle società che compongono il paniere dell'Indice S&P MIB

Premesso che le linee guida rese sino ad oggi dalle principali associazioni di categoria non sembrano approfondirsi particolarmente sul tema dei gruppi²⁸³, si ritiene opportuno verificare il comportamento sinora tenuto da

²⁸³ Con l'eccezione forse di Confindustria, cui la maggior parte delle società appartenenti all'indice S&P MIB analizzate, di cui si dirà fra breve, dichiara di essersi ispirata nella redazione del proprio modello organizzativo. Riassumendo brevemente l'orientamento delle linee guida di quest'associazione di categoria, queste dedicano alcuni passi al tema dell'organismo di vigilanza nei gruppi. Premessi alcuni cenni sulla complessità del tema dei gruppi in riferimento al d. lgs. 231/2001 e sulla tendenza in essi a centralizzare alcune funzioni al vertice del gruppo, Confindustria osserva come spesso si insaturi una funzione di revisione interna presso la capogruppo, che svolge attività anche nei confronti delle controllate. Questo accade nel caso in cui le controllate siano di piccole o medie dimensioni, o di controllate non quotate. Secondo le linee guida questa impostazione può essere seguita anche con riferimento alla normativa sulla responsabilità amministrativa, tuttavia alcuni elementi restano anche con questa soluzione imprescindibili. Anzitutto ogni controllata deve adottare un proprio organismo di vigilanza (che potrà essere rivestita dall'organo dirigente negli enti di piccole dimensioni, secondo quanto stabilito dall'art. 6 co. 4 d. lgs. 231/2001 tale organismo potrà peraltro giovare delle risorse destinate all'organismo di vigilanza della capogruppo. Qualora i dipendenti dell'organismo della capogruppo esercitino la propria attività presso le altre società del gruppo, lo faranno in qualità di professionisti esterni, operando nell'interesse della controllata ed impegnandosi a relazionare su quanto svolto gli organismi delle controllate. Inoltre assumendo questo incarico dovranno stare ai vincoli di riservatezza che tipicamente gravano sui consulenti esterni. Confindustria ritiene questa struttura inadatta nel caso di gruppi con controllate quotate o di rilevanti dimensioni. I modelli organizzativi di società di questo genere non possono che essere

alcuni importanti gruppi in merito alla strategia organizzativa di prevenzione dei reati.

A questo scopo si è svolta un'indagine sulle società quotate appartenenti all'indice S&P MIB²⁸⁴. La scelta è caduta su questo campione, composto da 40 società, per diverse ragioni. Si tratta di società quotate e dunque, visto che il d. lgs. 231/2001 è una realtà recente e che si è evidenziata una certa resistenza iniziale del mondo imprenditoriale ad abbracciarne le novità, è ragionevole attendersi un più veloce adeguamento alle sue previsioni da parte di società le cui azioni sono scambiate sulla Borsa Italiana, che si caratterizzano generalmente per un maggiore impatto, anche di immagine, sul mercato, per dimensioni più consistenti e per un maggiore tasso di regolamentazione della propria attività e struttura. Inoltre si può ritenere il campione piuttosto omogeneo: se nelle circa trecento società quotate figurano enti di genere, struttura e dimensioni anche molto diversi, nell'indice considerato rientrano le maggiori società italiane ed estere quotate presso Borsa Italiana. Questo insieme rappresenta da solo una larga parte della capitalizzazione di borsa (circa l'80%), e le società che lo compongono appartengono tutte a importanti gruppi societari.

In questo paniere sono presenti diversi gruppi bancari, per i quali occorre operare fin da subito un distinguo. E' noto che la posizione della capogruppo bancaria è soggetta ad obblighi, anche organizzativi, nei confronti delle

notevolmente articolati e complessa sarà l'attività di vigilanza in questo tipo di enti. La vigilanza deve essere in questi casi continua e particolarmente attenta, anche per via delle più frequenti modifiche strutturali che avvengono solitamente in società di questo genere. E' dunque imprescindibile l'adozione in ogni società di un organo di vigilanza dotato delle necessarie risorse. Qualora fosse necessario le società potrebbero comunque ricorrere a dei consulenti esterni per questioni specialistiche, eventualmente anche componenti dell'organo della capogruppo, secondo Confindustria. Condivisibile il rilievo secondo il quale le soluzioni in ordine ai modelli organizzativi nei gruppi possono comunque essere le più varie, a seconda delle innumerevoli caratteristiche il gruppo può avere nel caso concreto. Quanto ad eventuali componenti estere del gruppo, le linee guida si limitano a sottolineare che spesso, soprattutto se statunitensi, le società estere contemplanò già delle procedure organizzative volte a prevenire la commissione di reati. Queste procedure, se rispettose dei requisiti per i modelli organizzativi ex d. lgs. 231/2001, potranno naturalmente valere ai fini dell'esenzione da responsabilità.

²⁸⁴ Il titolo, creato nel 2004 attraverso un accordo tra Borsa Italiana e Standard & Poor's. La scelta dei 40 titoli che compongono il paniere avviene sulla base di alcuni fattori, tra i quali la capitalizzazione, il flottante e la liquidità. Per maggiori dettagli sulla costruzione dell'indice, sulla frequenza e le modalità del suo aggiornamento, si rinvia al documento illustrativo scaricabile dal sito ww.borsaitaliana.it.

controllate più stringenti di quelli delle capogruppo non bancarie²⁸⁵. Non è possibile in questa sede esaminare compiutamente le conseguenze di questa impostazione in termini di responsabilità da reato. Tuttavia è necessario rimarcare come le scelte inerenti ai modelli organizzativi volti alla prevenzione degli illeciti per questi enti sia chiaramente influenzata dalla diversa intensità che per legge caratterizza l'attività di direzione unitaria della capogruppo bancaria.

L'analisi sull'organizzazione di questo campione è stata condotta attraverso l'esame dei modelli di organizzazione, gestione e controllo, dei codici etici e delle relazioni annuali sulla *corporate governance* pubblicati sui siti internet delle società che compongono il paniere²⁸⁶.

In alcuni casi l'osservazione non è stata possibile. Ciò è accaduto o per la scarsità (opacità, verrebbe da dire a volte) delle informazioni disponibili sui siti internet delle società in questione, o perché in alcuni casi sono di recente avvenute fusioni tra società di notevoli dimensioni; tali operazioni comportano naturalmente un certo ripensamento delle scelte organizzative, che richiede diverso tempo. In alcuni casi quindi sarebbe stato possibile esaminare i protocolli organizzativi dei diversi enti pre-fusione, ma non il protocollo dell'ente creatosi con l'operazione straordinaria.

²⁸⁵ Difatti l'art. 61 co. 4 del d. lgs. 285/1993, Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (T.U.B.), dispone che la capogruppo, nell'esercizio dell'attività di direzione e di coordinamento emana disposizioni alle componenti del gruppo per l'esecuzione delle istruzioni impartite dalla Banca d'Italia nell'interesse della stabilità del gruppo. L'art. 67 prevede che la Banca d'Italia, nell'ambito dell'attività di vigilanza regolamentare, possa impartire alla capogruppo disposizioni inerenti, tra l'altro, l'adeguatezza patrimoniale, il contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni, l'organizzazione amministrativa e contabile e i controlli interni. Per quanto riguarda le Linee Guida dell'Associazione Bancaria Italiana, queste dedicano alcune considerazioni ai gruppi bancari. Osservano in particolare come ogni banca, anche se appartenente ad un gruppo, debba valutare l'opportunità di dotarsi di un sistema organizzativo, in funzione delle proprie dimensioni e della attività svolta. Il peculiare ruolo di direzione e coordinamento che il TUB e le Istruzioni della Banca d'Italia attribuiscono alla capogruppo, impone a quest'ultima di verificare, con equità e ragionevolezza, la conformità dei comportamenti delle società appartenenti al gruppo agli indirizzi da questa proposti e coordinare le funzioni già esistenti nell'ambito del gruppo per le finalità del decreto. Posto quindi che ogni società ha il potere di valutare le iniziative da assumere, sarà cura della capogruppo informare le controllate degli indirizzi da essa assunti in relazione alla prevenzione dei reati di cui al d.lgs. n. 231/2001 e suggerire criteri generali cui queste potranno uniformarsi.

²⁸⁶ Si tenga conto peraltro del fatto che alcune delle società dell'indice sono tra loro stesse legate (cfr. ad esempio ENI, SAIPEM, SEAT, SNAM).

Questi casi in cui non è stato possibile ricostruire dettagliatamente le informazioni ricercate sono peraltro in numero esiguo, si ritiene quindi che non inficino la validità del risultato complessivo dell'indagine.

Si noti inoltre come alcune società, per ragioni - immaginiamo - di riservatezza, preferiscano pubblicare sui loro siti soltanto un documento contenente i principi generali seguiti nella redazione del modello, e non il modello vero e proprio. Effettivamente il cd. *risk assessment*, che deve tra l'altro considerare un eventuale passato negativo della società, potrebbe proiettare all'esterno particolari delicati della vita dell'ente, nonché evidenziare la presenza di aree di rischio potenzialmente "scomode". Probabilmente quindi diverse società scelgono di divulgare il modello nei suoi dettagli solo al loro interno. Nonostante questo è stato comunque quasi sempre possibile reperire da questi documenti le informazioni di maggiore interesse sulle scelte del gruppo.

Iniziando dunque l'analisi dei dati raccolti, si può dire innanzitutto come sia pressoché sempre presente in queste società un codice etico *di gruppo*, contenente un nucleo di valori condivisi che, vi si afferma, interessano ogni componente del gruppo²⁸⁷, ogni operatore – non importa di quale grado – delle diverse società, nonché ogni persona che anche occasionalmente si trovi al lavorare con il gruppo²⁸⁸. Quando manca un codice "di gruppo", è sempre comunque presente un codice etico della società. Questo, chiamato in vario modo, codice etico, codice di integrità e carta dei valori (così lo definisce Alitalia), codice di condotta, codice di comportamento (ovviamente da non confondersi con il codice di autodisciplina delle società quotate), sembra un elemento indefettibile.

Già a livello di codice etico si evidenziano in alcuni casi delle precise prese di posizione da parte della capogruppo che, una volta definito il codice un

287 Si legge nel codice di Finmeccanica: "Il presente Codice Etico esprime dunque i valori guida cui deve ispirarsi l'operatività delle società del Gruppo Finmeccanica. Finmeccanica rispetta l'autonomia delle società del Gruppo, alle quali richiede di uniformarsi ai valori espressi nel Codice Etico, e la collaborazione leale al perseguimento degli obiettivi, nell'assoluto rispetto della legge e delle normative vigenti".

²⁸⁸ Cfr. ad esempio il codice di Atlantia: "The rules of the Code apply to all employees of the Group and to all those who cooperate to achieve the Group's objectives as part of their relationships with the Group itself."

insieme di principi comuni a tutto il gruppo, afferma che esso può essere integrato o comunque adattato alle specifiche caratteristiche della singola società²⁸⁹. Ciò segue di solito ad un'enunciazione del rispetto da parte della capogruppo, pur nell'esercizio dell'attività di direzione unitaria, dell'autonomia giuridica delle società dirette²⁹⁰.

Ma si venga ora a ciò che maggiormente interessa il presente lavoro, l'adozione dei modelli organizzativi in società di gruppo. Anzitutto si può affermare che - salvo i rarissimi casi in cui non è stato possibile ritrovare alcuna informazione, data la vicinanza temporale di grosse operazioni straordinarie - il modello organizzativo ex d. lgs. 231/2001 può dirsi strumento adottato da ognuna delle società che compongono il paniere prescelto²⁹¹.

Per quanto riguarda il ruolo della capogruppo, può innanzitutto osservarsi un primo orientamento che sembra piuttosto comune tra le società esaminate: la comunicazione del modello del vertice al resto del gruppo. E' infatti diffuso nei modelli analizzati l'impegno della capogruppo a trasmettere il proprio modello organizzativo alle controllate e ad informarle tempestivamente di eventuali modifiche che apportò allo stesso.

Si può citare in tal senso ENI, che si dichiara tenuta a comunicare il proprio modello e che prevede anche un flusso informativo inverso: le stesse controllate devono trasmettere il modello adottato al vertice. Fondiaria SAI

²⁸⁹ In questo senso si può citare la società Bulgari: "La Bulgari S.p.A. sottopone il proprio Codice Etico alle società controllate e collegate affinché queste, dopo averlo integrato nella eventualità che si presentino fattispecie o particolari, lo adottino formalmente quale strumento di gestione ed elemento effettivo della strategia e dell'organizzazione aziendale", oppure il Gruppo Finanziario Unipol: "Le Società del Gruppo adotteranno un Codice Etico che, pur tenendo conto delle loro specificità, sia coerente con quello della Capogruppo".

²⁹⁰ Così ad esempio la già citata Finmeccanica la quale, ribadito il rispetto per l'autonomia delle società del gruppo, si propone di curare la diffusione del codice etico presso le diverse controllate, le quali lo adotteranno " - previa la sua eventuale integrazione e/o modifica - formalmente quale strumento di gestione ed elemento effettivo della strategia e dell'organizzazione aziendale".

²⁹¹ Interessante notare a questo proposito come se in questo settore l'adozione del modello è stata spontanea, in un altro comparto di Borsa Italiana essa costituisca invece un obbligo: si tratta del segmento "STAR" (Segmento Titoli con Alti Requisiti). Le società che vi appartengono, su base volontaria, si impegnano a rispettare requisiti più stringenti in termini di trasparenza informativa, liquidità e governo societario. Tra questi requisiti compare dalla primavera del 2007 vi è anche l'adozione dei modelli organizzativi ex d. lgs. 231/2001. si noti peraltro come diverse delle società appartenenti all'indice S&P MIB, compaiono altresì nel segmento STAR, dunque per queste che desiderano appartenere allo STAR la scelta di dotarsi di *compliance programs* è oggi d'obbligo.

prevede che le società del gruppo debbano essere informate in ordine all'adozione ed al contenuto del proprio modello. In termini analoghi si veda ancora Italcementi, che stabilisce la comunicazione del proprio modello alle società appartenenti al gruppo "e ogni sua successiva edizione". Se si escludono otto società il cui modello non è reperibile (o non è integralmente consultabile, così che l'analisi di questo specifico aspetto non è possibile), si può affermare che 20 società su 32 prevedono più o meno espressamente (in alcune la comunicazione è solo implicita, ma ovvia giacché si prevede che le controllate debbano armonizzarsi al modello della madre, o prenderlo comunque come punto di riferimento) la comunicazione del modello della capogruppo alle società figlie. Il 62% circa del campione (o meglio, della porzione di campione utilizzabile) prevede quindi la comunicazione del *compliance program* del vertice a tutte le componenti del gruppo.

Diverse società non si limitano a *comunicare* il proprio modello, ma adottano un atteggiamento maggiormente pervasivo, modulato secondo diversi gradi di intensità. Si va da Autogrill, che pone il proprio modello come punto di riferimento per le controllate, a società quali ad esempio Assicurazioni Generali od ENI che rimettono ad ogni controllata l'adozione di un modello conforme alle rispettive caratteristiche ma impongono una base di "principi generali" non modificabile²⁹², fino ad Intesa San Paolo, nel cui modello si afferma "Ferma restando l'autonoma responsabilità di ciascuna Società appartenente al Gruppo Intesa Sanpaolo in ordine all'adozione e all'efficace attuazione di un proprio Modello ai sensi del Decreto, la Banca, nell'esercizio della sua peculiare funzione di Capogruppo, ha il potere di impartire criteri e direttive di carattere generale e di verificare, mediante la funzione di Internal Audit e la funzione Partecipazioni, la rispondenza dei Modelli delle società appartenenti al Gruppo a tali criteri e direttive". Per quest'ultima valgono peraltro le precisazioni in ordine alle peculiarità dei gruppi bancari sopra svolte²⁹³.

²⁹² Saipem, legata com'è noto ad ENI, prevede espressamente nel proprio modello che i Principi Generali della capogruppo "sono elementi essenziali non modificabili da parte di ciascuna società del Gruppo".

²⁹³ A questo proposito risulta interessante anche la seguente previsione del modello di Unicredito: In considerazione della peculiare funzione di direzione e di indirizzo, la capogruppo ha il compito di informare le controllate dell'adozione del Modello e il potere di impartire criteri e

Le società capogruppo che impongono il proprio modello organizzativo come punto di riferimento prevedono tutte²⁹⁴ che ogni società lo adatti alle proprie caratteristiche, “in particolar modo, alle specifiche aree/attività di rischio individuate al loro interno”²⁹⁵.

In alcuni casi l’emanazione di principi generali si traduce nella formalizzazione di vere e proprie Linee Guida da parte della capogruppo in merito alla costruzione dei modelli. E’ il caso ad esempio di Fiat e di Italcementi (che recepisce le linee guida della capogruppo Italmobiliare).

Sembra che la tendenza che si è riscontrata in questi importanti gruppi societari a dettare alcune direttrici di fondo, delle linee guida di base alle società controllate e a ribadire che è comunque responsabilità di ogni singola società dotarsi del proprio modello organizzativo, tagliato sui propri tratti distintivi, sia nel complesso da valutarsi in termini positivi. Se è opportuno sottolineare l’autonomia delle controllate è al contempo sensato dare loro una guida, sottolineare l’importanza di alcuni assunti di base che è opportuno siano noti a tutti e condivisi. Suscita qualche perplessità l’atteggiamento di chi tende a proporre in modo forse eccessivamente imperativo il proprio Modello (sic), soprattutto qualora si relega a una breve formula, inserita quasi per inciso, la rilevanza dell’autonomia di ogni società e dell’aderenza dei modelli alle specifiche delle realtà cui vanno ad applicarsi. Il rischio è che la società figlia si limiti a “fotocopiare” il modello organizzativo della madre. Le pronunce giurisprudenziali rese sinora in punto di modelli organizzativi hanno sottolineato come questi, per poter esentare da responsabilità l’ente, devono essere effettivamente calibrati sull’ente e devono essere concretamente attuati.

direttive di carattere generale cui le società del Gruppo si dovranno attenere in relazione all’adozione del Modello, al fine di garantire criteri di omogeneità di adozione. La capogruppo, mediante la Direzione audit di gruppo, ha il potere di verificare la rispondenza delle società appartenenti al Gruppo agli indirizzi dalla stessa proposti in tema di adozione del modello, ferma restando l’autonoma responsabilità di ciascuna singola società ad adottare ed efficacemente attuare il proprio Modello.

²⁹⁴ Con l’eccezione – sembrerebbe – di Bulgari, che afferma soltanto “Si suggerisce l’adozione del presente Codice anche per le altre società del “Gruppo Bulgari”.

²⁹⁵ Così prevede testualmente Autogrill. Nello stesso senso ENI, che stabilisce: “I modelli dovranno tenere conto delle specificità insite nelle rispettive strutture organizzative e nelle attività di business delle singole società. Le società del Gruppo devono allinearsi agli standard di controllo previsti dal Modello e individuare ulteriori specifiche misure legate alle peculiarità della propria realtà aziendale”.

Qualora si risolvessero in semplici dichiarazioni di principi, non avrebbero alcun valore agli occhi della magistratura.

Nelle società dell'indice S&P MIB i cui modelli sono integralmente consultabili c'è un altro aspetto particolarmente interessante ai fini della presente indagine: la verifica volta ad accertare se nell'analisi dei rischi sia presente un'attenzione per quei profili di rischio legati ai rapporti fra società del gruppo. E' possibile affermare che esiste una particolare attenzione ai rischi infragruppo soprattutto in tema di redazione del bilancio sociale (e consolidato), e dunque sulla possibilità di commissione delle fattispecie di false comunicazioni sociali di cui agli artt. 2621-2622 c.c. Si può vedere in tal senso quanto stabilito da Autogrill: questa prevede particolari "criteri e modalità per l'elaborazione dei dati del bilancio consolidato e la trasmissione degli stessi da parte delle società soggette al consolidamento, specificando le responsabilità relative alle varie fasi del processo e le formalità per la riconciliazione dei saldi infragruppo".

Ancora più interessante la scelta effettuata da Banca Popolare di Milano, che contempla l'utilizzo di "lettere di attestazione", si prevede cioè un obbligo per "i vertici delle società del gruppo, ai fini della redazione del bilancio consolidato, di fornire al responsabile una lettera di attestazione sulla veridicità e completezza delle informazioni fornite". La previsione richiama alla mente il *Sarbanes-Oxely Act*, adottato com'è noto negli Stati Uniti sull'onda dell'emergenza degli scandali societari, che tra l'altro richiede agli amministratori di giurare la veridicità dei bilanci delle società gestite. Dunque una particolare forma di responsabilizzazione, anche sotto il profilo "morale" e di immagine, dei gestori delle controllate, nella consapevolezza, forse, di alcuni orientamenti di alcuni anni fa della giurisprudenza in tema di responsabilità dei vertici di una *holding* per le falsità nel bilancio consolidato derivanti dalle falsità dei bilanci delle controllate²⁹⁶.

Sempre con riguardo al *risk-assessment*, particolarmente dettagliato l'atteggiamento di Finmeccanica, che afferma generalmente come i rapporti

²⁹⁶ Cfr. Trib. Torino, sent. 9 aprile 1997, Romiti, Mattioli, in *Foro it.*, 1998, II, col. 657, n. C. VISCONTI, *Amministratori di «holding» e «falso in bilancio consolidato»: note a margine della sentenza Romiti*.

infragruppo debbano essere improntati a correttezza e trasparenza, “nel rispetto del principio di autonomia delle società del gruppo e dei principi di corretta gestione, trasparenza contabile, separatezza patrimoniale, in modo da garantire la tutela degli stakeholders di tutte le società del gruppo.” Afferma poi la stessa come la propria attività di direzione e coordinamento, nei confronti delle controllate sia dirette che indirette, intenda improntarsi al rispetto della legge “e, più in generale, dei principi di autonomia gestionale, correttezza, trasparenza”. Sottolinea inoltre come questa attività debba svolgersi con modalità tali da risultare sempre tracciabile “e dunque sulla base di strumenti formalizzati, quali direttive, disposizioni di gruppo ecc., emanate da soggetti cui sia al riguardo attribuito specifico potere”. Sembrerebbe che con questo Finmeccanica intendesse evitare il ricorso a “direttive confidenziali”, proprio a garanzia della possibilità di verificare sempre l’autore ed il responsabile di ogni decisione. Oltre ad una generale attenzione per la formazione del bilancio consolidato, la società dedica poi particolare attenzione alle operazioni infragruppo che comportino l’acquisto o la cessione di beni e servizi e, più in generale, la corresponsione di compensi in relazione ad attività svolte nel contesto del gruppo. Consapevole di quanto questo aspetto possa risultare critico all’interno di un gruppo con una distribuzione di potere molto differenziata tra le diverse società, Finmeccanica si preme di stabilire che le operazioni infragruppo devono sempre avvenire secondo criteri di correttezza sostanziale, devono essere previamente regolamentate sulla base di contratti stipulati in forma scritta, che devono essere trattenuti e conservati agli atti di ciascuna delle società contraenti e in particolare che tali condizioni devono essere regolate “a condizioni di mercato, sulla base di valutazioni di reciproca convenienza economica, avuto peraltro riguardo al comune obiettivo di creare valore per l’intero Gruppo”. Quindi si ribadisce continuamente il rispetto per l’autonomia di ogni società del gruppo, nonché della posizione dei diversi portatori di interesse di ognuna, ma al contempo si sottolinea anche la presenza di una superiore logica di gruppo.

Altro aspetto piuttosto comune ai modelli esaminati è una particolare attenzione alla delicatezza dei rapporti di *service*²⁹⁷ tra società del gruppo.

3. 1 Osservazioni riguardo gli organismi di vigilanza

Molto importante risulta poi l'analisi della struttura degli organi di vigilanza in società di gruppo. Si può osservare anzitutto come la soluzione più diffusa quanto alla composizione dello stesso sia la struttura collegiale. Tranne casi molto rari²⁹⁸, esso è infatti costituito generalmente da esponenti di diverse funzioni societarie (solitamente almeno tre), tra le più frequenti senza dubbio quella di *Internal Audit*; accanto a questa compare spesso anche quella legale, nonché la direzione affari generali di gruppo. Piuttosto diffuso anche l'inserimento nell'organo di un amministratore indipendente o di un membro del collegio sindacale. Infine in diversi casi si nota come tra i componenti della struttura figuri anche una personalità autorevole e di spicco, che si immagina venga prescelta per via dell'aura di prestigio e stima che la circonda. Emblematico in questo senso l'organismo di vigilanza di Atlantia che - composto dal Responsabile della Direzione Legale e dal Responsabile dell'Auditing Interno - è presieduto da Renato Granata, Presidente Emerito della Corte Costituzionale e Primo Presidente Aggiunto Onorario della Corte di Cassazione.

Passando ora a quanto più interessa in questa sede, si può dire che, come era prevedibile, nei documenti analizzati si afferma che ogni società del gruppo deve dotarsi del proprio organo di vigilanza. Non si afferma mai che l'organo deve essere uno solo e in particolare quello della capogruppo. Questo sarebbe sicuramente inopportuno, poiché emerge in modo evidente – come si è avuto modo di vedere più volte nel corso del presente lavoro – dal testo del d. lgs. 231/2001 (e soprattutto dall'art. 6, co. 1, b), che parla di "*organismo*

²⁹⁷ In questo senso si veda il modello organizzativo di Italcementi. Si leggano a titolo esemplificativo le previsioni del modello organizzativo di Parmalat: "Qualora la Società presti in favore di società appartenenti al Gruppo servizi che possono interessare le attività sensibili di cui alla successiva Parte Speciale, ciascuna prestazione deve essere disciplinata da un contratto scritto, che è comunicato all'Organismo di Vigilanza della Società. La disposizione si applica anche ai casi in cui la Società riceva da società appartenenti al Gruppo i servizi di cui sopra".

²⁹⁸ Si allude ad esempio all'organo di vigilanza di Enel, il quale è monocratico ed è rappresentato dal responsabile dell'Internal Auditing.

dell'ente") che l'organismo deve essere adottato da ciascun ente, affinché il relativo modello organizzativo possa dirsi completo. In nessuna delle società esaminate si è ravvisata una soluzione di questo tipo.

Frequente invece e - sembra di poter affermare - anche apprezzabile, entro certi margini, la previsione di un ruolo peculiare per l'organo di vigilanza della capogruppo. Si possono citare diversi esempi in questo senso: AEM (oggi divenuta A2A), Finmeccanica, Enel, Terna, Unipol, ecc. Occorre tuttavia fare alcune precisazioni su questi enti. AEM ad esempio non si limita a prevedere che il proprio organo di vigilanza debba dare impulso e coordinare l'attività di monitoraggio degli organi istituiti dalle controllate, ma prevede anche poteri di una certa rilevanza nei confronti di questi. Anzitutto può effettuare in modo congiunto con tali organi, in autonomia o su richiesta del consiglio di amministrazione delle stesse controllate, azioni di *audit* sulle società del gruppo²⁹⁹. In secondo luogo può avere libero accesso alla documentazione rilevante di tutte le società del gruppo, senza alcuna forma di intermediazione, salvo specifiche disposizioni normative³⁰⁰. Infine può acquisire la documentazione delle attività svolte dagli organi delle diverse società, assegnare attività di *audit ad hoc*, richiedere chiarimenti su specifici aspetti. Emerge insomma un quadro di notevole intrusione da parte dell'organo della capogruppo nell'operato degli organismi istituiti dalle controllate (a volte forse anche eccessivo: l'accesso diretto a tutte le informazioni può sembrare eccessivamente gravoso per l'autonomia delle controllate)³⁰¹.

In modo non dissimile si è orientata Autogrill, che prevede la possibilità per ogni organismo di vigilanza delle società del gruppo di avvalersi, nell'espletamento del compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza del modello, anche delle risorse allocate presso il proprio organismo purché, si

²⁹⁹ In termini analoghi si vedano le Linee Guida di Confindustria descritte alla prima nota del capitolo.

³⁰⁰ Questa impostazione ricorda molto da vicino quello prescelto dal gruppo statunitense Altria, di cui si è detto al capitolo n. 6.

³⁰¹ Ancor più pregante è il ruolo dell'organo di vigilanza del vertice del gruppo in Unipol, il cui modello organizzativo prevede che su delega delle società controllate l'organo possa fungere altresì da organismo di vigilanza esterno, oppure svolgere alcuni dei compiti degli organi di vigilanza delle controllate, in base ad accordi contrattuali. L'organo della capogruppo potrà inoltre acquisire documentazione, effettuare controlli periodici nonché verifiche mirate sulle attività a rischio delle componenti del gruppo.

sottolinea, ciò non comporti un'insufficiente attribuzione delle risorse necessarie per l'attività di controllo di Autogrill. Inoltre, previsione questa piuttosto diffusa in tutti le società che regolamentano i rapporti tra organi di vigilanza, ogni organo dovrà informare tempestivamente l'organo di Autogrill nel caso di violazioni del modello commesse da parte degli amministratori della società. Sembrerebbe dunque escluso il *report* inerente violazioni da parte di soggetti sottoposti. Autogrill prevede che gli organi delle controllate relazionino almeno annualmente il proprio Organismo³⁰².

Meno invasivo sembra il ruolo dell'organo della capogruppo nell'impostazione prescelta da Parmalat. Questo può infatti chiedere informazioni agli organismi di vigilanza della società del gruppo, ma solo qualora – si precisa - le ritenga necessarie per il corretto svolgimento delle attività di controllo nell'ambito della società. Gli organi delle controllate dal canto loro sono tenuti a inviare una relazione scritta sull'attività svolta al loro corrispondente nella capogruppo, in questa devono specificare le violazioni del modello che abbiano riscontrato, le sanzioni disciplinari che abbiano adottato, nonché le modifiche più significative che abbiano apportato al modello organizzativo. Segnalano infine tutti quei fatti di rilievo riscontrati nell'attività di vigilanza che possano interessare, anche in termini organizzativi, la capogruppo.

La società Seat Pagine Gialle prevede che l'organo della capogruppo assicuri il collegamento funzionale degli Organismi di Vigilanza istituiti nelle altre società controllate. Questa previsione, come le altre di simile tenore che si

³⁰² Previsioni analoghe a quelle di Autogrill compaiono nel modello organizzativo di Eni, che dedica uno specifico paragrafo ai rapporti fra organismo di vigilanza dell'Eni e delle controllate. In particolare, premesso che ogni società del gruppo deve istituire il proprio organismo di vigilanza, autonomo e indipendente, si afferma che gli organismi di vigilanza delle controllate, ove sia necessario il ricorso a risorse esterne per l'esecuzione dei controlli, richiedano preventivamente il supporto delle risorse allocate presso l'organismo di vigilanza della società responsabile del settore di business e, in subordine, dell'Eni. Nel caso in cui sia possibile fornire il servizio richiesto, viene stipulato un accordo che prevede i livelli di servizio, i flussi informativi e la tutela della riservatezza. Si ha peraltro cura di ribadire che eventuali interventi correttivi sui modelli organizzativi delle società controllate, conseguenti ai controlli effettuati, saranno di esclusiva competenza delle stesse controllate. Inoltre l'organismo di vigilanza della controllata informa l'organismo di vigilanza della società responsabile del settore di business in ordine ai fatti rilevati, alle sanzioni disciplinari e agli adeguamenti di conseguenza operati sul modello. A sua volta, l'organismo di vigilanza della società responsabile del settore di business informa, oltre il superiore gerarchico, l'organismo di vigilanza dell'Eni. Similmente si articola il modello di Enel.

sono viste, volte a creare un flusso di informazioni tra gli organismi delle diverse società sembra a chi scrive positiva. L'informazione in un gruppo di società articolato sembra un patrimonio di tutta rilevanza, da costruire e tutelare con cura. Un confronto periodico tra i diversi "controllori" può essere in questo senso particolarmente utile, perchè può contribuire a creare una consapevolezza comune delle aree di rischio, delle eventuali falle dei sistemi di controllo, delle aree da monitorare con particolare attenzione, di quelle su cui intervenire perché carenti, ecc. In quest'ottica il ruolo dell'organo della capogruppo risulta fondamentale, perché può fungere da collettore delle criticità del gruppo, così che poi la capogruppo possa, se del caso, emanare delle nuove, aggiornate linee guida alle proprie controllate.

In conclusione, a patto che non debordi in un'intrusione eccessiva della libertà d'azione, anche in fatto di vigilanza, dell'attività delle controllate, un ruolo di coordinamento e di impulso da parte dell'organo di vigilanza delle capogruppo sembra soluzione da salutare con favore.

3. 2 Osservazioni in merito a eventuali controllate estere

Un rapido sguardo infine si deve dedicare all'atteggiamento adottato nei gruppi del S&P MIB nei confronti di eventuali controllate estere. Si citano a questo proposito due società, Autogrill, Enel, Mediaste e Parmalat.

Le altre società del Gruppo procederanno secondo la normativa locale corrispondente al D. Lgs. 231/2001, se esistente, o adotteranno i necessari mezzi per rispettare in ogni caso i principi, le regole generali e le procedure di cui al presente Modello. La prima prevede che le società estere procedano secondo la normativa locale corrispondente al d. lgs. 231/2001, se esistente, o adottino comunque i mezzi necessari mezzi per rispettare in ogni caso i principi, le regole generali e le procedure del modello organizzativo della capogruppo.

Enel stabilisce che, poiché la responsabilità prevista dal d. lgs. 231/2001 sembra estendersi anche alle società appartenenti al gruppo aventi sede legale all'estero, tali società sono tenute ad adottare un modello di gestione, organizzazione e controllo "idoneo ad individuare i principi procedurali di carattere generale volti ad impedire la commissione dei reati ritenuti sensibili

dallo stesso d. lgs. 231/2001". Enel prevede inoltre che l'adozione nelle società di diritto estero sia subordinata all'analisi svolta da un *Advisory Board* con riguardo alla locale legislazione vigente relativamente alle fattispecie contemplate dal decreto, alla conformità del modello a tale legislazione.

Parmalat si limita invece a stabilire che anche le controllate estere che dovessero operare in Italia si dovranno dotare di misure organizzative e di controllo interno idonee a prevenire la commissione dei reati previsti dal decreto.

L'attenzione per le controllate estere non sembra nel complesso particolarmente diffusa, forse anche per via delle incertezze interpretative al riguardo, di cui si è detto nel capitolo n. 5.

4. Alcune osservazioni conclusive sul tema

Si è visto sinora in questo scritto come le disposizioni del d. lgs. 231/2001 ignorino la realtà del "gruppo". Nonostante l'ordinamento penale abbia dimostrato l'acquisizione di una sempre maggiore consapevolezza del fenomeno, a diversi anni dalla sua entrata in vigore il testo normativo non ha subito alcuna modifica.

La natura dello strumento creato nel 2001 resta tuttora di difficile catalogazione ma - sia che si tratti di uno strumento penale (si è da tempo evidenziata la naturale vocazione *sanzionatoria* del diritto penale commerciale), sia che si tratti di uno strumento amministrativo o infine, per voler prescindere da precise etichette, di un arsenale punitivo - sembra comunque indubbio il legame con le categorie del diritto civile. Società, associazioni, amministratori e sottoposti, organizzazione, sistemi di controllo, molti termini che ricorrono nel decreto sono necessariamente ancorati alla legislazione civile e commerciale in particolare. Pare dunque comprensibile che il decreto emanato nel 2001, dunque prima dell'avvento del nuovo diritto societario (e prima ancora della legge delega per la sua riforma, l. 366/2001, risalente ad ottobre e dunque di poco successiva alla normativa "amministrativa"), non avesse tentato di disciplinare l'ipotesi di responsabilità da reato commesso in un "gruppo" di società. Che il diritto penale, in questo particolare settore attinente alla vita

economica, faccia da battistrada a quello civile sembra tutt'oggi insensato, sebbene sia noto che questo accada non infrequentemente: esempio lampante di questa inversione di ruoli è offerto dal d. lgs. 61/2001, con cui è stato riformato il diritto penale delle società, con tutte le incongruenze che sono derivate dalla circostanza che l'apparato commercialistico di riferimento è stato riformato solo nel gennaio 2003.

Fare i conti con le relazioni di gruppo sarebbe stato avventato dunque per il legislatore del 2001. Tutt'oggi si può dire peraltro come la questione rimanga problematica. Si sarebbe tentati di affermare che ormai sia l'apparato punitivo del 2001, sia la normativa sulla direzione unitaria del 2003 abbiano conosciuto un certo rodaggio, per quanto sia stato particolarmente lento quello della normativa sanzionatoria, dal momento che la prima sentenza a seguito di dibattimento è giunta solo pochi mesi fa³⁰³. Il legislatore "amministrativo" non si muoverebbe più al buio, ma avrebbe oggi un preciso referente negli artt. 2497 ss. c.c. Tuttavia se intendesse regolare esplicitamente l'ipotesi si scontrerebbe, nonostante la presenza di un riconoscimento dell'attività di direzione e coordinamento, con l'inafferrabilità del fenomeno gruppo. Proprio il suo essere una realtà fenomenica multiforme e non imbrigliabile in rigidi parametri, renderebbe il compito del legislatore non semplice. Si è detto più volte di come la riforma societaria abbia scientemente evitato di definire il gruppo e, a ben vedere, anche solo di nominarlo, proprio per le infinite forme con cui si può presentare nella prassi. In definitiva, dunque, chi volesse metter mano a questo poliedrico fenomeno si troverebbe ad affrontare diverse difficoltà, giacché la presenza della normativa civilistica non sarebbe in grado di risolvere ogni problema definitorio, né di fissare una volta per tutte il complesso di poteri e di doveri in capo ai diversi poli del gruppo.

Ciò che resta forse sempre valido per il legislatore sanzionatorio è l'obbligo di prescindere dalle etichette formali, dalle qualifiche ufficiali dei legami tra società, per guardare sempre alla realtà sostanziale dei rapporti tra gli enti. Dunque anche quando, per ipotesi, una società dichiarasse di non essere soggetta ad attività di direzione e coordinamento, il diritto punitivo non potrebbe

³⁰³ Cfr. Trib. Milano, sent. 20 marzo 2007, Mychef, www.rivista231.it

arrestarsi a simili enunciazioni formali ma, di fronte ad una sostanziale ingerenza di un soggetto nella gestione di un altro, dovrebbe senza dubbio preferire questo dato concreto a quello formale e trarne le necessarie conseguenze.

A dire il vero un'impostazione esplicita dell'attribuzione della responsabilità da reato nei gruppi non è forse così imprescindibile. La soluzione, si è visto, sta in un utilizzo accorto del concorso di persone nel reato, dal quale può scaturire per ogni società i cui rappresentanti siano concorsi nell'illecito un'autonoma responsabilità. Quindi, tenendo ben presente i requisiti indefettibili che devono assistere l'imputazione dell'illecito dipendente da reato all'ente (ovverosia il legame funzionale autore del reato-ente, l'interesse dell'ente inteso nei termini che si sono visti, e il deficit organizzativo, differentemente modulato a seconda della posizione apicale o sottoposta del reo) la corresponsabilizzazione della capogruppo non è un esito del tutto impossibile come potrebbe sembrare di primo acchito. Lo strumento concorsuale risulta attualmente l'arma principale per l'attribuzione di responsabilità a monte del gruppo.

Strumenti pericolosi nelle mani della giurisprudenza potrebbero in vero rivelarsi l'interesse di gruppo da un lato, e il legame tra autore del reato e ente dall'altro, i quali potrebbero prestarsi a interpretazioni criticabili. Come si è cercato di mettere in luce nel corso della trattazione, accertamenti troppo disinvolti del parametro di imputazione oggettiva al ricorrere di un incerto e mal inteso interesse di gruppo, della qualifica di amministratore di fatto delle controllate in capo ai vertici del gruppo o di garanti della legalità delle stesse, rischiano di prestarsi a strumenti di repressione sganciati dal principio di legalità, e per vero alcune applicazioni giurisprudenziali in questo senso, seppure in via cautelare, già si sono avute.

Se si scongiurano queste ipotesi censurabili, perseguite nel nome di distorte preoccupazioni repressive, al di fuori dell'impostazione concorsuale i possibili casi di coinvolgimento di più società di gruppo per il medesimo illecito possono sembrare di scarso rilievo empirico.

Ciò che sembra senza dubbio sfuggire alle maglie della sanzione amministrativa, per come è congegnata attualmente la normativa, è il deficit organizzativo delle società eterodirette che abbia radici al vertice del gruppo. Tranne per il caso, che sembra piuttosto raro, in cui la direttiva volta a sconsigliare l'adozione di modelli organizzativi abbia efficacia causale sulla verificazione dell'illecito, l'assenza di una posizione di garanzia in capo al vertice del gruppo rispetto agli illeciti delle controllate, unita alla circostanza che ai fini della normativa penale-amministrativa l'adozione dei modelli organizzativi non sembra obbligatoria, rendono la direzione unitaria scorrettamente esercitata un accadimento di rilievo meramente civilistico.

Si è detto più volte di come l'organizzazione stia al centro del d. lgs. 231/2001. Su di essa ruota la normativa penale-amministrativa, costruita sulla fiducia nel ruolo preventivo di una buona organizzazione e sulle potenzialità invece criminogene di un'organizzazione carente. In questo quadro potrebbe sembrare inopportuno lasciare sguarnito dal punto di vista punitivo il comportamento lacunoso della capogruppo nei confronti delle proprie controllate. Difficilmente si potrà verificare una vera e propria efficacia eziologica della disorganizzazione rispetto alla realizzazione dell'illecito, diversamente si può dire invece di un ruolo agevolativo della stessa. In altri termini, se si ritiene che la direzione unitaria qualora sia effettivamente esercitata e qualora si sviluppi attraverso un'effettiva influenza sull'impostazione degli assetti organizzativi anti-reato delle controllate, si può dubitare della correttezza del rilievo solo civilistico di simile colposo comportamento. La costruzione di un'apposita fattispecie agevolativa in questo senso è un percorso che potrebbe essere in futuro meditato.

CAPITOLO N. 5

QUESTIONI DERIVANTI DALLA PRESENZA DI COMPONENTI

ESTERE

SOMMARIO **1.** Gruppi multinazionali. Il problema dei soggetti esteri **2.** Il Caso Siemens. Possibili critiche all'interpretazione giurisprudenziale **3.** Ripresa del confronto con il cd. Progetto Grosso **4.** Sviluppi del tema in relazione a società soggette a direzione e coordinamento

1. Gruppi multinazionali. Il problema dei soggetti esteri

La problematicità di un'applicazione della responsabilità amministrativa ex d. lgs. 231/2001 nei gruppi è notevolmente acuita dall'eventuale presenza di componenti estere nell'articolazione del gruppo. Gruppi con controllate, o quanto meno con sedi o stabilimenti produttivi all'estero sono oggi la regola. Gli elementi di estraneità possono complicare ancor più la questione di un'eventuale corresponsabilità della società madre per quanto accaduto all'interno di società coordinate e dirette. E' doveroso affrontare i peculiari problemi suscitati da questa evenienza, poiché un lavoro che non ne desse conto trascurerebbe di confrontarsi con una vasta parte della moderna attività economica, quella che supera, in vario modo, i confini nazionali.

Si ipotizzi che soggetti di grado apicale di una società estera – avente personalità giuridica estera, sede all'estero – realizzino in Italia degli illeciti appartenenti al novero dei reati elencati dal decreto legislativo n. 231/2001, nell'interesse della società stessa. Tale società estera può rispondere degli illeciti amministrativi dipendenti dai reati delle persone fisiche per essa agenti ai sensi del d. lgs. 231/2001? Da questa ipotesi base si passi ora ad un caso più complesso, quello che più qui interessa: si immagini che l'illecito penale sia commesso in Italia, nell'ambito di una società italiana coordinata e diretta però

da una società estera. O viceversa si ipotizzi che la capogruppo sia italiana, e che le controllate si trovino all'estero: del reato commesso presso queste possono discendere delle conseguenze a carico della capogruppo?

Sembra opportuno preliminarmente verificare se tra gli enti cui il decreto si applica siano compresi soggetti esteri, dar conto dell'indirizzo giurisprudenziale al riguardo e poi provare a sviluppare le ulteriori problematiche ora accennate con specifico riferimento al gruppo.

Per quanto riguarda la possibilità di applicare l'apparato sanzionatorio ad un soggetto estero, una soluzione certa della questione non sembra ad oggi prospettabile. Invero il d. lgs. 231/2001 nulla dice in merito a tale particolare caso. All'articolo 1 co. 2, come si è avuto modo di vedere nel capitolo introduttivo, sono elencate le categorie di enti soggetti al dettato del decreto: enti forniti di personalità giuridica, società e associazioni anche prive di personalità giuridica. Al comma 3 è prevista l'esclusione di Stato, enti pubblici territoriali, altri enti pubblici non economici nonché enti che svolgano funzioni di rilievo costituzionale. Esplicitamente non si parla mai di enti *italiani*.

Il legislatore ha scelto di regolare l'ipotesi di reati commessi all'estero all'articolo 4, mentre invece nulla di preciso ha disposto per il caso in esame. L'articolo 4 prevede che, nei casi e alle condizioni previsti dagli articoli 7, 8, 9 e 10 del codice penale, gli enti aventi la sede principale nel territorio dello Stato rispondano anche in relazione ai reati commessi all'estero, purché nei loro confronti non proceda lo Stato del luogo in cui è stato commesso il fatto.

A tale proposito in dottrina vi è stato chi ha criticato la facile eludibilità di simile norma: basterebbe porre la propria sede principale all'estero per compiere illeciti indisturbatamente. Ma tralasciando questo aspetto, ciò che più interessa in questa sede è che, sempre secondo lo stesso orientamento, la formulazione dell'articolo 4 lascerebbe intendere che per il legislatore è implicitamente ammessa l'applicabilità dell'articolo 3 c.p., che statuisce l'obbligatorietà della legge penale: gli enti risponderebbero "nel concorso delle

altre condizioni, comunque per tutti i reati commessi – dagli individui – nel territorio dello Stato italiano³⁰⁴.

L'interpretazione di tale norma del decreto è in vero molto opinabile: da un lato si potrebbe sostenere, consentendo con la dottrina ora citata, che è talmente pacifico che anche una società estera, i cui dipendenti delinquono in Italia, risponde di responsabilità amministrativa che il legislatore non ha ritenuto necessario rimarcarlo. Allo stesso modo si potrebbe replicare che, proprio perché il legislatore tace su tale ipotesi e regola invece quella diversa della commissione all'estero, egli ha implicitamente negato l'estensibilità del principio di territorialità racchiuso nell'art. 3 c.p. (ed anche nell'articolo 6 del c.p. che ribadisce: "Chiunque commette un reato nel territorio dello Stato è punito secondo la legge italiana").

Tuttavia potrebbe risultare inopportuno ammettere la valenza fino all'estero del decreto in questione (la possibilità di punire le imprese per responsabilità amministrativa dipendente da reato commesso all'estero), negando invece una "reciprocità" a carico di soggetti esteri (l'ipotizzata impossibilità di sanzionare soggetti non italiani per quanto avvenuto in Italia).

Secondo un'altra lettura dello stesso art. 4, la circostanza che esso limiti l'operatività per reati commessi all'estero alla condizione che l'ente abbia la sua sede principale in Italia, lascerebbe a contrario ritenere applicabile ad ogni ente di cui all'art. 1 la responsabilità per i reati tipizzati dalla normativa che siano stati commessi in Italia³⁰⁵.

Sembrerebbe inoltre logico che, come il cittadino straniero in Italia deve soggiacere alle leggi dello Stato ospite, allo stesso modo l'ente collettivo estero che tramite i suoi funzionari agisce (e si ricordi che la relazione al d. lgs.

³⁰⁴ Si allude al pensiero di M. GUERNELLI, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche nel diritto penale-amministrativo interno dopo il d. legisl. 8 giugno 2001 n. 231*, prima parte, in *Studium iuris*, 2002, fasc. 3, p. 288. Nello stesso senso A. LANZI, *L'obbligatorietà della legge italiana non si ferma davanti alle multinazionali*, in *Guida al dir.*, n. 19, 15 maggio 2004, p. 80, che nel commentare l'ordinanza Siemens di cui si dirà fra breve, ha affermato che vige l'obbligatorietà della legge italiana per tutte le condotte e le attività svolte nel nostro Paese. Poiché non compare per gli enti alcuna disposizione che disciplina diversamente, l'obbligatorietà della legge italiana non si fermerebbe "davanti alle multinazionali". Il criterio di riferimento di cui all'art. 3 c.p. sarebbe, secondo l'Autore, indirettamente confermato dalla stessa disciplina di cui all'art. 4 del d. lgs. 231/2001.

³⁰⁵ Così F. PERNAZZA, *I modelli di organizzazione ex D.Lgs. n. 231/2001 e le società estere: il caso Siemens AG. Commento a ord. Trib. Milano 27 aprile 2004*, p. 1288.

231/2001 ha sottolineato l'accoglimento della teoria dell'immedesimazione organica) in Italia debba soggiacervi.

Si sottolinea nuovamente come all'art. 2 del decreto sia statuito il principio di legalità: "L'ente non può essere ritenuto responsabile per un fatto costituente reato se la sua responsabilità amministrativa in relazione a quel reato e le relative sanzioni non sono espressamente previste da una legge entrata in vigore prima della commissione del fatto". Dunque eventuali estensioni analogiche delle disposizioni del decreto, volte a colmare la lacuna che sembra palesarsi con riferimento ai soggetti esteri, mediante un ampliamento interpretativo della portata delle norme di cui agli artt. 1 e 4, sembrano precluse.

Si noti peraltro che comunque – quanto meno formalmente – la responsabilità degli enti non è penale, e ciò consentirebbe di arginare la gravità delle conseguenze di un'applicazione analogica delle norme del decreto. La responsabilità degli enti di cui al d. lgs. 231/2001 sorge sì in dipendenza da un reato, ma è una responsabilità per illecito amministrativo. Il criterio di collegamento della commissione del fatto funziona sicuramente per le persone fisiche. Non sembrerebbe però regolare il diverso tipo di responsabilità per gli enti.

Si consideri tuttavia come il decreto rimandi in più occasioni alla disciplina del codice di procedura penale italiano e in particolare richiami le norme processuali sull'imputato ove applicabili all'ente (artt. 34-35 d. lgs. 231/2001). La disposizione circa la territorialità è invero sostanziale più che processuale. Nelle disposizioni penali e processualpenalistiche italiane però, il caso di soggetti stranieri che delinquono in Italia è sicuramente considerato e riconosciuto.

D'altra parte sarebbe davvero troppo semplice per una società qualunque porre la propria sede principale all'estero per poi perpetrare comodamente qualsiasi illecito in Italia.

Inoltre, posto che i soggetti apicali del caso ipotizzato verrebbero certamente perseguiti in Italia, sembrerebbe un forte controsenso che invece la società cui appartengono andasse esente da qualunque responsabilità, per poi

magari sostituire facilmente i manager indagati con soggetti diversi e riprendere l'attività illecita. Le persone fisiche giocherebbero così un ruolo di teste di paglia e scontrerebbero esse soltanto tutto il peso di una condotta illecita che ha basi e ragioni molto più a monte (in spregio dell'art. 27 Cost.).

Inoltre si può ricordare come l'articolo 16 delle Preleggi, *Trattamento dello straniero*, si indirizzi espressamente anche alle persone giuridiche, le quali così, come i cittadini stranieri, sono ammesse e godere dei diritti civili (si noti come la disposizione specifichi come ciò avvenga "a condizione di reciprocità e salve le disposizioni contenute in leggi speciali"). Ebbene, che questo non comporti anche il rispetto dei doveri imposti dalle nostre leggi, sembrerebbe del tutto illogico.

Si tenga presente inoltre che il decreto del 2001 è conseguito ad un *trend* normativo internazionale – e particolarmente europeo – di decisa repressione della criminalità d'impresa, mediante il riconoscimento della possibilità per gli enti collettivi di compiere illeciti e quindi della punibilità degli stessi. Dalle convenzioni europee e OCSE in materia (alcune delle quali attuate in Italia proprio mediante il d. lgs. 231/2001), al progressivo avvicinamento in Europa degli apparati repressivi (si veda ad esempio il cd. Eurojust) emerge un clima internazionale tale che parrebbe in certa misura irragionevole che per la mancanza di un'esplicita disposizione del decreto in materia, tale istanza repressiva universalmente avvertita fosse vanificata.

Occorre tuttavia fare un cenno anche ad un'altra problematica che emerge dall'ipotesi di applicazione del decreto a società estere: quella della compatibilità di esso con il diritto comunitario. Non è questa la sede per svolgere una disamina completa della questione che è di notevole complessità. Ci si limita solo a ricordare le celebri sentenze della Corte di Giustizia europea Centros e Inspire Art³⁰⁶, che hanno evidenziato un atteggiamento rigoristico in riferimento alla libertà di stabilimento e di prestazione di servizi in Europa. L'accento posto dal decreto sul tema dell'organizzazione societaria, la

³⁰⁶ Corte CE, 9 marzo 1999, C.212/97, Centros Ltd c. Erheves – og Selsabsttyrelsen, in *Foro it.*, 2000, IV, p. 317, con nota di S. FORTUNATO, *La mobilità transfrontaliera delle società nel diritto comunitario: il caso «Centros»*; Corte CE, 30 settembre 2003, C-167/01, Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam c. Inspire Art Ltd., in *Le società*, 2004, p. 373, con commento di F. PERNAZZA, *Libertà di stabilimento delle società in Europa e tutela dei creditori*.

circostanza che i modelli – pur non obbligatori – assumano una rilevanza tale da divenire sostanzialmente necessari al fine di competere “ad armi pari” in Italia, potrebbero condurre ad una risposta negativa. Tuttavia la finalità d’ordine pubblico che caratterizza il decreto, nonché la visione di esso come insieme di norme di applicazione necessaria può condurre all’esclusione della paventata incompatibilità³⁰⁷.

2. Il Caso Siemens. Possibili critiche all’interpretazione giurisprudenziale

A supporto della tesi che ammette l’applicabilità del decreto a società estere, sta il caso che ha occupato le cronache giudiziarie riguardante la casa tedesca Siemens Ag³⁰⁸, coinvolta nell’inchiesta sui fondi neri e le tangenti attorno agli appalti 1999/2001 di Enelpower.

La Procura di Milano aveva chiesto all’Ufficio delle indagini preliminari di adottare nei confronti di Siemens la misura interdittiva cautelare del divieto di contrattare con la Pubblica Amministrazione italiana. La questione dell’applicabilità del d. lgs. 231/2001 alle persone giuridiche straniere è stata risolta dal giudice, come si vedrà, in modo forse troppo semplicistico. Il Giudice per le Indagini Preliminari presso il Tribunale di Milano ha applicato la misura interdittiva del divieto di contrattare con la Pubblica Amministrazione per un periodo di un anno all’impresa tedesca. Il g.i.p. ha ritenuto fuorviante l’argomentazione della difesa della società tedesca secondo la quale il provvedimento di applicazione di una misura interdittiva “esorbiterebbe i limiti spaziali della giurisdizione italiana in quanto la legge tedesca, pur prevedendo

³⁰⁷ Per queste considerazioni si rinvia a F. PERNAZZA, *cit.*, p. 1285 ss.

³⁰⁸ Tribunale di Milano, Ufficio g.i.p., ord. cautelare n. 950 del 27 aprile 2004, Est. Salvini, Siemens AG, in *Guida al dir.*, n. 19, 15 maggio 2004, p. 72, con commento di A. LANZI, *cit.*, p. 78; in *Le società*, 2004, n. 10, p. 1275, con nota di F. PERNAZZA, *cit.*, p. 1282; in *Riv. trim. dir. pen. ec.* (s. m.), 2004, n.3-4, p. 989, con nota di G. RUGGIERO, *Brevi note sulla validità della legge punitiva amministrativa nello spazio e sulla efficacia dei modelli di organizzazione nella responsabilità degli enti derivante da reato*; in *Dir. comm. int.*, 2004, n. 1, p. 225, con nota di U. DRAETTA, *Prime sanzioni interdittive in Italia a carico di persone giuridiche per corruzione di pubblici ufficiali*, p. 241; cfr. inoltre sulla vicenda Tribunale del Riesame di Milano, 8 ottobre 2004, Giud. Est. Mannocci – Imp. Siemens A.G., in *Corr. merito*, 2005, n. 3, p. 319; Cass., sez. VI, 27 settembre 2004, Siemens AG, n. 1450, in *Studium iuris*, 2005, n. 1, p. 89, con nota di A. MARANDOLA. Recentemente cfr. anche S. BARIATTI, *L’applicazione del d.leg. n. 231 del 2001 a società estere operanti in Italia: il caso degli istituti di credito e degli intermediari finanziari* (Nota a g.i.p. T. Milano, 27 aprile 2004, Siemens A G e T. Milano, 28 ottobre 2004, Siemens A G), in *Dir. comm. internaz.*, 2006, 819.

la responsabilità amministrativa degli enti, non prevede né sanzioni interdittive né l'obbligo di adottare i precisi modelli organizzativi e di controllo delineati dalla legge italiana". Il g.i.p. ha rilevato innanzitutto che il divieto concerne la contrattazione con la P.A. italiana e non tedesca e che in ogni caso sia le persone fisiche che le persone giuridiche straniere, nel momento in cui operano in Italia, hanno "semplicemente il dovere di osservare e rispettare la legge italiana e quindi anche il D.L.vo n. 231/01, indipendentemente dall'esistenza o meno nel Paese di appartenenza di norme che regolino in modo analogo la medesima materia". L'ordinanza ha affermato che la disciplina del 2001 va applicata alle persone giuridiche straniere che operano in Italia, indipendentemente dall'esistenza o meno, nel paese di appartenenza dell'ente, di norme che regolino in modo analogo la medesima materia. In particolare, il giudice ha escluso che l'assenza nella legge tedesca di una norma sui modelli organizzativi per la prevenzione dei reati esoneri la persona giuridica di quel paese operante in Italia dall'onere di dotarsi di un modello per andare esente da responsabilità amministrativa.

Tanto affermato, bene ha fatto il magistrato milanese a scegliere la misura interdittiva del divieto di contrattare con la P.A.: uno dei profili più problematici che deriverebbero dall'eventuale radicamento della tesi estensiva ai soggetti esteri della responsabilità da reato è proprio quello relativo al suo *enforcement*. Se è semplice irrogare ed assicurare l'esecuzione della misura in questione, meno agevoli risulterebbero misure d'altro tipo, che pure rientrano nell'arsenale fornito dal decreto. Tutta l'applicazione del decreto oltre i confini italiani sarebbe assai delicata. Sarebbe certo opinabile, ad esempio, l'imposizione degli oneri circa l'adozione dei modelli organizzativi a imprese estere, potenzialmente molto diverse, sotto il profilo regolamentare ed anche culturale, da quelle italiane. Un'intrusione di tale specie nella organizzazione di un'impresa di diritto estero costituirebbe un fenomeno di notevole ingerenza di uno stato nel campo dell'iniziativa economica di un altro.

L'obbligatorietà del rispetto della legge italiana da parte di persone giuridiche estere operanti nel territorio nazionale (anche eventualmente, com'era nel caso di specie, tramite una Associazione Temporanea di Impresa)

è nel pensiero del magistrato praticamente ovvia. L'ordinanza esemplifica la situazione con il paragone delle norme in tema di circolazione stradale. E' possibile, in via di ipotesi, che le norme tedesche o quelle di qualsiasi altro Paese non prevedano che le autovetture immatricolate e circolanti in tale paese abbiano l'obbligo di essere munite di cinture di sicurezza, ma ciò ovviamente non toglie che tali autovetture, per accedere alle strade italiane, abbiano l'obbligo di munirsi di tali dispositivi. "Vale, sotto il profilo antiinfortunistico e con riferimento a qualsiasi norma che abbia una funzione preventiva suscettibile, se non adottata, di conseguenze in termini di responsabilità, la regola della *lex loci*". Inoltre la stessa difesa della casa tedesca avrebbe implicitamente ammesso questa conclusione, nel momento in cui ha affermato che recentemente la Siemens Ag, per potersi quotare alla New York Stock Exchange, aveva accettato di conformarsi agli obblighi previsti dalla legislazione statunitense adottando un nuovo codice deontologico.

La pronuncia in esame sembra così fare un uso disinvolto di un criterio di collegamento proprio del diritto internazionale privato. Dalla natura cautelare delle disposizioni che delineano la colpevolezza d'organizzazione degli enti, deriverebbe la possibilità di applicare la regola della *lex loci*.

Il Tribunale del Riesame che ha statuito sull'ordinanza del g.i.p., non si è da questi discostato quanto alla questione che qui interessa³⁰⁹, confermando che chiunque, persona fisica o giuridica, operi in Italia ha l'obbligo di osservare la legge italiana. Secondo il Riesame poiché si tratta di un illecito amministrativo contestato ad un ente straniero in relazione ad un reato commesso in Italia, sussisterebbe una piena giurisdizione italiana³¹⁰.

³⁰⁹ Tribunale di Milano, sez. XI (Giudice del Riesame) – ord. 28 ottobre 2004 – Pres. Rel. Mannocci, Siemens AG, in *Foro Ambrosiano*, 2004, p. 533, con nota di TASSI, p. 535; in *Corr. Merito*, 2005, n. 3, p. 319, con commento di VARRASO, p. 238.

³¹⁰ Ciò, si afferma, a prescindere dalla circostanza che la società straniera sia dotata di "compliance program" formato in un contesto territoriale esterno. Infatti la mancata adozione di un modello organizzativo idoneo non costituisce di per sé un illecito, ma rileva sotto il profilo della responsabilità per colpa in caso di reati commessi da soggetti nella posizione di cui all'art. 5, comma 1, del d. lg. n. 231/2001.

Non constano altri precedenti sulla questione. Certo è che le preoccupazioni repressive sembrano aver guidato i giudici, che si sono prodotti in affermazioni spesso tautologiche su problemi di grande complessità³¹¹

3. Ripresa del confronto con il cd. Progetto Grosso

E' interessante soffermarsi nuovamente sul Progetto Grosso di riforma della parte generale del codice penale. Il progetto, pur non essendo stato mai approvato, è stato – come si è già avuto modo di affermare – una fonte d'ispirazione importante per il legislatore delegato del 2001. Per quanto qui interessa occorre dire che come il d. lgs. 231/2001 anche il Progetto nell'elencare la tipologia di enti passibili di responsabilità da reato non affermasse esplicitamente la necessità di considerare solo enti italiani³¹². Differentemente dall'articolato del 2001 nulla il Progetto non conteneva alcuna disposizione analoga a quella dell'art. 4 inerente i Reati commessi all'estero. Tuttavia il Progetto conteneva una disposizione che non compare, quanto meno non negli stessi termini, nel d. lgs. 231/2001. L'articolo 122, *Applicabilità della legge penale*, prevedeva infatti "Alla responsabilità della persona giuridica si applicano le disposizioni dell'ordinamento penale, in quanto compatibili". Questa era una disposizione evidentemente più ampia di quelle contenute negli artt. 34 e 35 dell'attuale decreto, i quali come si è visto rinviano solo a disposizioni *processuali* penali. Il riferimento del Progetto Grosso all'ordinamento penale sembrava invece invocare non solo le norme processuali, ma anche quelle sostanziali. Grazie a questo ampio rinvio si poteva quindi, si ritiene, fare riferimento senza il rischio di violare il principio di legalità anche all'art. 3 del codice penale inerente l'obbligatorietà della legge penale.

³¹¹ Per un recente orientamento confermativo della valenza del decreto anche nei confronti di enti esteri si vedano G. NEGRI, *Il decreto 231 va oltreconfine*, in *Il Sole 24 ore*, 2 luglio 2007, p.37; A. MINCUZZI – G. ODDO, *Banche estere a processo*, in *Il Sole 24 ore*, 13 novembre 2007, p. 43, che commentano il rinvio a giudizio di quattro istituti di credito da parte del G.u.p. di Milano Tacconi nell'ambito del *crack* Parmalat. Sul tema cfr. anche E. FUSCO, *Applicabilità del d. lgs. 231/2001 alle banche estere*, in *Resp. amm. società e enti*, 2007, n. 4, p. 179

³¹² L'articolo 121 co. 2 prevedeva: "Ai fini di questo titolo, per persone giuridiche si intendono tutti gli enti, società, associazioni anche non riconosciute, che svolgono attività economica. Sono esclusi lo Stato, le Regioni, gli altri enti pubblici territoriali e le Autorità indipendenti".

L'estensione dell'apparato punitivo ai soggetti esteri sarebbe stata dunque, se fosse entrato in vigore il Progetto, una conclusione più accettabile dal punto di vista interpretativo. Certo l'applicazione a società estere della normativa sarebbe stata comunque foriera di delicati problemi, anche di ordine internazional-pubblicistico, e forse l'espressione "in quanto compatibili", al termine dell'art 122, avrebbe potuto essere invocata da taluno quale freno all'operatività nei confronti degli enti non italiani.

Riflettendo su quanto il progetto Grosso abbia condizionato il legislatore delegato del decreto, tanto che in alcuni casi le espressioni del Progetto ricorrono nel d. lgs. 231/2001 in termini pressoché identici³¹³, la scelta di non replicare la disposizione di rinvio all'ordinamento penale (così come quella dedicata alle persone giuridiche che esercitano attività di "direzione o controllo") sembra a maggior ragione il frutto di una ben precisa strategia, assumere che il rinvio all'art. 3 può oggi dedursi implicitamente dall'articolato del decreto, facendo riferimento ad un quasi ovvio intendimento del legislatore in questo senso, sembra *a fortiori* un esito interpretativo forzato.

4. Sviluppi del tema in relazione a società soggette a direzione e coordinamento

Si è visto dunque come l'applicabilità della normativa a soggetti esteri i cui rappresentanti (o sottoposti) commettano illeciti penali in Italia è questione controversa, che ha trovato sinora un riscontro positivo nella giurisprudenza e in qualche misura nella dottrina, ma che non sembra convincere pienamente. Si è visto anche come, diversamente, il decreto consideri e ammetta una responsabilità di enti con sede principale in Italia per reati realizzati all'estero secondo le scadenze stabilite dall'art. 4. Tanto premesso, occorre ora analizzare le conseguenze di questi due aspetti sul tema dei gruppi con società all'estero.

E' necessario anzitutto capire se la società che si trovi al vertice di un gruppo con ramificazioni all'estero possa essere chiamata a rispondere degli

³¹³ Basti pensare all'art. 124, "La responsabilità della persona giuridica è esclusa se, prima della commissione del reato, era stato adottato ed efficacemente messo in pratica un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi". L'espressione ricorre con scadenze molto simili nell'art. 6 co. 1 a) e 7 co. 2 del d. lgs. 231/2001.

illeciti penali che avvengano nell'ambito delle sue componenti estere, sia che i reati siano commessi all'estero, sia che i reati siano commessi in territorio italiano.

Sembra possibile affermare come tendenzialmente, qualora una società coordinata e diretta di diritto estero sia responsabile dell'illecito amministrativo dipendente dal reato commesso da un suo rappresentante all'estero, nessuna conseguenza sul piano del d. lgs. 231/2001 potrà riverberarsi sulla società italiana che eserciti su di essa l'attività di direzione e coordinamento.

Si è visto come il coinvolgimento di una società madre per gli illeciti penali realizzati nell'ambito della figlia siano un esito non certo pacifico. A meno che non ricorra l'ipotesi di un concorso di persone rappresentanti le due società, dal quale derivi ai rispettivi enti di appartenenza la responsabilità da reato, non sembra agevolmente ipotizzabile una responsabilità della società madre. Nel caso di concorso *ex art. 110 c.p.* per quanto riguarda la capogruppo si dovrebbe fare riferimento all'*art. 4 d. lgs. 231/2001*, occorrerebbe cioè verificare che la sede principale della società si trovasse in Italia.

Un coinvolgimento della capogruppo potrebbe in alternativa derivare dalla circostanza che l'autore del reato all'estero fosse legato altresì da un rapporto di fatto con essa. Se, ad esempio, questi fosse amministratore di fatto della capogruppo, allora potrebbe derivare una responsabilità a quest'ultima nel caso in cui il reato fosse stato realizzato (quanto meno anche) nell'interesse o a vantaggio di essa. Discutibile in questo caso è a quale dei due enti, estero o italiano, dovrebbe rivolgersi l'indagine circa il requisito della colpa d'organizzazione. Se l'interesse perseguito fosse quello della sola capogruppo, si potrebbe andare ad analizzare la struttura antireato solo di questa. Tuttavia se fossero state proprio le falle organizzative della controllata a generare la possibilità di commettere l'illecito per la persona fisica, allora, qualora fosse riverberato sulla controllata un vantaggio si potrebbe forse pensare alla punizione di questa. Altrimenti probabilmente né una, né l'altra sarebbero chiamate in causa. Certo si riaffaccerebbe a questo proposito il complesso tema della configurabilità quale "terzo" della capogruppo ai sensi dell'*art. 5 co. 2 d. lgs. 231/2001*. Non è qui possibile ripercorrere tutta l'indagine svolta su

questo tema nei capitoli precedenti, ci si limita solo a ribadire come occorra sempre, per affermare la responsabilità di una o dell'altra società, riscontrare l'effettiva finalizzazione - almeno parziale - del reato all'ente di volta in volta preso in esame.

Se l'interesse perseguito fosse solo quello della stessa controllata estera, allora si ritiene che non potrebbero verificarsi conseguenze sul piano della responsabilità da reato alla capogruppo, poiché l'autonomia dei due soggetti giuridici, l'autonomia quindi anche dell'ethos aziendale, non consente di addossare effetti sanzionatori alla capogruppo. Rispetto a questa il reato sarebbe certo alieno, ancor più che non se la controllata fosse stata italiana. Né la mera verifica di un obiettivo beneficio economico alla capogruppo, scevro da una seppur minima finalizzazione del reato alla capogruppo stessa, sarebbe di per sé bastevole a giustificare l'applicazione del d. lgs. 231/2001.

Potrebbero forse derivare delle conseguenze in termini di responsabilità *civile* a carico della capogruppo o dei suoi amministratori nel caso in cui il reato fosse il frutto di gravi carenze organizzative della controllata e la controllante non l'avesse in alcun modo stimolata a strutturarsi in modo consono a prevenire la commissione di reati. Il tema è tuttavia di grande complessità, perché coinvolgerebbe tematiche di diritto internazionale privato, legate preliminarmente alla risoluzione della questione della natura contrattuale od extra-contrattuale della responsabilità da direzione e coordinamento, tematiche che in questa sede non possono essere affrontate.

Si è detto della sanzionabilità della capogruppo italiana nel caso di reato commesso all'estero, nell'ambito di una controllata estera. Occorre ora analizzare se quest'ultima possa essere punita ai sensi del d. lgs. 231/2001. Si tratta di un soggetto giuridico estero, che dovrebbe in ipotesi rispondere in conseguenza di un reato commesso all'estero. L'art. 4 afferma che del reato commesso all'estero può rispondere *ex d. lgs. 231/2001* solo la società che abbia la sede principale in Italia. Dunque sembrerebbe che, in assenza di questa condizione, la controllata estera non potrebbe essere chiamata a rispondere nel nostro paese. Qualora effettivamente la sede principale fosse in

Italia, inoltre, potrebbe essere qui chiamata a rispondere solo qualora non procedesse nei suoi confronti lo stato dove l'illecito si fosse verificato.

Si ipotizzi ora un'evenienza parzialmente diversa: nel caso in cui soggetti appartenenti alla controllata estera commettessero un reato in Italia, nei confronti della controllata stessa verrebbero in gioco tutte le problematiche viste nei paragrafi precedenti di questo capitolo. Dunque, se l'ordinanza Siemens fosse seguita dalla giurisprudenza, la controllata potrebbe essere sanzionata ex d. lgs. 231/2001.

Per quanto riguarda la capogruppo, varrebbero tutte le questioni in tema di concorso ex 110 c.p., interesse-vantaggio, e colpa d'organizzazione già riportate. Ci si potrebbe al più interrogare se la realizzazione in Italia del reato da parte di persone legate alla controllata estera non evocasse la necessità di un accertamento di maggior rigore nei confronti della capogruppo, in riferimento alle direttive da questa emanate circa i codici di comportamento. In altri termini, la localizzazione in Italia dell'illecito potrebbe forse richiedere un dovere di svolgimento dell'attività di direzione e coordinamento più stringente. La capogruppo italiana cioè dovrebbe mettere all'erta le proprie controllate dal rischio-reato a maggior ragione ove queste operino in Italia. Dovrebbe cioè emanare delle indicazioni più precise e più vincolanti alle proprie controllate per il segmento di attività da queste svolte nel territorio nazionale, per sensibilizzarle alle prassi italiane ad esempio in tema di contrattazione con la Pubblica Amministrazione. Potrebbe forse esigere il rispetto di un certo standard procedurale proprio perché la condotta si avrebbe luogo nel paese della casa madre. A patto che ciò non risulti come un implicito *laissez faire* per quanto riguarda tutti gli altri paesi. Il rischio delle operazioni commesse da controllate estere è che proprio la lontananza, la localizzazione di determinate operazioni in paesi distanti e a basso tasso di legislazione degli affari, fosse la spia di una strategia in tal senso del vertice del gruppo: far commettere gli illeciti alla periferia del gruppo stesso, in paesi poco evoluti dal punto di vista normativo o culturale (si pensi a paesi nei quali l'uso di regalie nel corso di contrattazioni con parti pubbliche è una tradizione culturale lecita e consolidata), così da beneficiare ad un tempo dei vantaggi derivanti dagli illeciti,

nonché della bassa probabilità di sanzioni derivante dal basso tasso di legalità. Certo in ipotesi di questo tipo, in cui si tende ad adombrare una strategia occulta presso l'ente in cui i poteri sono accentrati nasconderà spesso un concorso nel reato dei dirigenti della controllata estera e della società madre italiana e quindi non renderebbe impossibile una risposta sanzionatoria nei confronti di quest'ultima. Sono stati proprio i grossi scandali societari del resto ad evidenziare come sia la periferia dei grandi gruppi il luogo più a rischio di commissione di illeciti.

Si faccia ora il caso inverso. Si ipotizzi che sia la capogruppo a trovarsi all'estero e la controllata in Italia. Va da sé che quest'ultima potrà senza dubbio essere punita. Per quanto riguarda la capogruppo si riproporrebbero le questioni già in più occasioni esaminate: la problematica vista in relazione al caso Siemens *in primis*. E poi le ipotesi in tema di concorso di persone nel reato, di interesse-vantaggio e di carenze organizzative.

In ogni caso si ribadisce nuovamente come, se la circolazione della responsabilità da reato si fa ancor più difficile nel caso di gruppi multinazionali, diversamente deve dirsi della responsabilità civile di persone fisiche e giuridiche, che opererebbe comunque, pur in presenza di alcune criticità derivanti da questioni di giurisdizione e di legge applicabile di diritto internazionale privato.

Naturalmente la presenza di gruppi multinazionali invoca un altro aspetto di grande rilevanza, che qui ci si limita soltanto ad accennare, vale a dire la costruzione dei modelli organizzativi in un gruppo che abbia le sue falangi sparse per i paesi più disparati, diversi sia dal punto di vista normativo, che culturale.

CAPITOLO N. 6

UNA COMPARAZIONE CON IL SISTEMA NORDAMERICANO

SOMMARIO **1.** Brevi cenni sulla *corporate criminal liability*. *Federal Sentencing Guidelines* e *Model Penal Code* **2.** Recenti evoluzioni della *corporate criminal liability* **2.1** Possibili conseguenze del caso *Booker* e *Fanfan* sulle *Federal Sentencing Guidelines for Organizations* **2.2** La nuova direzione della *corporate criminal liability* negli USA: i *deferred* ed i *non prosecution agreements* **3.** La responsabilità degli enti nei gruppi **3.1** *Agency theory* **3.2** *Unitary enterprise theory* ed altri spunti **4.** Adozione ed attuazione dei *compliance programs* in un gruppo multinazionale: l'esempio di Altria

1. Brevi cenni sulla *corporate criminal liability*. *Federal Sentencing Guidelines* e *Model Penal Code*

Il d. lgs. 231/2001 che ha introdotto in Italia la responsabilità amministrativa degli enti, con un sistema incentrato sui cd. modelli di organizzazione, gestione e controllo, ha tratto notoriamente ispirazione, sotto diversi aspetti, dalla *corporate criminal liability* nordamericana, e in particolare dal sistema delle *Federal Sentencing Guidelines* del 1991. Si considera perciò interessante svolgere un raffronto tra le soluzioni in tema di gruppi societari seguite dal risalente sistema americano con le problematiche suscitate dal più recente apparato punitivo italiano. Prima di concentrare l'attenzione sullo specifico profilo della responsabilità da reato nei gruppi di società, si ritiene opportuno premettere un breve quadro del funzionamento generale del meccanismo sanzionatorio delle *corporations* e dare conto della sua evoluzione.

Negli Stati Uniti d'America la responsabilità penale degli enti è una realtà molto più remota rispetto all'Italia³¹⁴. Il principio *societas delinquere potest* è nato e si è radicato prima di tutto nella prassi giurisprudenziale, per poi essere incardinato nella legislazione.

Il principio si è affermato dapprima in modo frammentario, poiché in un primo tempo anche negli USA erano forti le resistenze ad accettare l'idea di una responsabilità penale dei soggetti collettivi. Il dogma imperante di derivazione inglese era invece "*No soul to damn, no body to kick*"³¹⁵: la società, cioè, non avrebbe avuto un elemento psicologico in grado di essere guastato/corrotto, né un sostrato fisico in grado di essere leso. La riluttanza a superare questo principio riguardava soprattutto le fattispecie che necessitano di un elemento psicologico, di un *intent*, mentre interessava meno - comprensibilmente - le fattispecie caratterizzate da un canone di responsabilità oggettiva.

Risale al 1909 la prima importante sentenza che ha riconosciuto pienamente la responsabilità penale delle persone giuridiche. Si tratta della nota pronuncia *New York Central & Hudson River Railroad Co v. United States*³¹⁶, fondata sulla regola *respondeat superior*: dal momento che una persona giuridica agisce per mezzo dei suoi agenti e rappresentanti, gli obiettivi, gli scopi e la volontà di costoro devono essere considerati quelli dell'ente per conto del quale le operazioni vengono realizzate.

La necessità di sanzionare penalmente un'entità collettiva fu così motivata:

"Se per esempio quell'invisibile e impalpabile entità che noi definiamo persona giuridica può spianare le montagne, colmare gli avvallamenti, costruire ferrovie e farvi correre sopra delle locomotive, significa che ha la volontà di porre in essere queste azioni, e che può perciò comportarsi sia malvagiamente che virtuosamente"³¹⁷.

³¹⁴ Sulla situazione statunitense si veda anzitutto C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, Milano, Giuffrè, 2002; K.F. BRICKEY, *Corporate and White Collar Crime: Cases and Materials*, Washington, 2002.

³¹⁵ Si veda a questo proposito il noto studio di John C. Coffee, Jr., "No Soul to Damn. No Body to Kick": An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment, *79 Michigan Law Review* 386 (1981).

³¹⁶ Il caso riguardava una violazione del diritto della concorrenza: la *NY Central* aveva praticato prezzi notevolmente ribassati per acquisire il monopolio del trasporto di zucchero da New York a Detroit.

³¹⁷ Così si legge nella sentenza in commento, nella traduzione che compare nel citato lavoro di C. DE MAGLIE, p. 15. Questo il testo completo della citazione nella versione originale: "*In*

Sono preoccupazioni repressive, di tutela di un interesse pubblico, a portare al radicale cambiamento di rotta. E' la consapevolezza dell'importanza economica e sociale e delle enormi potenzialità dell'agire collettivo a guidare i giudici. Ancora, nella stessa sentenza si legge:

"We see no valid objection in law, and every reason in public policy, why the corporation, which profits by the transaction, and can only act through its agents and officers, shall be held punishable by fine because of the knowledge and intent of its agents to whom it has intrusted authority to act in the subject-matter of making and fixing rates of transportation, and whose knowledge and purposes may well be attributed to the corporation for which the agents act. While the law should have regard to the rights of all, and to those of corporations no less than to those of individuals, it cannot shut its eyes to the fact that the great majority of business transactions in modern times are conducted through these bodies, and particularly that interstate commerce is almost entirely in their hands, and to give them immunity from all punishment because of the old and exploded doctrine that a corporation cannot commit a crime would virtually take away the only means of effectually controlling the subject-matter and correcting the abuses aimed at".

Le Corti statunitensi hanno dato della *corporate criminal liability* un'interpretazione molto ampia, in alcuni casi quasi sconcertante. Diversi freni all'applicazione dell'istituto sono stati, negli anni, a poco a poco allentati.

Se in passato la responsabilità delle società era esclusa per i crimini che richiedevano uno *specific intent* ecco, soltanto per fare un esempio, che la sentenza *State of Minnesota v. Pontiac* del 1984 ha affermato la colpevolezza della *corporation* per due classiche fattispecie a *specific intent*, quali *theft* e *forgery*³¹⁸.

E' stata data un'interpretazione molto ampia della nozione di *scope of employment*, quel requisito per cui l'ente può rispondere penalmente solo degli illeciti commessi dalla persona fisica nell'ambito delle proprie funzioni. Ormai da alcuni decenni si è iniziato a riconoscere la responsabilità da reato delle

considering the subject, Bishop's New Criminal Law, 417, devotes a chapter to the capacity of corporations to commit crime, and states the law to be: 'Since a corporation acts by its officers and agents, their purposes, motives, and intent are just as much those of the corporation as are the [212 U.S. 481, 493] things done. If, for example, the invisible, intangible essence or air which we term a corporation can level mountains, fill up valleys, lay down iron tracks, and run railroad cars on them, it can intend to do it, and can act therein as well viciously as virtuously". La sentenza è disponibile al seguente indirizzo: <http://laws.findlaw.com/us/212/481.html>.

³¹⁸ *State of Minnesota, v. Christy Pontiac-GMC, Inc.*, 354 N.W.2d 17 (1984).

corporations anche nel caso in cui l'agente aveva agito in senso contrario alla *general corporate policy* ed alle *express instructions* ricevute³¹⁹.

La società è responsabile oggi non solo se soggetto agente è un soggetto apicale, come si potrebbe dire con linguaggio mutuato dal nostro d. lgs. 231/2001, ma anche se agenti sono dei *minor officials*, come nel caso U.S. v. Basic Construction del 1983³²⁰.

Ancora, in anni non lontani è stata elaborata la *collective knowledge doctrine*, per porre rimedio alla falla che si apriva nel caso in cui appariva evidente che un dipendente della società avesse commesso un illecito penale, ma non fosse stato possibile rintracciare quale di essi in concreto avesse agito, teoria questa chiaramente lontana dalla concezione della responsabilità penale vigente nel nostro ordinamento³²¹.

Quindi si passa da teorie incompatibili col nostro ordinamento ad acquisizioni più in linea con la normativa italiana in materia, quando si riconosce che non occorre che il *benefit of the corporation* si sia effettivamente realizzato, conta invece che l'azione del reo sia stata compiuta nell'interesse di essa³²².

Oltre all'approccio tradizionale di *vicarious liability*, ora descritto e estensivamente interpretato, esiste anche un criterio alternativo, quello del *Model Penal Code (Section 2.07)*³²³. Qui il criterio del *respondeat superior* trova

³¹⁹ Si veda ad esempio *United States, v. Hilton Hotels Corp., et al., Defendants; Western International Hotels Co., United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 467 F.2d 1000 (1972)*.

³²⁰ *United States of America V. Basic Construction Company, Henry S. Branscome, Henry S. Branscome, Inc., United States Court of Appeals for the Fourth Circuit; 711 F.2d 570 (1983)*.

³²¹ Cfr. in questo senso *United States of America v. Bank of New England, N.A., 821 F.2d 844 (1st circuit, 1987)*; *State Of Missouri, Respondent, v. Boone Retirement Center, Inc., Appellant; Court of Appeals of Missouri, Western District; 26 S.W.3d 265 (2000)*. Sulla teoria citata si vedano, in senso critico, Martin J. Weinstein, Patricia Bennett Ball, *Criminal Law's Greatest Mystery Thriller: Corporate Guilt Through Collective Knowledge, 29 New Eng. L. Rev. 65 (1994)*.

³²² Così ad esempio la pronuncia *United States of America, v. Automated Medical Laboratories, Inc., United States Court of Appeals for the Fourth Circuit; 770 F.2d 399 (1985)*, o ancora, più di recente, *United States of America V. Sun-Diamond Growers Of California, United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit; 138 F.3d 961 (1998)*, che ha riaffermato: "*The law imputes the wrongdoer's conduct to the corporation in order to encourage monitoring and preventing illegal employee conduct. Agent's conduct which is actually or potentially detrimental to corporation may nonetheless be imputed to corporation in criminal case if motivated at least in part by intent to benefit it*".

³²³ Su questo differente sistema si vedano Gerhard O.W. Mueller, *Mens Rea and the Corporation: A Study of the Model Penal Code Position on Corporate Criminal Liability, 19 University of Pittsburgh Law Review 21 (1957)*; Kathleen F. Brickey, *Rethinking Corporate Liability Under the Modern Penal Code, 19 Rutgers Law Review 593 (1988)*. Sul *Model Penal*

una limitazione nella *due diligence defense*, la prova da parte della società che il dirigente con poteri di supervisione nell'area in cui è stato commesso un reato, ha usato la dovuta diligenza per prevenirne la commissione. Inoltre l'impresa risponde per quei reati che impongono la tenuta di specifici comportamenti doverosi (*specific duty*) in base alla legge. Questo secondo tipo di imputazione è inquadrabile nell'area della *strict liability*, della responsabilità oggettiva. Per i reati di diverso tipo, la società risponderà comunque se la commissione è stata voluta o tollerata dai vertici dell'impresa³²⁴.

I criteri ora esposti, tuttavia, non sembravano sufficientemente attenti all'aspetto preventivo (*deterrence*), e nemmeno ad una caratterizzazione della colpevolezza della persona giuridica³²⁵. L'atteggiamento psicologico dell'autore del reato veniva quasi sempre traslato in modo automatico sull'organizzazione³²⁶.

Per ovviare a questi vizi, nel 1991 è stata introdotta, con le *Federal Sentencing Guidelines for Organizations* (d'ora in avanti FSG), una colpevolezza d'impresa intesa come difetto di organizzazione. Le FSG, redatte dalla *U.S. Sentencing Commission*, costituiscono delle linee guida rivolte ai giudici delle Corti Federali per coadiuvarli nella determinazione delle sanzioni e per arginare così la loro discrezionalità³²⁷.

Code e in generale sulla responsabilità penale degli enti si veda anche Jonathan C. Poling and Kimberly Murphy White, *Corporate Criminal Liability*, 38 *Am. Crim. L. Rev.* 525 (2001). In Italia si veda ancora C. DE MAGLIE, *cit.*, p. 23 ss.

³²⁴ In applicazione del Model Penal Code, si veda ad esempio *Symphony Grace v. Thomason Nissan, an Oregon Corporation, and David Campbell*, 76 F. Supp. 2d 1083 (1999), o la già citata *State of Missouri v. Boone Retirement Center*. (nota n. 8), dove si afferma che fondamentale per attribuire la responsabilità all'ente - e nulla cambia il fatto che nel caso di specie si trattasse di una "*quasi-governmental entity*" senza scopo di lucro - è che la condotta illecita sia stata "*authorized or knowingly tolerated by the board of directors or by a high managerial agent acting within the scope of his employment*".

³²⁵ Cfr. ad esempio Pamela H. Bucy, *Corporate Ethos: A Standard for Imposing Corporate Criminal Liability*, 75 *Minnesota Law Review* 1095 (1991).

³²⁶ Si possono vedere quali tentativi di temperare questo rigido automatismo sia la *collective knowledge doctrine*, sopra esposta, sia la teoria della *ratification*, che in breve consiste nella seguente idea: se nell'impresa i comportamenti illeciti sono frequenti e continui, significa che in qualche modo l'impresa li tollera o quanto meno che è carente di meccanismi di controllo e supervisione.

³²⁷ Alle *corporations* è dedicato il *Chapter Eight* delle FSG. Molto vasta è la letteratura sul tema. Si ricordano, tra gli altri, i seguenti scritti: Ilene H. Nagel & Winthrop M. Swenson, *The Federal Sentencing Guidelines for Corporations: Their Development, Theoretical Underpinnings, and Some Thoughts About Their Future*, 71 *Washington University Law Quarterly* 205 (1993); Jeffrey S. Parker, *Rules Without...: Some Critical Reflections on the Federal Corporate Sentencing Guidelines*, 71 *Washington University Law Quarterly* 397 (1993); Pamela H. Bucy,

La colpevolezza della persona giuridica, assieme naturalmente alla gravità del reato, diviene così criterio di commisurazione delle sanzioni. Il grado di colpevolezza si determina in base alle misure precauzionali adottate dall'impresa prima della commissione del reato. E' lampante l'influsso esercitato da tale sistema sulle opzioni legislative italiane del 2001. Anche negli USA risponde ogni soggetto appartenente all'impresa, di qualsiasi grado gerarchico sia. La condotta criminosa dev'essere in qualche modo ricollegabile alle mansioni di tale soggetto. Inoltre nella commissione del reato costui deve aver avuto almeno in parte l'intento di recare beneficio all'ente.

Le *fines* (sanzioni pecuniarie) vanno diminuite in base al grado di colpevolezza dell'impresa e dell'eventuale collaborazione di questa alle indagini giudiziarie. Dunque esiste un forte incentivo all'adozione di tali programmi per le imprese: il sistema delineato dalle FSG è basato infatti sull'*economic deterrence*. Da un lato le FSG vogliono assicurare la finalità retributiva della pena, dall'altro vogliono premiare comportamenti collaborativi dell'impresa. Le pene vengono appunto diminuite o addirittura eliminate se la persona giuridica adotta tali comportamenti. Si tratta del *carrot-stick approach*.

L'effetto deterrente si ricava in modo tradizionale dalla prospettiva di sanzioni pecuniarie elevate, ma anche mediante l'incentivo ad adottare

Organizational Sentencing Guidelines: The Cart Before the Horse, *71 Washington University Law Quarterly* 329 (1992); Richard S. Gruner, Just Punishment And Adequate Deterrence For Organizational Misconduct: Scaling Economic Penalties Under The New Corporate Sentencing Guidelines, *66 S. Cal. L. Rev.* 225 (1992); Richard S. Gruner, Beyond Fines: Innovative Corporate Sentences Under Federal Sentencing Guidelines, *71 Washington University Law Quarterly* 261 (1993); Dan K. Webb & Steven F. Molo, Some Practical Considerations in Developing Effective Compliance Programs: A Framework for Meeting the Requirements of the Sentencing Guidelines, *71 Washington University Law Quarterly* 375 (1993); Dan K. Webb, Steven F. Molo & James F. Hurst, Understanding and Avoiding Corporate and Executive Criminal Liability, *49 Business Lawyer* 617 (1994); O.C. Ferrell, Debbie Thorne LeClair & Linda Ferrell, The Federal Sentencing Guidelines for Organizations: A Framework for Ethical Compliance, *17 Journal of Business Ethics* 353 (1998); Cindy R. Alexander, Jennifer Arlen, Mark A. Cohen, Regulating Corporate Criminal Sanctions: Federal Guidelines and the Sentencing of Public Firms, *42 J. Law & Econ.* 393 (1999). Per un commento dei primi dieci anni di esperienza delle Federal Sentencing Guideline for Organizations cfr. Diana E. Murphy, The Federal Sentencing Guidelines for Organizations: A Decade of Promoting Compliance and Ethics, *87 Iowa L. Rev.* 697 (2002). In lingua italiana, oltre al già ricordato testo di C. DE MAGLIE, si vedano G. CAPECCHI, *Le sentencing guidelines for organizations e i profili di responsabilità delle imprese nell'esperienza statunitense*, in *Dir. Comm. Int.*, 1998, p. 465; nonché i noti lavori di F. STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1999, p. 459 e *Criminalità d'impresa: nuovi modelli d'intervento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 1254.

meccanismi interni diretti a prevenire e a scoprire i comportamenti criminosi. Tali meccanismi sono i ben noti *compliance programs*, ideali antenati dei modelli organizzativi di cui al d. lgs. 231/2001. Se le imprese adottano misure per combattere i reati, le istituzioni rispondono limitando l'uso dell'arsenale sanzionatorio. Il diritto penale dunque entra in modo invasivo nell'impresa, ne permea e ne plasma la struttura e l'organizzazione.

La commisurazione della sanzione a carico dell'impresa avviene tenendo conto di due indici principali: *seriousness of the offence* (la gravità dell'offesa) e *culpability score* (il grado di colpevolezza). Quest'ultimo, determinato in base a indici aritmetici di intensità, tiene conto di una serie di circostanze aggravanti e attenuanti. Un'impresa riconosciuta colpevole e condannata partirà da un grado di *culpability* pari a 5. Tra le attenuanti è però previsto che l'aver adottato un programma effettivo diretto a prevenire ed a scoprire i reati commessi dall'impresa comporta una diminuzione di 3 punti³²⁸, inoltre le manifestazioni di autodenuncia, collaborazione ed ammissione della responsabilità porteranno a una diminuzione compresa tra 1 e 5 punti.

Si noti che, come si ritiene accada anche in Italia, negli Stati Uniti la predisposizione di un *compliance program* non è obbligatoria, non è cioè imposta dalle FSG, ma, allo stesso tempo, visti i vantaggi che ne possono conseguire, molte *corporations* scelgono di adottarlo comunque. L'impatto sanzionatorio sull'impresa infatti può essere così forte che dotarsi di un modello organizzativo diviene sostanzialmente imperativo.

I *compliance programs* sono stati pensati come strumenti diversi dai codici etici in voga precedentemente, più articolati e soprattutto più efficaci. Questi modelli organizzativi devono cioè permeare realmente la struttura d'impresa, e soprattutto devono essere supportati da quel sistema disciplinare che mancava agli *ethical codes*. Mentre i codici etici sono esclusivamente di iniziativa dell'impresa, i *compliance programs* sono invece regolati dalla legge federale. Inoltre, mentre gli *ethical codes* sono spesso di contenuto molto generico, i *compliance programs* vanno molto più in profondità e soprattutto si conformano alla realtà specifica della singola impresa cui vanno ad applicarsi. I

³²⁸ §8C2.5. (f): "If the offense occurred despite an effective program to prevent and detect violations of law, subtract 3 points."

compliance programs si possono intendere quanto meno come un'evoluzione dell'idea di base degli *ethical codes*, del tentativo cioè di diminuire *dall'interno* la commissione dei reati, di darsi autonomamente delle regole, per prevenire la commissione di illeciti e per presentarsi al contempo sotto una diversa veste all'autorità giudiziaria ed al pubblico.

Questi programmi si compongono di vari aspetti, molti dei quali sono del tutto simili agli elementi che devono contraddistinguere i modelli organizzativi italiani. I *compliance programs* devono possedere la capacità di ridurre la possibilità di commettere reati mediante la promozione di un *business code of conduct*, l'individuazione delle aree a rischio, tecniche per far rispettare il programma; la scelta accurata dei *supervisors* (cioè del personale di alto livello nell'impresa); una selezione dei dipendenti che tenga conto della loro propensione alla commissione di reati; la formazione del personale, attuata con corsi e conferenze; meccanismi di controllo e canali di informazione interna ed infine – affinché a tutto ciò sia assicurata una reale effettività – il sistema disciplinare³²⁹.

Nella giurisprudenza non si è venuto a creare fin da subito un orientamento omogeneo sui *compliance programs*. Maggiore uniformità è conseguita al celebre caso Caremark del '96, deciso dalla *Delaware Court of Chancery*)³³⁰, caso che ha sancito l'imprescindibilità e l'essenzialità dei programmi, e mediante il quale il *compliance program* è divenuto effettivamente canone per misurare la colpevolezza d'impresa, nonché metro della diligenza e della buona fede dei vertici della stessa: codici soltanto "di facciata" sono valutati negativamente.

Nella sentenza, e in particolare nel *Memorandum opinionum* del Cancelliere Allen, l'adozione dei modelli viene configurata come un dovere dell'organo

³²⁹ I sette punti principali in cui si possono riassumere i requisiti previsti dalle FSG sono i seguenti:

1. definizione di standard e procedure; 2. sorveglianza sul sistema; 3. vigilanza sul personale; 4. comunicazione efficace; 5. monitoraggio sull'aderenza agli standard e procedure (*reporting* alternativo); 6. provvedimenti disciplinari; 7. reazione alle violazioni (rimozione delle cause).

³³⁰ *In re Caremark Inc. Derivative Litigation*, 1996 Del. Ch. LEXIS 125, Sept. 25, 1996. In dottrina si vedano H. Lowell Brown, *The Corporate Director's Compliance Oversight Responsibility in the Post Caremark Era*, 26 *Del. J. Corp. L.* 1 (2001); Jeffrey M. Kaplan, Ronald E. Berenbeim, *Ethics Program, The Role of the Board: A Global Study*, The Conference Board, 2004.

gestorio, anche in presenza di una situazione aziendale non preoccupante. Infatti, nonostante – lo si ribadisce – le FSG non impongano l'adozione dei modelli, i benefici che da ciò potrebbero derivare sono tali e tanti da non potersi trascurare³³¹. Con la sentenza Caremark, dunque, sembra consolidarsi l'idea che i *compliance programs* svolgano un'effettiva funzione di prevenzione dei reati, danno un'immagine positiva della persona giuridica, attutiscono fortemente - nel caso i reati siano comunque commessi - l'intensità della risposta sanzionatoria e svolgono infine una funzione educativa e di moralizzazione nei confronti del personale.

Occorre tuttavia dar conto, a questo proposito, di un'evoluzione che si è registrata nel corso degli anni riguardo la concezione dei *compliance programs* e della loro reale efficacia.

E' stato sottolineato da più voci come spesso questi protocolli organizzativi, che pure dovevano rappresentare un'evoluzione degli esangui codici etici, soprattutto perché sorretti da un sistema disciplinare in grado di dare effettività e credibilità agli occhi del pubblico, nella prassi si siano dimostrati altrettanto inermi. Come i loro antecedenti storici, infatti, la reale operatività del programma si è rivelata cosa rara. La degenerazione del *business ethics* nell'affare dell'etica sembra aver caratterizzato, cioè, dopo un entusiasmo iniziale, anche i *corporate compliance programs*. Questi si sono trasformati in alcuni casi in slogan pubblicitari presso l'opinione pubblica, più che non in reali strumenti di orientamento della condotta aziendale. L'espressione che ricorre nella dottrina statunitense per alludere a questo fenomeno degenerativo è "*make-up programs*": una messa in scena dunque, il mero sbandieramento di alti valori morali, non seguito poi da alcunché di effettivo per perseguire gli ideali declamati³³². Si è così acceso un dibattito sul

³³¹ Quindi, secondo G. CAPECCHI, *cit.*, p. 465, "gli amministratori, pur in assenza di ogni anomalo sviluppo delle pratiche commerciali condotte dalla loro impresa, paiono adesso sempre tenuti a istituire un efficace programma di prevenzione in vista dei vantaggi che potrebbero derivare all'ente nel caso in cui esso, suo malgrado, fosse coinvolto in un processo penale".

³³² In Italia sul rischio dell'etica come operazione di cosmesi si veda G. ROSSI, *Il conflitto epidemico*, Milano, 2003, p. 118.

reale valore dei protocolli organizzativi³³³, nonché sull'effettiva possibilità di una *corporation* di insegnare ai propri managers e ai propri dipendenti un preciso standard di condotta.

Si rintraccia, nella dottrina americana, anche in conseguenza dell'esito quasi fallimentare dell'era dell'autoregolamentazione delle imprese, una reviviscenza di quel dibattito - che sembrava essere stato chiuso un secolo fa e che in Italia si è solo recentemente riusciti a superare (per quanto non manchino certo tuttora studi dottrinali che investano la questione) - sulla compatibilità della responsabilità penale con quelle entità collettive che sono le *corporations*. Stupisce, nell'accostarsi allo studio degli attuali approfondimenti statunitensi sul tema, che in un paese altamente pragmatico, con una tradizione dogmatica certo meno forte di quella italiana, e dopo cent'anni di vigore del *societas delinquere potest* e del sistema, tanto citato negli studi comparatistici nonché preso ad esempio dal nostro legislatore, delle FSG, di incontrare numerosissimi studi che mettono in discussione l'idea stessa di *corporate criminal liability*³³⁴.

Nel nostro Paese il dibattito sulla necessità di una forma di corresponsabilizzazione dell'ente per i reati commessi dai propri dipendenti, e sulle eventuali modalità di essa, ha tenuto banco per diversi anni, finché non si è in qualche modo attenuato di fronte al diritto *condito*. L'avvento del d. lgs. 231/2001 ha rinfocolato sulle prime il dibattito sul tema e la questione della compatibilità dell'istituto con l'impianto costituzionale, ma di fronte al dato normativo ormai concreto e non più in fase progettuale, anche su invito di certa dottrina, ha lasciato il posto allo studio della nuova normativa e del suo svolgersi reale, lasciando così in secondo piano le problematiche più a monte.

Provenendo da simile contesto, ci si aspetterebbe dunque che negli Stati Uniti, dove le esigenze della prassi sembrano a volte imporsi sulle dispute

³³³ Tra i molti studi sul tema si ricordano: Charles J. Walsh and Alissa Pyrich, *Corporate Compliance Programs As A Defense To Criminal Liability: Can A Corporation Save Its Soul?*, 47 *Rutgers L. Rev.* 605(1995); Frank O. Bowman, *Drifting Down the Dnieper with Prince Potemkin: Some Skeptical Reflections about the Place of Compliance Programs in Federal Criminal Sentencing*, 39 *Wake Forest L. Rev.* 671 (2004); Kimberly D. Krawiec, *Cosmetic Compliance and the Failure of Negotiated Governance*, 81 *Wash. U. L. Q.* 487 (2003).

³³⁴ A titolo esemplificativo cfr. Jennifer Arlen, *The Potentially Perverse Effects of Corporate Criminal Liability*, 23 *Journal of Legal Studies* 833 (1994).

dogmatiche, la discussione sul problema teorico fosse cosa superata da tempo, e che ci si confrontasse piuttosto con i nodi problematici dell'applicazione pratica dell'istituto. Non sembra invece che questo stia accadendo oltreoceano. Una lettura di alcuni tra i testi più importanti in materia ed il dialogo con alcuni studiosi della materia lasciano al contrario trasparire come il dibattito sia tutt'altro che sopito³³⁵. Forse il fiorire di studi di taglio multidisciplinare, *in primis* l'approccio di tipo *law and economics*, ha dato nuova linfa allo studio della tematica.

La compatibilità della responsabilità penale con un organismo collettivo, l'esame del diverso grado di efficienza apportato da strumenti di repressione alternativi, quali la responsabilità civile ad esempio, continuano ad essere giornalmente testate.

Dunque sono ancora notevolmente sotto i riflettori gli studi sulla legittimità della *corporate criminal liability*, a partire da quelli "storici" di Coffee³³⁶, per arrivare alle recenti proposte in chiave di analisi economica del

³³⁵ Esemplificativo di questo atteggiamento è stato il dialogo con il Prof. Alan Strudler (marzo 2006, Wharton Business School), che continua nei suoi scritti ad interrogarsi sul tema e a ribadire come la scelta nordamericana non incontri il suo consenso. Egli ritiene che la responsabilità penale degli enti rechi certamente con sé cospicui vantaggi economici, dal momento che si riesce ad ottenere sicuramente molto di più dal processo ad una società che non ad un singolo amministratore o dipendente. Ma a ben vedere la *corporate criminal liability* non costituirebbe altro che un *second best*, un'alternativa di ripiego di fronte alla frequente difficoltà di rintracciare l'autore del reato nei crimini d'impresa od alla sua insufficiente solvibilità. Inoltre lo stesso fatto che il criterio su cui si basa la responsabilità sia quello proveniente dalla *Tort Law* del *respondeat superior*, trapiantato di peso nel ben diverso humus penalistico, lascia intendere *ictu oculi* come l'istituto mal si coniughi con l'impianto rigoroso della *criminal liability*. Ancora, i *compliance programs*, indicati spesso in Italia come parametro di una colpevolezza d'impresa, strumento efficace di repressione e deterrenza, sono giudicati da Strudler come nient'altro che una lucrosa attività per avvocati e consulenti dal background spesso non del tutto appropriato, strumento imbello di fronte all'avvenire degli illeciti nell'ambiente societario, carta morta priva di concreto mordente.

Per quanto economicamente vantaggiosa (in primo luogo pensando al risarcimento delle vittime del reato), e per quanto sia ormai una realtà indiscutibile del sistema giuridico nordamericano, la responsabilità penale degli enti rimarrebbe secondo il Prof. Strudler una contraddizione in termini.

³³⁶ John C. Coffee, Jr., *Corporate Crime and Punishment: A Non-Chicago View of the Economics of Criminal Sanctions*, 17 *American Criminal Law Review* 419 (1980); ID., *Making the Punishment Fit the Corporation: The Problem of Finding an Optimal Corporation Criminal Sanction*, 1 *Northern Illinois University Law Review* 3 (1980); ID., "No Soul to Damn. No Body to Kick": An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment, 79 *Michigan Law Review* 386 (1981); ID., *Corporate Criminal Responsibility*, in 1 *Encyclopedia of Crime and Justice* 253 (Sanford H. Kadish ed., Free Press 1983); John C. Coffee, Jr., Richard Gruner & Christopher D. Stone, *Standards for Organizational Probation: A Proposal to the United States Sentencing Commission*, 10 *Whittier Law Review* 77 (1988).

diritto di Khanna³³⁷, passando per i rigorosi studi di Laufer³³⁸ sull'importanza, mai sufficientemente ribadita, della necessità di meritevolezza della sanzione anche per la *corporation*.

Inoltre il sistema delle FSG è stato aspramente criticato. Il giudice Rakoff, ad esempio, sostiene che è assurdo ridurre le infinite particolarità di ogni caso concreto ad un'equazione matematica. Alcuni ribattono che questa critica regge molto bene per le FSG for *Individuals*, meno per quelle for *Organizations*. I critici delle Linee Guida rispondono ulteriormente che le FSGO sono state emanate senza un'adeguata base di studi empirici alle spalle, perciò risultano viziate in più punti³³⁹.

2. Recenti evoluzioni della *corporate criminal liability*

2. 1 Possibili conseguenze del caso *Booker e Fanfan* sulle *Federal Sentencing Guidelines for Organizations*

Le *Federal Sentencing Guidelines for Organizations* sono state di recente riviste³⁴⁰. Proprio in conseguenza dei dubbi avanzati sulla reale efficacia dei *compliance programs*, il testo, così come emendato nel maggio 2004, ha cercato di sottolineare la necessità che questi non siano solo dei

³³⁷ V.S. Khanna, *Corporate Crime Legislation: A Political Economy Analysis*, 82 *Washington University Law Quarterly* 95 (2004); ID., *Corporate Criminal Liability: What Purpose Does It Serve?* 109 *Harvard Law Review* 1477 (1996); ID., *Corporate Liability Standards: When Should Corporations be Held Criminally Liable?* 37 *American Criminal Law Review* 1239 (2000); ID., *Is the Notion of Corporate Fault a Faulty Notion?: The Case of Corporate Mens Rea*, 79 *Boston University Law Review* 355 (1999); ID. Khanna, *Politics and Corporate Crime Legislation, Regulation*, spring 2004, 30.

³³⁸ William S. Laufer, *Corporate Bodies and Guilty Minds*, 43 *Emory Law Journal* 647 (1994); ID., *Corporate Liability, Risk Shifting, and the Paradox of Compliance*, 52 *Vanderbilt Law Review* 1343 (1999); ID., *Corporate Prosecution, Cooperation, and the Trading of Favors*, 87 *Iowa L. Rev.* 643, (2002); ID., *Culpability and the Sentencing of Corporations*, 71 *Nebraska Law Review* 1049 (1992); William S. Laufer and Alan Strudler, *Corporate Intentionality, Desert, and Variants of Strict Liability*, *American Criminal Law Review*, 38, 2000. Si veda da ultimo, dello stesso autore, *Corporate Bodies and Guilty Minds: The Failure of Corporate Criminal Liability*, Chicago, University of Chicago Press, 2006.

³³⁹ Così J.S. Rakoff durante il seminario dal titolo *The black letter law of white collar crime*, tenuto con J.C. Coffee presso la Columbia University Law School, durante lo Spring Semester 2006.

³⁴⁰ Le Linee Guida e altre informazioni al riguardo sono reperibili nel sito <http://www.ussc.gov/2005guid/tabconchapt8.htm>. In dottrina cfr. Julie R. O'Sullivan, *Some Thoughts on Proposed Revisions to the Organizational Guidelines*, 1 *Ohio St. J. Crim. L.* 487 (2004); Scott N. Carlson, Paula J. Desio, *Chapter Eight Of The U.S. Federal Sentencing Guidelines And The Oecd Standards Of Corporate Conduct: The Next Harmonic Convergence?*, 1504 *PLI/Corp* 149 (2005).

proclami di facciata. Al contrario, si è riaffermato che lo sforzo per la promozione dell'etica d'impresa e la prevenzione dei reati deve essere effettivo e non può ridursi ad una semplice operazione di *maquillage*.

Uno studio degli sviluppi più recenti della responsabilità da reato degli enti negli USA non può non tener conto dell'avvento di un'importante pronuncia, quella dei casi Booker e Fanfan del 2005, che ha sancito una fondamentale svolta nel sistema delle *Federal Sentencing Guidelines*³⁴¹.

La sentenza citata ha affermato la non obbligatorietà delle *Guidelines*. Il giudice, cioè, nel compiere la propria attività decisionale non è tenuto ad attenersi rigidamente a quanto statuito dalle Linee Guida. Dovrà consultarle e riferirvisi, ma non dovrà necessariamente seguirle, poiché la natura di queste è soltanto *advisory*.

La pronuncia riguardava le *Federal Sentencing Guidelines for Individuals*. Tuttavia pare a chi scrive, nonostante le voci dottrinali americane non siano tutte conformi³⁴², che la decisione investa senza dubbio anche l'efficacia delle *Federal Sentencing Guidelines for Organizations*. E' chiaro quindi come la svolta sia degna di nota anche per il campo della responsabilità da reato degli enti: il sistema aritmetico delle linee guida e dei *compliance programs* può essere, a discrezione dell'organo giudicante, sostanzialmente ignorato³⁴³. O meglio, il giudice dovrà dar conto di quanto suggerirebbero le linee guida, ma – ciò fatto – potrà seguire soluzioni del tutto diverse.

La pronuncia Booker può portare conseguenze significative sulla prassi giurisprudenziale, anche se, come si vedrà meglio fra breve, altre novità hanno dato una direzione ancor più marcatamente nuova alla *corporate criminal liability*, ed in ogni caso Booker è ancora troppo recente perché si possa

³⁴¹ United States v. Freddie J. Booker; United States v. Ducan Fanfan (No. 04-104), (No. 04-105), 543 U.S. 220 (2005). Si veda al riguardo V. FANCHIOTTI, U.S. v. Booker: verso lo smantellamento del sentencing system federale?, in *Dir. pen. proc.*, 2005, n. 7, p. 903. Alcune indagini sull'effetto della pronuncia Booker sulle FSG sono reperibili all'indirizzo <http://www.ussc.gov/bf.htm>.

³⁴² Si veda sul punto Leonard Orland, *The Transformation of Corporate Criminal Law*, 1 *Brook. J. Corp. Fin. & Com. L.* 45 (2006), in particolare p. 49 ss.

³⁴³ Sarebbe interessante comprendere se la possibilità che l'organo giudicante si discosti da quanto affermato dalle *guidelines*, sia in grado il comportamento delle società, quanto alla commissione dei reati e all'adozione di protocolli preventivi. Ma è senza dubbio passato troppo poco tempo dalle decisioni citate per poter verificare tale ipotesi.

verificare in concreto se un cambiamento della prassi decisionale si sia verificato realmente e se sì in quale grado.

2. 2 La nuova direzione della *corporate criminal liability* negli USA: i *deferred* ed i *non prosecution agreements*

Come poco fa accennato, la vera rivoluzione del sistema di *corporate criminal liability* non pare costituita tanto dalle ripercussioni della sentenza Booker sulle FSG *for Organizations*, quanto da un'altra tendenza in atto: da alcuni anni a questa parte, infatti, non si assiste quasi più alla celebrazione di processi penali contro gli enti, né alla pronuncia di sentenze sulla responsabilità degli stessi. Oggi la punizione delle *corporations* nelle quali siano avvenuti illeciti di rilevanza penale sembra accadere per lo più su di un piano diverso, un piano in cui la giustizia penale pare essere "negoziata". In questo sistema il ruolo più influente non è svolto dal giudice. L'organo che sembra avere in mano le sorti delle società e che sembra disporre di un potere pressoché assoluto è il *prosecutor*.

Occorre fare un breve passo indietro. Il caso Enron, com'è noto, ha decretato l'estinzione di una delle (ex) *Big Five* dell'*auditing*: Arthur Andersen è crollata sotto il peso del processo penale³⁴⁴. Ciò ha determinato la perdita del posto di lavoro per migliaia di dipendenti in tutto il mondo.

Si ricorderà che la società di revisione è stata in un primo tempo riconosciuta colpevole (e per un solo capo d'imputazione, relativo alla fattispecie di *obstruction of justice*), per poi vedere tale verdetto ribaltato dalla Corte Suprema. Ma non è stata la sentenza di primo grado a determinare il collasso della società. A ben vedere, questa si era già dissolta prima ancora che il processo vero e proprio incominciasse, seppellita dall'ombra scura delle indagini penali sulla propria reputazione. Compromessa così duramente e pubblicamente la propria credibilità, la società di revisione è crollata: quale cliente avrebbe ancora voluto il sigillo Arthur Andersen sui propri bilanci dopo aver saputo del coinvolgimento dell'*audit company* nel crack del colosso Enron

³⁴⁴ Arthur Andersen LLP v. United States, 125 S. Ct. 2129 (2005).

(e poco importa che non si conoscesse ancora in maniera provata come e in che grado)?

A detta di molti commentatori, il mero affacciarsi dello strumento penale ha causato il sacrificio di un numero eccessivo di “terzi innocenti”³⁴⁵. E’ di particolare interesse a questo proposito la lettura della missiva dell’avvocato di Arthur Andersen LLP, Richard J. Favretto, a Michael Chertoff, Assistant Attorney General dell’U.S. Department of Justice, alla vigilia dell’*indictment* della società di revisione, in particolare per i rilievi sulle possibili conseguenze di tale gesto su tutti gli *stakeholders*:

*“...We strongly believe that it would constitute an unprecedented exercise of prosecutorial discretion and a gross abuse of governmental power to bring a criminal proceeding against the firm in the circumstances of this case... The Department proposes an action that could destroy the firm, taking the livelihoods from thousand of innocent Andersen employees and retirees... The death of this 89 year-old firm would leave without their livelihoods many of the firm’s 28,000 partners and employees – more than 99% of whom had no involvement in the events at issue – as well as its thousands of retirees...”*³⁴⁶

Ciò ha indotto molti studiosi ad interrogarsi nuovamente sull’opportunità di tale strumento. Il cd. “Thompson Memorandum” contiene dei principi indirizzati ai procuratori federali per guidare le loro scelte circa l’assoggettamento a processo penale delle società (“*Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*”)³⁴⁷. Il documento prende il nome del suo autore, il Deputy Attorney General Larry D. Thompson, ed è stato pubblicato il 20 gennaio 2003. Esso indica nove fattori ai procuratori,

³⁴⁵ Alan C. Michaels, Fastow and Arthur Andersen: Some Reflections on Corporate Criminality, Victim Status, and Retribution, *1 Ohio St. J. Crim. L.* 551 (2004); John Hasnas, The Significant Meaninglessness of *Arthur Andersen LLP v. United States, 2004-2005 Cato Supreme Court Review* 187 (2005); Elizabeth K. Ainslie, Indicting Corporations Revisited: Lessons Of The Arthur Andersen Prosecution, *43 Am. Crim. L. Rev.* 107 (2006).

³⁴⁶ Lettera datata 13 marzo 2002 da “Richard J. Favretto to the Honorable Michael Chertoff, Assistant Attorney General regarding Arthur Andersen LLP”, in J.C. Coffee – J.S. Rakoff, *The black letter law of white collar crime, Obstruction of Justice*, Columbia University Law School, Spring, 2006.

³⁴⁷ Larry D. Thompson, Deputy Attorney General, *memorandum to Heads of Department Components United States Attorneys, Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, January 20, 2003, reperibile al seguente indirizzo: http://www.usdoj.gov/dag/cftf/corporate_guidelines.htm. Il Thompson Memorandum costituisce un aggiornamento del suo diretto antecedente, cd. Holder Memorandum. Per un commento si vedano Kathryn Keneally, *White Collar Crime: Corporate Compliance Programs: From The Sentencing Guidelines To The Thompson Memorandum -- And Back Again*, *28 Champion* 42 (2004); Carmen Couden, *The Thompson Memorandum: A Revised Solution or Just a Problem?*, *30 Iowa J. Corp. L.* 405 (2005).

considerando i quali questi dovrebbero decidere se portare avanti l'azione penale nei confronti delle società. Particolare enfasi è data alla cooperazione della società alle indagini, che dev'essere autentica ed effettiva. Molta importanza è data poi ai *compliance programs*. In particolare, è sottolineata la necessità di verificare che questi siano concretamente operativi³⁴⁸. La reale effettività dei protocolli è quindi rimarcata nel Memorandum, così come è valorizzata nella versione aggiornata delle *Federal Sentencing Guidelines for Organizations*.

Il Memorandum avrebbe dovuto dare ai *prosecutors* chiare direttrici sulla scelta se perseguire o meno le società. Esso ha invece consegnato alla pubblica accusa un potere formidabile. Oggi infatti nella maggioranza dei casi le società si accordano con il *prosecutor* per un *deferred prosecution agreement* o per un *non prosecution agreement*. Anziché affrontare un costoso e altamente rischioso processo penale, preferiscono negoziare con la pubblica accusa la propria sopravvivenza. Accettando le condizioni stabilite dal *prosecutor* quanto a *restitutions*, multe, interventi sulla *compliance* e altre ristrutturazioni organizzative, la società – se persegue correttamente tali propositi e non commette nuovamente illeciti – non conoscerà alcun *indictment*³⁴⁹.

L'*indictment* viene sostanzialmente “congelato”, per un periodo di tempo ad esempio di un anno, e il suo definitivo abbandono viene condizionato al rispetto dei requisiti imposti dal *prosecutor* e accettati dalla società³⁵⁰.

348 Si legge nel Memorandum: “*The critical factors in evaluating any program are whether the program is adequately designed for maximum effectiveness in preventing and detecting wrongdoing by employees and whether corporate management is enforcing the program or is tacitly encouraging or pressuring employees to engage in misconduct to achieve business objectives*”. Lo scopo è quello di determinare “*whether a corporation's compliance program is merely a 'paper program' or whether it was designed and implemented in an effective manner (...)* *The existence of a compliance program is not sufficient, in and of itself, to justify not charging a corporation for criminal conduct undertaken by its officers, directors, employees, or agents. Indeed, the commission of such crimes in the face of a compliance program may suggest that the corporate management is not adequately*”.

³⁴⁹ In senso decisamente critico su questi meccanismi si veda Russell Mokhiber, *Crime Without Conviction: The Rise Of Deferred And Non Prosecution Agreements*, A Report Released by Corporate Crime Reporter, Wednesday, December 28, 2005, National Press Club, Murrow Room, Washington, D.C. Cfr. anche sul tema Benjamin M. Greenblum, *What Happens To A Prosecution Deferred? Judicial Oversight Of Corporate Deferred Prosecution Agreements*, 105 *Colum. L. Rev.* 1863 (2005).

³⁵⁰ Il meccanismo ricorda in qualche modo la nostra sospensione condizionale della pena.

Alcuni fattori di questa impressionano in modo particolare l'interprete: l'ampia discrezionalità data ai *prosecutors*, in primo luogo. Il Memorandum non sembra invero dare direttrici chiare, e ciò ha fatto sì che si siano realizzati casi di vero e proprio abuso del proprio potere da parte della pubblica accusa, che non ha esitato, attraverso questo mezzo, ad intromettersi notevolmente nell'organizzazione di impresa e nella libertà di iniziativa economica privata, imponendo obblighi spesso del tutto slegati dagli illeciti che questa avrebbe commesso e scarsamente incisivi sull'ethos dell'impresa come sulle riparazioni della condotta illecita. A titolo esemplificativo, si ricorda il noto caso in cui è stato imposto, tra l'altro, alla società Bristol-Myers Squibb Co., di istituire e finanziare una cattedra di *Business Ethics* nell'università presso la quale il procuratore si era laureato³⁵¹.

Stupisce poi il timore di affrontare il processo penale, che sembra pervadere le società, timore che in alcuni casi sembra averle portate a rinunciare ad esercitare compiutamente il proprio diritto di difesa, riconoscendo subito la propria responsabilità anche in casi dubbi, pur di non rischiare le conseguenze gravose di un processo, le possibili sanzioni e particolarmente la pubblicità negativa.

Ancora, colpisce la corsa delle società a collaborare alle indagini con il Governo, a rinunciare all'*attorney-client privilege*, ad espellere prontamente gli individui colpevoli, ma a riprendere poi in alcuni casi le condotte illecite pochi anni dopo la conclusione dell'agreement (Arthur Andersen stessa aveva beneficiato nel 1996 di un *deferred prosecution agreement*, ma non sembra certo che questo avesse segnato una svolta nell'etica dell'impresa).

Sembra inoltre che la strategia di Andersen di dichiararsi innocente e difendersi strenuamente, di mobilitare i propri impiegati per azioni di protesta nei confronti del Governo, sia stata penalizzata, mentre invece l'atteggiamento arrendevole, pronto al *mea culpa* e alla collaborazione alle indagini di KPMG nei casi di *tax shelters* sia stato ben ripagato.

Attraverso questo sistema si svolge in alcuni casi una sorta di missione salvifica nei confronti delle imprese, per evitare certo un effetto *overspill*

³⁵¹ Il caso è riportato e criticato da John C. Coffee, Jr., *Deferred prosecution: Has it gone too far?*, *The National Law Journal*, July 25, 2005.

particolarmente forte (soprattutto in certi casi, in cui l'operato di pochi finirebbe per colpire davvero molti lavoratori e risparmiatori "innocenti"), ma in una direzione che sembra andare contro le regole del mercato così come visto da importanti economisti.

Secondo le critiche più aspre lo strumento, del *deferred prosecution agreement* veicolerebbe una sorta di messaggio di impunità alle società, e costituirebbe in ogni caso un privilegio nei confronti invece delle sorti processuali che solitamente seguono gli individui responsabili degli stessi crimini. Ancora secondo i critici è uno strumento che attua un'ulteriore disparità di trattamento a sfavore delle imprese più piccole. Di fronte a società di dimensioni ridotte e meno rilevanti sul piano economico e occupazionale i *prosecutor* avvertirebbero meno scrupoli a processare ed eventualmente condannare.

Ci si può chiedere, a questo proposito, se la pressione al salvataggio di imprese importanti per l'economia sia altrettanto sentito nel nostro paese. A questo riguardo si può pensare alle ipotesi di commissariamento giudiziale ex d. lgs. 231/2001 nel caso di possibili ripercussioni eccessivamente gravi sull'occupazione, per via della grandezza e della collocazione nel territorio della società (ma al di fuori del diritto sanzionatorio preoccupazioni paternalistiche da parte dello Stato sono ben chiare in tutte le leggi in materia concorsuale redatte palesemente *ad hoc*, per venire cioè incontro alla crisi ora di questa ora di quella impresa). L'ipotesi del commissario giudiziale ricorda da vicino inoltre la possibilità per il *prosecutor* di assumere, per le società che entrano negli *agreements* di cui s'è detto, un *judicial monitor*, dotato del potere di intervenire sulla *governance* dell'impresa e di seguire l'adozione di *compliance programs*.

Stupisce che si possa configurare una sorta di *probation*, affidando però il compito di delineare il meccanismo e di deciderne le sorti ad un *prosecutor*.

L'effetto deterrente della *corporate criminal liability* sembra affievolito dall'uso sempre più frequente di questo meccanismo, che risulta utile al Governo perché assicura una pronta ed efficace collaborazione alle indagini, ingenti e rapidi risarcimenti, e – quanto meno nei casi in cui i *prosecutors* mettono mano alla struttura organizzativa della società – un mezzo per

perseguire obiettivi regolatori eterogenei rispetto alla mera punizione e rieducazione. Il diritto penale sembra essere utilizzato qui per perseguire gli obiettivi di politica del diritto più disparati.

La discrezionalità dilagante che consegue all'uso di *Deferred Prosecution Agreements* e *Non Prosecution Agreements* comporta, ad avviso di chi scrive, un serio rischio di un'intrusione eccessiva da parte dell'accusa nella struttura gerarchica e organizzativa di un'impresa e, quindi, nella sua libertà di iniziativa economica. Le società strozzate dal timore di un'uscita dal mercato per via delle conseguenze di un processo penale preferiscono accettare ogni richiesta da parte dei *prosecutor*. Si può riportare a proposito un caso ipotizzato da Coffee: si immagina che un *prosecutor* impieghi il proprio potere in modo abnorme similmente al caso poc'anzi citato, e imponga diverse condizioni ad un'impresa per entrare in un *agreement*. Questa, pur di evitare l'*indictment*, accetta. Immaginiamo che tra i requisiti ideati dal *prosecutor* ci sia l'obbligo della società di inserire nel proprio *board* una componente almeno di una certa percentuale di *minorities*. Ora è evidente che non c'è nulla di male nel fatto che il *board of directors* di una società sia composito e ospiti una pluralità di gruppi etnici, religiosi ecc. Ma, a ben vedere, simile imposizione sarebbe slegata dall'illecito perseguito e soprattutto andrebbe contro l'interesse sociale, non rispetterebbe cioè la volontà degli azionisti, che vogliono scegliere il meglio indipendentemente da razza, orientamento sessuale o religioso.

Ci si può interrogare se un simile accadimento sia possibile anche in Italia. In effetti un certo rischio che, pur di evitare l'applicazione di sanzioni interdittive, una società accetti di costruire il proprio modello organizzativo nel modo auspicato dall'accusa sembra ipotizzabile. Tuttavia il grado di discrezionalità della pubblica accusa negli Stati Uniti sembra incomparabilmente più alto che in Italia.

Anche il ruolo dei *compliance programs* sembra aver subito notevoli modifiche a seguito dell'uso invalso negli USA di sospendere il processo penale. Infatti oggi i *compliance programs* sembrano avere il compito in primo luogo di influenzare il *prosecutor* nella scelta circa l'eventuale *indictment* della società. Lo scopo dell'azione dei programmi è convincere la pubblica accusa a

non perseguire la società. Dunque il ruolo viene esercitato non più tanto nel corso del procedimento penale e in particolare nella fase di commisurazione della sanzione, quanto invece prima ancora che il processo stesso abbia inizio.

Le statistiche disponibili sulle *convictions* evidenziano che pochissime società condannate erano dotate di *compliance programs*³⁵². I dati pubblicati dalla *US Sentencing Commission* sugli *Organizational Defendants* nella seconda metà degli anni '90 indicano che, nella maggioranza delle annualità considerate, nessuna delle società condannate possedeva un *compliance program* (così nel 1995, 1996, 1998. Nel 1997 e nel 1999 soltanto una società lo aveva in dotazione, infine nel 2000 se nessuna società aveva un *effective compliance program*, circa il 90% non aveva alcun modello organizzativo e – dato molto interessante – il 10% circa aveva un modello organizzativo che tuttavia non era effettivo. La situazione sembra davvero sconcertante. Alcuni studiosi hanno criticato la significatività dei rilievi pubblicati dalla *US Sentencing Commission*, sottolineando che le informazioni sarebbero incomplete sotto diversi aspetti³⁵³. Tralasciando queste critiche, questo insieme di dati potrebbe invero prestarsi a diverse letture. Potrebbe implicare che le società dotate di buoni programmi non sono state processate o non sono state condannate, o che i *compliance programs* sono stati davvero efficaci nel prevenire la commissione degli illeciti. Ciò che inequivocabilmente si evince dai dati empirici è che le società condannate sono tutte di piccole dimensioni. Si tratta di società che all'evidenza decidono di non investire nella *compliance*, non adottano alcun modello di prevenzione degli illeciti e preferiscono invece correre il rischio di un'eventuale indagine penale.

Secondo Jennifer Arlen in realtà la valenza dei *compliance programs* oggi sarebbe ancor più ridotta: quello che convince un *prosecutor* ad evitare l'*indictment* non è tanto il *compliance program*, quanto la dimostrazione di una collaborazione con il *Department of Justice*, la disponibilità ad un *reporting* pronto e completo, più ancora che la presenza di una struttura societaria

³⁵² Le statistiche pubblicate dalla U.S. Sentencing Commission sono reperibili all'indirizzo <http://www.ussc.gov/linktojp.htm>.

³⁵³ Ci si riferisce al lavoro di Cindy R. Alexander, Jennifer Arlen, Mark A. Cohen, *Evaluating Trends in Corporate Sentencing: How Reliable are the U.S. Sentencing Commission's Data?*, *13 Fed. Sent. R. 108* (2000).

improntata alla *compliance*³⁵⁴. Se il *compliance program* manca, il *prosecutor* potrà sempre renderlo oggetto di una delle condizioni per entrare in un *deferred* o in un *non prosecution agreement*. Ciò che serve davvero al *prosecutor* è l'informazione che la società può dare. Negli USA oggi dunque, secondo Arlen, ciò che viene premiato è l'autodenuncia e la collaborazione con le autorità.³⁵⁵

In Italia questo profilo non sembra invece accentuato allo stesso modo. Inoltre l'efficacia di un *compliance program* negli Stati Uniti è molto più limitata se comparata a quella del modello di organizzazione italiano. Basti pensare che è sufficiente il coinvolgimento di un soggetto apicale perché la diminuzione di 3 punti nel *culpability score*, che può conseguire dai programmi, venga automaticamente negata. Ed inoltre la presenza di un buon programma non è comunque in grado di portare tale coefficiente a zero. Ancora, in Italia le sanzioni interdittive sono così gravose da fornire un incentivo molto più grosso alle società a dotarsi di un *compliance program*.

Ulteriori implicazioni della diffusione dei *deferred prosecution agreement*, secondo una tesi, sono rappresentate da un cambio di strategia dei legali³⁵⁶. Se in passato la *corporate criminal liability* poteva essere vista negli USA come un mezzo per punire la società e salvare i manager, oggi la situazione sembra rovesciata. Oggi sembra preferibile sacrificare i *senior executives* per salvare la *corporation*. Sembra che le società "scarichino" immediatamente i dirigenti più anziani addossando loro ogni responsabilità per cercare di riconquistare credibilità - anche agli occhi del *prosecutor* che deve decidere se procedere - sotto un nuovo management.

³⁵⁴ Così si è espressa l'Autrice nel corso dell'incontro avuto nel giugno 2006 presso la New York University Law School.

³⁵⁵ In effetti si può notare come nelle statistiche pubblicate dalla *U.S. Sentencing Commission* sopra citate, la maggioranza delle *corporations* considerate nelle annualità dal 1996 al 2000 avesse collaborato alle indagini. Un buon numero di società aveva ammesso la propria responsabilità, mentre alcune avevano denunciato esse stesse la commissione degli illeciti alle autorità.

³⁵⁶ Leonard Orland, *The Transformation of Corporate Criminal Law*, 1 *Brook. J. Corp. Fin. & Com. L.* 45 (2006).

3. La responsabilità degli enti nei gruppi

3.1 *Agency theory*

Giungendo al tema che più interessa, come la responsabilità penale degli enti si articola nei gruppi di società negli USA, occorre dire subito come, se in Italia la questione è a dir poco problematica, oltreoceano essa viene risolta senza dare luogo allo stesso grado di complessità.

Diverse sono le teorie sulle quali basare il meccanismo di circolazione della responsabilità penale nei gruppi, e in particolare la responsabilità della società controllante per quanto accada nella controllata.

Due sembrano le strategie principali: pur nella scarsità di precedenti giurisprudenziali, si ricorre generalmente ad un'estensione dell'*agency theory* oppure alla *unitary enterprise theory* (o anche ad una commistione delle due)³⁵⁷.

Innanzitutto si può fare ricorso agli *agency principles* del *common law*. Si potrà verificare il caso, cioè, in cui la controllata abbia agito per conto della controllante e con la propria condotta abbia cercato di impegnare questa e non se stessa³⁵⁸. La *subsidiary* viene così considerata - a certe condizioni - come *agent* della *parent company*. Questo sembra avvenire specialmente quando le controllate appaiano sostanzialmente come divisioni della madre³⁵⁹. La loro esistenza in questi casi, come ad esempio nella nota pronuncia Johns-Manville Corp., è ritenuta pura forma, poiché in realtà tutte le società agiscono assieme come un'unica impresa, così che i soggetti subordinati della figlia sono *sub-agents* della madre³⁶⁰.

Ancora, ciò può accadere nel caso in cui la madre “*wholly owes and finances the subsidiary, there's between them an interpenetration of corporate officers and a dependency of business activity*”, come nel caso Commonwealth

³⁵⁷ Cfr. K.F. BRICKEY, *Corporate Criminal Liability: A Treatise on the Criminal Liability of Corporations, their officers and agents*, 1984, p. 105.

³⁵⁸ Cfr. Phillip I. Blumberg, *The Law of Corporate Groups – Problems of Parent and Subsidiary Corporation Under Statutory Law of General Application*, 1989, § 30.04, p. 966.

³⁵⁹ Per un caso in cui la società è stata riconosciuta responsabile per quanto accaduto in una sua divisione cfr. *United States v. Wilshire Oil Co. of Texas, Defendant-Appellant*; United States Court of Appeals for the Tenth Circuit; 427 F.2d 969 (1970).

³⁶⁰ *United States of America v. Johns-Manville Corporation, Keasbey & Mattison Company, Robert F. Orth, Louis F. Frazza, Robert R. Porter, Norman L. Barr, and James R. Reichel*; United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania; 231 F. Supp. 690 (1963).

v. *Beneficial Finance Company*, del 1971³⁶¹. La sentenza in questione sembra utilizzare sia l'*agency theory* che la *unitary enterprise theory* (su quest'ultima si veda il paragrafo successivo). Nel caso sottoposto all'esame della Supreme Court of Massachusetts, vi era un *pervasive control*, un utilizzo sistematico della controllata da parte della controllante, al solo fine di conseguire i propri scopi³⁶². Era necessario, secondo la Corte, *looking through the structure to the parent*. La *ratio* di questa ricerca è proteggere il pubblico, prevenire una frode o realizzare altri essenziali fini di giustizia ("*to protect the public, prevent a fraud or to accomplish some other essential justice*").

Quando i rapporti tra controllata e controllante sono particolarmente stretti, dunque, si può rinvenire tra le due una *agency relationship*.

Un'altra applicazione dei principi del rapporto di agenzia è stata effettuata in occasione del noto caso del riversamento di petrolio in Alaska da parte della petroliera Exxon Valdez. La Exxon Corporation, controllante al 100% della Exxon Shipping Company, è stata riconosciuta penalmente responsabile per la condotta della propria *subsidiary*³⁶³. Nel marzo 1989 la petroliera aveva disperso nelle coste dell'Alaska 11 milioni di galloni di greggio. La Giuria aveva messo sotto accusa sia la controllata che la controllante per la violazione di una serie di atti normativi, dal Clean Water Act al Waterways Safety Act. L'*indictment*, nel sostenere che la controllante Exxon Corporation (d'ora in poi Exxon) doveva ritenersi responsabile per la condotta della propria controllata, Exxon Shipping (d'ora in poi E. Shipping) per la quale operava la petroliera citata, ha indicato una serie di fattori che insieme considerati testimoniavano come Exxon esercitasse un controllo assoluto dell'attività della propria controllata. Anzitutto Exxon era il solo azionista di E. Shipping, la quale aveva un amministratore unico tenuto a riferire a Exxon USA, una divisione di Exxon. Exxon o le sue affiliate erano poi la fonte di ogni asset iniziale, del capitale

³⁶¹ Commonwealth v. *Beneficial Finance Company & others*, Supreme Judicial Court of Massachusetts, 360 Mass. 188 (1971).

³⁶² La Corte vede "*Beneficial System as a unitary centrally controlled whole*".

³⁶³ Sul caso Exxon e per una sintesi delle principali teorie sulla responsabilità penale nei gruppi cfr. Roberto Iraola, *Criminal liability of a Parent Company for the Conduct of Its Subsidiary: The Spillover of the Exxon Valdez*, 31 *Criminal Law Bulletin* 3 (1995). Si veda tuttavia anche l'opinione del giudice Richard A. Posner, nel caso *United States v. MYR Group Inc.*, 7th Cir., No. 03-3250, 3/16/04.

nonché di tutto il personale di E. Shipping. Quest'ultima si occupava per conto di Exxon di petroliere, e tra queste anche di Exxon Valdez, responsabile del riversamento di petrolio nel caso di specie. Il debito contratto da E. Shipping per la costruzione della petroliera in questione era stato garantito da Exxon. Inoltre la sede di E. Shipping era nello stessa città, nello stesso edificio e nello stesso ufficio che ospitava Exxon USA, la quale forniva a E. Shipping tutta la struttura informatica, medica, amministrativa e legale. La controllante predisponeva per E. Shipping delle linee di condotta da seguire in relazione a spese, personale, salari, ecc. Tutti i principali investimenti di E. Shipping erano infine sottoposti all'approvazione di Exxon.

Exxon aveva tentato di sottolineare a sua difesa come ogni norma di legge, ogni statuto societario non consentisse di affermare che in un rapporto di controllo la società madre potesse controllare in dettaglio la condotta della figlia come in una classica relazione *master-servant*, sostenendo che un'estensione del principio *respondeat superior*, di cui al fondamentale precedente New York Central & Hudson River, non poteva quindi operare. La *district court* negò ogni valore a queste argomentazioni di Exxon, sostenendo che la *subsidiary* può essere agente della *parent company* agli scopi del diritto penale, portando a sostegno della propria tesi la pronuncia United States v. Hilton³⁶⁴, in cui era stata applicata la *vicarious liability* ad una società per gli atti dei suoi dipendenti. Come nel caso Hilton erano stati interessi di preminente rilievo pubblicistico (la sentenza verteva in tema di concorrenza e Sherman Act) a giustificare l'interpretazione della corte, allo stesso modo nel caso di specie vi erano primari interessi di tipo ambientale da tutelare, sì che Exxon poteva certamente essere ritenuta penalmente responsabile per gli atti del proprio agente, la controllante E. Shipping³⁶⁵.

³⁶⁴ La sentenza è citata alla nota 165.

³⁶⁵ Rilevante fu ritenuto inoltre che Exxon Shipping aveva svolto dal 1982 tutta l'attività che precedentemente aveva svolto Marine Department, unità organizzativa di Exxon Corporation, e che se il disastro ambientale fosse accaduto prima di allora non ci sarebbe stato alcun ostacolo a ritenere responsabile Exxon. La circostanza che l'attività fosse ora esercitata da un'entità giuridica formalmente autonoma, non poteva essere ritenuto fattore determinante. Secondo la Corte, Exxon non poteva evitare la responsabilità "by artful drawing of purely formal internal corporate boundaries". Occorrerebbe poi verificare di volta in volta cosa il singolo statuto intenda per "persona" soggetta alle proprie previsioni, poiché potrebbe certo darsi il caso che le

Sembra dunque, in conclusione, che qualora la controllata operi come mero braccio operativo della controllante, in tutto e per tutto sottoposta ai suoi dettami, operi in ultima analisi come uno qualunque dei suoi rappresentanti in carne ed ossa, secondo una consueta relazione *principal - agent*. Da ciò può derivare la responsabilità penale sia della *parent company* che della sua *subsidiary*. Questo consente di ritenere penalmente responsabili entrambe, e di avere accesso dunque a due *deep pockets*³⁶⁶.

Una soluzione di questo tipo non sembra praticabile nel nostro Paese, a meno di forzature interpretative di dubbia compatibilità col principio di legalità di cui all'art. 2 d. lgs. 231/2001. Occorrerebbe infatti inquadrare la società sottoposta a direzione e coordinamento come soggetto in posizione subordinata della società che tale attività esercita, quando sembra invece che i soggetti sottoposti, il cui operare conduce all'applicazione dell'art. 7 del decreto, non possano essere altro che persone fisiche.

Non sembra nemmeno semplice, per gli stessi motivi legati ai ridotti margini di interpretazione lasciati dal decreto, vedere nella controllata una *division* della controllante, *division* che si potrebbe accostare all'unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale citata dalla normativa italiana. Ridurre un soggetto giuridico autonomo ad una semplice divisione di un altro ente sembra un'operazione molto discutibile, soprattutto se volta al fine di imporre una responsabilità affittiva come quella del d. lgs. 231/2001.

3. 2 Unitary enterprise theory ed altri spunti

In alternativa, come sostenuto anche da certa dottrina, si potrà far luogo alla già citata *unitary enterprise theory*, qualora *parent company* e *subsidiary* abbiano “*such intertwined management that they are treated as a unitary enterprise, making the parent liable for crimes by the subsidiary's employees as if they were employees of the parent*”³⁶⁷. Attraverso questa teoria, si rigetta la

suddivisioni di responsabilità concesse dal diritto civile mediante la creazione di entità societarie non valessero in certi specifici campi, soprattutto se per perseguire scopi federali rilevanti.

³⁶⁶ Così nota Stephen Raucher, Raising the Stakes for Environmental Polluters: The Exxon Valdez Prosecution, 19 Ecology L. Q. 147 (1992), in particolare cfr. p. 151.

³⁶⁷ Così Richard S. Gruner, Corporate Crime And Sentencing 2nd Ed., Business Laws, Inc. (1998).

visione convenzionale, per la quale ogni società facente parte di un gruppo costituisce un'entità giuridica separata, e si riconosce invece, qualora *parent* e *subsidiary* siano impegnate nell'azione comune di un'impresa integrata, che esiste un solo attore societario nella realtà economica e che *tutte* le componenti di un gruppo integrato devono di conseguenza essere ritenute responsabili³⁶⁸.

Con tale teoria si intende valorizzare l'importanza delle aspettative che le società hanno creato nel pubblico, presentandosi sostanzialmente come un'unica impresa. Inoltre, ha affermato la Corte del Massachusetts nel caso Commonwealth v. Beneficial Finance Company cui si è fatto cenno *supra*, gli scopi normativi verrebbero frustrati se si dovessero rispettare i normali confini societari. A coloro che violano la legge, non dovrebbe essere permesso di isolarsi dal processo penale facendosi scudo di entità strumentali create appositamente per nascondere i propri atti illeciti (*"those who violate the law should not be permitted to insulate themselves from criminal prosecution by shielding themselves behind instrumentalities which they promulgate to conceal their criminal acts"*).

Sembra in questi casi emergere una visione dei gruppi piuttosto negativa, che sottolinea l'effetto di oscuramento che deriva dalla struttura di gruppo³⁶⁹. Inoltre, nei precedenti citati, sia che si applichino gli *agency principles*, sia che si applichi la *unitary enterprise theory*, l'indagine circa la "colpevolezza" delle diverse entità sembra del tutto trascurata. I due casi citati – Commonwealth e Johns-Manville, forse i più importanti per quanto riguarda il problema dei gruppi – sono tuttavia risalenti nel tempo, e quindi non tengono in considerazione eventuali sforzi di contrasto e prevenzione del crimine da parte delle società. Sarebbe dunque interessante vedere come casi del genere sarebbero risolti oggi secondo il metodo delineato dalle *Federal Sentencing Guidelines*.

Ritenere che le società di un gruppo esercitino insieme un'unica impresa è possibile anche nel nostro Paese. Tuttavia, che ciò giustifichi una

³⁶⁸ Così P. I. Blumberg, *cit.*, p. 967.

³⁶⁹ Il pensiero, a questo proposito, non può che tornare a V. MILITELLO, *Attività del gruppo e comportamenti illeciti: il gruppo come fattore criminogeno*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, p. 367.

responsabilità “parapenale” di tutti le sue componenti sembra una conclusione non compatibile con i nostri principi, e con la rinnovata osservazione che continua a trattarsi di entità diverse sotto il profilo giuridico. Certo se la controllata fosse stata creata appositamente per realizzare gli scopi illeciti della controllante, la responsabilità da reato di quest’ultima per il comportamento illecito dei propri dipendenti non sarebbe in discussione, ed inoltre sarebbe del tutto probabile individuare un concorso con questi ultimi degli agenti della controllante.

Un’altra possibilità di accertamento di una responsabilità penale nei gruppi di società, cui occorre fare cenno, deriva dall’applicazione della cd. *intra-enterprise conspiracy doctrine*. Con particolare riguardo alle violazioni della normativa antitrust, si giustifica l’imposizione di responsabilità in imprese composte da più società (*multicorporate enterprises*) sostenendo che i rapporti tra le società *conspirators*, cioè tra gli agenti societari della *conspiracy*, sono quelli tra *parent* e *subsidiary*, o tra più società controllate dalla stessa controllante, o di organizzazioni societarie controllate dalla stessa persona o dallo stesso gruppo di individui³⁷⁰. Si ritiene in giurisprudenza che occorranza almeno due persone fisiche per poter rintracciare una *conspiracy* tra due società, e che quindi non sia possibile una *conspiracy* attraverso un singolo agente fisico³⁷¹. Tuttavia qualcuno ritiene che se il reo persona fisica sia agente sia della controllante che della controllata, non sia impossibile attribuire alle due società sia la condotta che l’elemento psicologico del medesimo individuo. Ogni società sarebbe infatti rappresentata dalla stessa persona, che agirebbe allo scopo di combinarle insieme per conseguire uno scopo comune³⁷². Si consideri inoltre che esistono casi in cui più società sono state condannate per *conspiracy* nonostante tutti gli agenti indagati siano stati invece assolti, sulla base della *collective knowledge doctrine* sopra citata, con una forzatura molto criticabile dell’accertamento della responsabilità, soprattutto sul piano dell’elemento soggettivo³⁷³.

³⁷⁰ Kathleen F. Brickey, *Conspiracy, Group Danger And The Corporate Defendant*, 52 *U. Cin. L. Rev.* 431 (1983).

³⁷¹ Cfr. *United States v. Santa Rita Store Co.*, 16 N.M. 3, 113 P. 620 (1911).

³⁷² Così K.F. Brickey, *ult. op. cit.*, p. 5.

³⁷³ Cfr. *United States v. General Motors Corp.*, 121 F.2d 376 (1941).

Si consideri, per quanto riguarda un'eventuale responsabilità non penale della capogruppo, che nel diritto civile si applica negli Stati Uniti la cd. *piercing the corporate veil doctrine*³⁷⁴, che prevede lo "squarciamento" del velo della persona giuridica nel caso in cui la società controllata sia dominata dalla controllante. L'influenza esercitata dev'essere tuttavia – perché i giudici decidano di rompere il velo – eccessiva, intrusiva e pervasiva, risultando in definitiva in un'onnipresenza della *parent company* sulla *subsidiary*. Occorre inoltre che il dominio sia stato utilizzato al fine di commettere l'illecito e che il dominio stesso sia stato causa del danno³⁷⁵. Queste precisazioni rendono la responsabilità civile della controllante, per quanto accaduto nella controllata priva di adeguati *compliance programs*, un'evenienza piuttosto rara, con l'eccezione forse di casi di applicazione delle rigide previsioni del *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act* e dell'*Occupational Safety and Health Act*³⁷⁶. In linea teorica non sembra impossibile ipotizzare un utilizzo della dottrina in oggetto anche ai fini della responsabilità penale. D'altra parte, l'esito cui si giunge attraverso la *unitary enterprise theory*, non sembra del tutto difforme dallo "squarciamento del velo" in discorso, e le argomentazioni giurisprudenziali che hanno giustificato l'applicazione delle due teorie hanno cadenze molto simili, la necessità di guardare oltre la formale struttura societaria sembra principio ricorrente in entrambe.

Un ultimo accenno va fatto alla possibilità di sanzionare la *parent company* per non aver vigilato sul rispetto della legge da parte della propria *subsidiary*. Un indice della percorribilità di questa diversa strada, sulla quale peraltro non constano precedenti giurisprudenziali, deriva dalla stessa pronuncia del caso Exxon già citata. In essa la Corte ha rilevato incidentalmente che la responsabilità di Exxon Corporation avrebbe potuto

³⁷⁴ Si veda il noto caso *United States v. Bestfoods, Et Al.*, Supreme Court of the United States, 524 U.S. 51; 118 S. Ct. 1876 (1998).

³⁷⁵ Cfr. William J. Rands, *Domination of a Subsidiary by a Parent*, 32 *Ind. L. Rev.* 421 (1999).

³⁷⁶ In questo senso J.M. Kaplan, *Compliance Programs for Subsidiaries: A Legal Analysis of Risk and Reward*, in *Ehikos*, 1999, November/December, p. 204. Cfr. Joshua Safran Reed, *CERCLA - Parent Liability: Reconciling Environmental Liability Standards after Iverson and Bestfoods*, 27 *Ecology L.Q.* 673 (2000); Andrew J. Natale, *Expansion of Parent Corporate Shareholder Liability through the Good Samaritan Doctrine -- A Parent Corporation's Duty to Provide a Safe Workplace for Employees of its Subsidiary*, 57 *U. Cin. L. Rev.* 717 (1988).

fondarsi anche sul *“failure to supervise the conduct of Exxon Shipping”*, attraverso un’estensione dei principi emersi dai casi *Dotterweich* e *Park*³⁷⁷. Queste sentenze, che riguardavano la responsabilità di persone fisiche, hanno affermato la possibilità di ritenere penalmente responsabile coloro i quali, responsabili di un particolare segmento del business societario, non avessero vigilato sul rispetto delle leggi, venendo meno quindi ad un dovere derivante da una peculiare relazione con una potenziale fonte di pericolo per il pubblico. Secondo questo spunto si potrebbe quindi verificare una responsabilità omissiva in capo alla controllante, qualora le si riconoscessero doveri di vigilanza sull’operato della controllata, alla luce di una sorta di posizione di garanzia in relazione a specifiche fonti di pericolo.

Infine, occorre fare un breve cenno alla responsabilità dei dirigenti della *parent company* per l’assenza dei *compliance programs* nelle società figlie. Sembra possibile ipotizzare un’interpretazione estensiva del parametro dettato dal celebre caso *Caremark* sopra citato. Si è detto che la sentenza ha inquadrato, ai fini della responsabilità civile dei manager, l’adozione dei modelli organizzativi nella società amministrata tra i doveri del buon amministratore. Questo dovere sembra suscettibile di un’estensione ai *compliance programs* delle controllate, qualora queste siano strettamente legate e sottoposte ai dettami della controllante. Qualora si verifichi un illecito nella *subsidiary*, questa sia priva di modelli organizzativi e la *parent company* eserciti un’influenza intrusiva sulle scelte, anche organizzative, della controllata, non sembra impossibile che le corti statunitensi ricorrano ad un’interpretazione lata del precedente *Caremark*.

4. Adozione ed attuazione dei *compliance programs* in un gruppo multinazionale: l’esempio di Altria

E’ interessante analizzare come concretamente i grandi gruppi americani operino nell’adottare i modelli organizzativi. Un esempio di come possa operare un grande gruppo multinazionale con riguardo a questo aspetto

³⁷⁷ *United States v. Dotterweich*, 320 U.S. 277 (1943); *United States v. Park*, 421 U.S. 658 (1975).

dell'organizzazione d'impresa è derivato a chi scrive dall'incontro con John Lenzi, Chief Compliance Officer del gruppo Altria³⁷⁸.

Altria è l'ente che controlla due colossi dell'industria del tabacco e dell'alimentazione, Philip Morris e Kraft, e ha sedi e stabilimenti disseminati in tutto il mondo. Deve quindi confrontarsi con non poche problematiche³⁷⁹. La struttura è imponente e poliedrica, le realtà geografiche (e dunque anche giuridiche e culturali) sono le più disparate, le mansioni e dunque le caratteristiche dei lavoratori spaziano per ogni livello. Ideare una strategia di *compliance* era quindi una prova particolarmente difficile.

Il dilemma di base - quanto imporre come capogruppo e quanto lasciare invece libere le controllate - era già di non poco momento. Era poi particolarmente complesso avere a che fare con una miriade di legislazioni diverse.

Alcuni anni fa la strategia seguita dal gruppo era grossolana ed inefficace: consisteva in un unico codice etico, che veniva distribuito ad ogni lavoratore, non importa dove e con quali mansioni questi operasse, nella medesima formulazione. Ognuno doveva poi firmare un documento in cui affermava di aver letto, compreso e aderito ad ogni previsione.

L'approccio attuale è radicalmente diverso e, a giudizio di chi scrive, piuttosto valido. Esistono delle linee guida redatte da Altria, un contenuto minimo ed inderogabile di disposizioni che devono essere applicate e riprese ovunque. Accanto a questo nucleo condiviso, ogni società redige il proprio programma di *compliance* ed *integrity*, ma ogni responsabile del programma della singola società si confronta ciclicamente con i suoi pari, gli altri *compliance officers*, ed in particolare col responsabile di vertice in Altria.

Ogni società del gruppo è responsabile per lo sviluppo di un piano annuale di *Compliance and Integrity*. Questi piani devono includere un sistematico *risk assessment* dei potenziali rischi di tipo legale ed anche reputazionale con i quali la società deve confrontarsi. Il *chief compliance officer* di Altria rivede ognuno di questi piani e analisi di rischio e fornisce un supporto

³⁷⁸ Sulle scelte di Altria si veda A.W. Singer, *Packaging An Ethics Code: Altria Learns That One Size Doesn't Fit All*, in *Ethikos*, 2005, January/February, p. 4.

³⁷⁹ Per informazioni sul gruppo si può consultare il sito www.altria.com.

di controllo, di guida, e può raccomandare specifiche azioni al fine di consentire alle singole società di rispettare gli standard imposti dalla capogruppo. Ciò consente da un lato di avere un livello di impegno per l'etica uniforme in tutto il gruppo, dall'altro di tenere conto delle specifiche caratteristiche aziendali e di rischio delle singole componenti del gruppo.

Ogni lavoratore riceve un documento conforme alle proprie caratteristiche: un breve *dépliant* per gli operai delle catene di montaggio, una pubblicazione ponderosa ed articolata per i manager. Ciascuno sa che tutti sono impegnati in uno sforzo comune di integrità, e che proporzionalmente al crescere della scala gerarchica, cresce anche il volume delle disposizioni da seguire e dunque anche la responsabilità (ciò contrariamente alla concezione prima diffusa, secondo quanto emerso da un sondaggio interno, per la quale le sfere alte sarebbero state caratterizzate da una sostanziale impunità e da trattamenti di favore). Ognuno è conscio, inoltre, di avere l'obbligo di riportare eventuali illeciti e che vige nel gruppo una protezione forte per i *whistleblowers*, eventuali ritorsioni contro costoro non verrebbero tollerate; ognuno riceve infine un *training* mirato.

Si rispettano così le peculiarità di ciascuno, e si rende allo stesso tempo credibile lo sforzo di legalità e diffusa la percezione dell'importanza dell'etica nell'impresa.

Bibliografia

- AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti, D. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2002
- AA. V., *La responsabilità dell'impresa. Convegno per i trent'anni di Giurisprudenza Commerciale*, Milano, 2006
- AA. VV., *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse*, in *Cass. Pen.*, 2003, supplemento al n. 6
- AA. VV., *L'ultima sfida della politica criminale: la responsabilità (penale?) degli enti collettivi*, in *Leg. Pen.*, 2003, n. 2, p. 349
- AA. VV., *Responsabilità di amministratori e sindaci*, tavola rotonda, in *Le società*, 1993, n. 5, p. 589
- ACCINNI G., *Profili penali del conflitto d'interessi nei gruppi di società*, in *Riv. soc.*, 1991, p. 1010
- ACCINNI G.P., *La responsabilità penale degli amministratori nel gruppo di società*, in *Le società*, 1992, p. 1633
- ACQUAROLI R., *Alcune osservazioni sul reato di infedeltà patrimoniale alla luce del nuovo diritto societario*, in PIERGALLINI C. (a cura di), *La riforma dei reati societari, Atti del seminario. Macerata, 21 marzo 2003*, Milano, 2004, p. 165
- ABATE F. – DIMUNDO A. – LAMBERTINI L. – PANZANI L. – PATTI A., *Gruppi, trasformazione, fusione e scissione, scioglimento e liquidazione, società estere (art. 2484-2510 c.c.)*, Milano, 2003
- ABRIANI N. – MONTALENTI P. – MUCCIARELLI F. – ROSSI S. – SACCHI R., *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, in *Giur. Comm.*, 2002, I, p. 613
- AGNINO F., *La sfuggente individuazione del delitto di agiotaggio* (Nota a Trib. Milano, 26 febbraio 2007), in *Corr. merito*, 2007, p. 924
- ALBEGGIANI F., *I reati di agevolazione colposa*, Milano, 1984
- ALBERTI G.B., *Fondamenti aziendalistici della responsabilità degli enti ai sensi del D. Lgs. n. 231 del 2001*, in *Le società*, 2002, n. 5, p. 539
- ALESSANDRI A., *Reati d'impresa e modelli sanzionatori*, Milano, 1984
- ALESSANDRI A., *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. III, Torino, 1989, p. 52
- ALESSANDRI A., *Commento all'art. 27 comma I Cost.*, in BRANCA-PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1991
- ALESSANDRI A., *Impresa (responsabilità penali)* in *Dig. Pen.*, VI, 1992, p. 199
- ALESSANDRI A., *I reati societari: prospettive di rafforzamento e di riformulazione della tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 483
- ALESSANDRI A., *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, p. 33
- ALESSANDRI A., *Corporate Governance nelle società quotate riflessi penalistici e nuovi reati societari*, in *Giur. Comm.*, 2002, I, p. 521

- ALESSANDRI A. (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società. D.lgs. 11 aprile 2002 n. 61*, Milano, 2002
- ALESSANDRI A., *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005 n. 2, p. 534
- ALESSANDRI A., *Criminalità economica e confisca del profitto*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di DOLCINI E. – PALIERO C.E., III, Milano, 2006, p. 2103
- AMARELLI G., *Mito giuridico ed evoluzione della realtà: il crollo del principio societas delinquere non potest*, in *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, 2003, p. 941
- AMARELLI G., *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, n. 1, p. 151
- AMATO G., *Con l'eliminazione della situazione di rischio le misure cautelari diventano superflue*, in *Guida al dir.*, 2003, n. 31, p. 71
- AMATO G., *Finalità, applicazione e prospettive della responsabilità amministrativa degli enti*, in *Cass. pen.*, 2007, 140
- AMODIO E., *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. Pen.*, 2005, 144.1, p. 320
- ANDO' B., *Sull'esercizio dell'azione civile in sede penale nei confronti di enti collettivi chiamati a rispondere quali responsabili amministrativi* (Nota a Trib. Milano, 19 dicembre 2005), in *Giust. Pen.*, 2006, fasc. 2 p. 119
- ANGELICI C., *Il "governo" dei gruppi*, in *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2003, p. 135
- ASSONIME, *La responsabilità delle persone giuridiche per illeciti di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazioni del mercato*, in *Riv. Soc.*, 2006, fasc. 5, p. 1150
- ASTROLOGO A., *"Interesse" e "vantaggio" quali criteri di attribuzione della responsabilità all'ente nel D. Lgs. 231/2001*, in *Ind. Pen.*, 2003, n. 2, p. 649
- ASTROLOGO A., *Concorso di persone e responsabilità della persona giuridica*, in *Ind. Pen.*, 2005, n. 3, p. 1003
- Atti del convegno Paradigma su *"Falso in bilancio, reati societari, responsabilità penale delle società alla luce delle nuove regole di governance"*, Milano, 24-25 marzo 2003
- BALDUCCI P., *Misure cautelari interdittive e strumenti riparatorio-premiali nel nuovo sistema di responsabilità "amministrativa" a carico degli enti collettivi*, in *Ind. Pen.*, 2002, n. 2, p. 571
- BANA A., *Linee guida sull'adozione del modello di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del D. L.vo n. 231/2001*, in *Riv. Pen.*, 2008, p. 15
- BARBUTO G., *La responsabilità amministrativa della società per i reati commessi a suo vantaggio*, *Impresa c.i.*, 2001, p. 930
- BARIATTI S., *L'applicazione del d.leg. n. 231 del 2001 a società estere operanti in Italia: il caso degli istituti di credito e degli intermediari finanziari* (Nota a G.i.p. T. Milano, 27 aprile 2004, Siemens A G e T. Milano, 28 ottobre 2004, Siemens A G), in *Dir. comm. internaz.*, 2006, p. 819

- BARTOLOMUCCI S., *Riflessioni in tema di adozione degli strumenti di prevenzione dei reati d'impresa con finalità esimente*, in *Le società*, 2003, n. 6, p. 813
- BARTOLOMUCCI S., *Corporate governance e responsabilità delle persone giuridiche. Modelli preventivi a efficacia esimente ex d. lgs. n. 231/2001*, Ipsoa, 2004
- BARTOLOMUCCI S., *Responsabilità delle persone giuridiche ex D. Lgs. n. 231/2001: notazioni critiche*, in *Le società*, 2005, n. 5, p. 657
- BARTOLOMUCCI S., *Esigenze cautelari ex D. Lgs. n. 231/2001: nomina e ruolo del commissario giudiziale*, in *Le società*, 2006, n. 3, p. 370
- BARTOLOMUCCI S., *Reato dell'amministratore e parametro oggettivo di imputazione della persona giuridica*, in *Le società*, 2006, n. 6, p. 759
- BARTOLOMUCCI S., *"Reato transnazionale": ultima (opinabile) novellazione al D. Lgs. n. 231/2001*, in *Le società*, n. 9, p. 1163
- BASSI A. – EPIDENDIO T., *Enti e responsabilità da reato Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano, 2006
- BELLI M., *Bancarotta fraudolenta ed operazioni infragruppo: prime riflessioni alla luce dei dd. lgs. n. 61 del 2002 e n. 6 del 2003*, in PIERGALLINI C. (a cura di), *La riforma dei reati societari, Atti del seminario. Macerata, 21 marzo 2003*, Milano, 2004, p. 197
- BELLINA M., *Infortunio sul lavoro: responsabilità «da reato» della persona giuridica*, in *Dir. e pratica lav.*, 2007, p. 2538
- BENUSSI C., *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale nei gruppi di società: limite scriminante o «esegetico»?*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di DOLCINI E. e PALIERO C.E., III, Milano, 2006, p. 2157
- BERSANI G., *La responsabilità degli enti per la commissione di reati da parte dei dirigenti e dei sottoposti ai sensi del d. lg. n. 231 del 2001*, in *Impresa*, 2003, n.7-8, p. 1146
- BERTEL C., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, p. 59
- BERTOLINI N., *Brevi note sulla responsabilità da reato degli enti e delle persone giuridiche negli Stati Uniti: in particolare, le Federal Sentencing Guidelines*, in *Foro ambrosiano*, 2003, p. 527
- BONANNO A.M., *Protocolli, linee guida e colpa specifica*, in *Ind. Pen.*, 2006, n. 1, p. 441
- BONELLI F., *Disciplina dei flussi informativi infragruppo nelle società quotate*, in *Giur. Comm.*, 2002, p. 681
- BONTEMPELLI M., *Il processo alle società*, in *Foro ambrosiano*, 2003, p. 433
- BRICCHETTI R., *Società al debutto nel registro degli indagati*, in *Guida al dir.*, 2001, n. 26, p. 99
- BRICKEY K.F., *Corporate and White Collar Crime: Cases and Materials*, Washington, 2002
- BRICOLA F., *Pene pecuniarie, pene fisse e finalità rieducativa*, in *AA. VV., Problemi della rieducazione del condannato in Atti del II convegno di diritto penale*, 1964, p. 207

- BRICOLA F., *Il costo del principio «societas delinquere non potest» nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, p. 951, ora in *Scritti di diritto penale*, vol. II, tomo II, Milano, 1997, p. 2975
- BRICOLA F., *Luci e ombre nella prospettiva di una responsabilità penale degli enti (nei paesi della C.E.E.)*, in *Giur. Comm.*, 1979, I, p. 647, ora in *Scritti di diritto penale*, vol. II, tomo II, Milano, 1997, p. 3063
- BRICOLA F., *Responsabilità penale per il tipo e per il modo di produzione*, in *Quest. Crim.*, 1978, p. 101, ora in *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo II, Milano, 1997, p. 1231
- BRICOLA F., *Il problema della responsabilità penale della società commerciale nel diritto italiano*, in *La responsabilità delle persone giuridiche*, Atti del Convegno, Messina, 1979, p. 235, ora in *Scritti di diritto penale*, vol. II, tomo II, Milano, 1997, p. 3089
- BUONOCORE V., *Etica degli affari e impresa etica*, in *Giur. Comm.*, 2004, pt. 1, p. 181
- BUONOCORE V., *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. Comm.*, 2006, I, p. 5
- BUSSOLETTI M., *Procedimento sanzionatorio e "vicende modificative dell'ente" nella legge sulla responsabilità amministrativa degli enti collettivi. Relazione al Convegno "Responsabilità delle persone giuridiche", Roma 3 luglio 2001*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obblig.*, 2003, fasc. 1-4, pt. 1, p. 133
- BUSSON E., *La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni (II). Responsabilità patrimoniale e vicende modificative dell'ente, Commento a d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, fasc. 12, p. 1471
- CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*, Torino, 2004
- CAPECCHI G., *Le sentencing guidelines for organizations e i profili di responsabilità delle imprese nell'esperienza statunitense*, in *Dir. Comm. Int.*, 1998, p. 465
- CAPECCHI G., *Funzione rieducatrice della pena e responsabilità amministrative delle persone giuridiche*, in *Dir. comm. int.*, 2003, n.1, p. 195
- CAPPITELLI R., *La responsabilità penale delle persone giuridiche, cronaca di una morte annunciata*, in *Critica penale*, 2001, fascicolo III-IV, p. 239
- CARACCIOLI I., *Sanzioni amministrative alle persone giuridiche e reati tributari*, in *il fisco*, 2001, n. 21, p. 7582
- CARANO C., *Responsabilità per direzione e coordinamento di società*, in *Rivista di diritto civile*, 2004, fasc. 3, pt. 1, p. 429
- CARBONE V., *La nuova disciplina della responsabilità amministrativa delle società*, in *Danno e responsabilità*, 2002, n. 3, p. 237
- CARCANO G. – BALZARINI P. – MUCCIARELLI F. (a cura di), *I gruppi di società, Convegno internazionale di studi di Venezia*, Milano, 1996

- CARIELLO V., *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 1229
- CARIELLO V., *Primi appunti sulla c.d. responsabilità da attività da direzione e coordinamento di società*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, p. 331
- CARLETTI E., *La responsabilità penale nel gruppo di società: il caso della ICMESA di Seveso*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1984, IV, p. 3
- CARLETTI E., *Politica d'impresa, sicurezza del lavoro e responsabilità penale: l'ipotesi di gruppo di società*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1985, IV, p. 131
- CARMONA A., *La responsabilità degli enti: alcune note sui reati presupposto*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, p. 995
- CASTALDO A. – NIZI G., *Corporate liability and deterrence: a look into Italian recent reforms*, Siena Memos and Papers on Law and Economics, Simple 33/05, <http://www.unisi.it/lawandeconomics>
- CASTELLANA A.M., *Diritto penale dell'Unione Europea e principio "societas delinquere non potest"*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1996, p. 747
- CENSONI P.F., *La responsabilità per le attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, in AA.VV., *Il rapporto banca-impresa nel nuovo diritto societario*, Milano, 2004, p. 233
- CERESA-GASTALDO M., *Il processo alle società nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Torino, 2002
- CERQUA L.D., *Responsabilità delle persone giuridiche: il nuovo sistema sanzionatorio*, in *Dir. prat. soc.*, 2001, n. 16, p. 12
- CERQUA L.D., *La responsabilità da reato degli enti*, Matelica, 2006
- CHIARAVIGLIO G., *La responsabilità da reato degli enti nel diritto vivente*, in *Riv. Dott. Comm.*, 2006, n. 5, p. 1082
- CHIARUTTINI S., *Nuova legge sul market abuse e adeguamento dei modelli organizzativi: spunti di riflessione*, in *Riv. Dott. Comm.*, 2006, n. 1, p. 153
- CHIMICHI S., *Il processo penale a carico degli enti: il quantum della prova della colpa di organizzazione*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, n.5, p. 617
- CIAMPOLI G., *I «vantaggi compensativi» nei gruppi di società*, commento a Cass. Civ., Sez. I, 24 agosto 2004 n. 16707, Pres. Lo Savio, Rel. Rordorf, F.F. c. S. Finanziaria s.p.a. in liquidazione, in *Le società*, 2005, n. 2, p. 168
- CLARIZIA R. – NATI E., *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il d.lgs. n. 231/2001 tra principi generali dell'ordinamento e nuovi organi societari*, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 2002, fasc. 2, pt. 1, p. 279
- COCCO G., *Il confine tra condotte lecite, bancarotta fraudolenta e bancarotta semplice nelle relazioni economiche all'interno dei gruppi di società*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, n. 4, p. 1021
- COCCO G., *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, n. 1, p. 90
- CODAZZI E., *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale (dalla compensazione "virtuale" alla compensazione "reale"): alcune riflessioni alla luce della riforma del diritto societario*, in *Giur. Comm.*, 2004, II, p. 600

- COLOMBO A. – GARAVAGLIA E., *I «modelli di organizzazione, gestione e controllo» di cui al d.leg. n. 231/2001 nel contesto della corporate governance (parte prima)*, in *Controllo nelle società e negli enti*, 2006, p. 421 e *(parte seconda)* in *Controllo nelle società e negli enti*, 2006, p. 657
- CONTE P., *Il riconoscimento della responsabilità penale delle persone giuridiche nella legislazione francese*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1994, p. 93
- CONTI L., *Responsabilità penali degli amministratori e politiche di gruppo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, p. 433
- CONTI L., *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche. Abbandonato il principio societas delinquere non potest?*, in *Il diritto penale dell'impresa*, a cura di CONTI L., in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da GALGANO F., Padova, 2001, p. 861
- CORAPI D., *La responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse: sanzioni interdittive ed esercizio provvisorio dell'attività*, in *Rass. Giur. Energia Elett.*, 2003, p. 1
- CORAPI D., *Responsabilità patrimoniale dell'impresa mandataria di imprese riunite in associazione temporanea per comportamenti illeciti di un'impresa mandante*, in *Rass. giur. en. el.*, 2005, p. 7
- CORSINI L., *Gruppo d'impresa e responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato* in *Le Società*, 2004, fasc. 11, p. 1354
- CRESPI A., *Reato plurisoggettivo e amministrazione pluripersonale della società per azioni*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1957, p. 518
- CRESPI A., *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 1149
- DA RIVA GRECHI F., *L'illecito funzionale degli enti collettivi*, in *La giustizia penale*, 2003, fasc. 7, pt. 2, p. 437
- DA RIVA GRECHI F., *Bancarotta fraudolenta, infedeltà patrimoniale e rilevanza dei gruppi di società*, in *La Giustizia penale*, 2004, fasc. 10, pt. II, p. 580
- D'ALESSANDRO F., *"La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata". Ovvero: esiste ancora il diritto societario*, in *Riv. Soc.*, 2003, fasc. 1, p. 34
- D'ANDREA F.M. – DE VIVO A. – MARTINO L., *I modelli organizzativi ex d. lgs. 231/2001. La responsabilità amministrativa delle imprese*, Milano, 2006
- D'AVIRRO G. – MAZZOTTA A., *I reati "d'infedeltà" nelle società commerciali. Artt. 2634 – 2635 c.c. D. lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, Milano, 2004
- DE ANGELIS L., *Responsabilità amministrativa delle società ed esercizio del recesso quale sanzione accessoria*, in *Le Società*, 2001, p. 385
- DE ANGELIS L., *Responsabilità patrimoniale e vicende modificative dell'ente (trasformazione, fusione, scissione, cessione d'azienda)*, in *Le società*, 2001, n. 11, p. 1326
- DE ANGELIS L., *Sindaci della holding e delle controllate: non c'è incompatibilità*, in *Le Società*, 2004, fasc. 4, p. 420

- DE BIASI P., *Sull'attività di direzione e coordinamento di società*, in *Società*, 2003, n. 7, p. 946
- DE DOEDLER H. – TIEDEMANN K. (préparé par), *La Criminalisation du Comportment Collectif*, XIVe Congrès international de droit comparé, The Hague, 1996
- DE FARIA COSTA J., *Contributo per una legittimazione della responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 1238
- DE FELICE P., *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Cacucci, 2002
- DE FRANCESCO G., *Disciplina penale societaria e responsabilità degli enti: le occasioni perdute della politica criminale*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, n. 8, p. 929
- DE FRANCESCO G. (a cura di), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, Torino, 2004
- DE FRANCESCO G., *Gli enti collettivi: soggetti dell'illecito o garanti dei precetti normativi?*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, n. 6, p. 753
- DELUCCHI M., *Atti rientranti nell'oggetto sociale e logica di gruppo*, *Commento a App. Bologna 29 gennaio 2003*, in *Le Società*, 2003, fasc. 8, p. 1123
- DE MAGLIE C., *Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell'impresa (crisi e innovazione del diritto penale statunitense)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 88
- DE MAGLIE C., *Corporate crime and sentencing: the italian solution*, in *AA. VV. Criminal responsibility of legal and collective entities*, a cura di A. Eser, Freiburg, 1999, p.285
- DE MAGLIE C., *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1348
- DE MAGLIE C., *Responsabilità delle persone giuridiche: pregi e limiti del d. lgs. n. 231/2001*, in *Danno e Responsabilità*, 2002, n. 3, p. 247
- DE MAGLIE C., *L'etica e il mercato*, Milano, 2002
- DE MARTINO F., *La responsabilità penale negli organismi complessi, una proposta della Commissione Grosso*, in *Ind. Pen.*, 2002, p. 111
- DE MARZO G., *La delega al Governo per la disciplina della responsabilità delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica*, in *Corr. Giur.*, 2001, p. 109
- DE MARZO G., *Le sanzioni amministrative: pene pecuniarie e sanzioni interdittive*, in *Le società*, 2001, n.11, p. 1308
- DE RISIO A., *Societas delinquere potest?*, in *Giur. merito*, 2005, n. 5, pt. 1, p. 1153
- DE SIMONE G., *Il nuovo codice penale francese e la responsabilità penale delle personnes morales*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 189
- DE SIMONE G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Crit. Dir.*, 1999, p.472
- DE SIMONE G., *La responsabilità da reato degli enti nel sistema sanzionatorio italiano: alcuni aspetti problematici*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, p. 657

- DE VERO G., *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 1126
- DE VERO G., *I reati societari nella dinamica evolutiva della responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 720
- DIDDI A., *Il regime dell'incompatibilità a testimoniare nel processo a carico degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, n. 9, p. 1166
- DI GERONIMO P., *Responsabilità da reato degli enti: l'adozione di modelli organizzativi post factum ed il commissariamento giudiziale nell'ambito delle dinamiche cautelari*, in *Cass. Pen.*, 2004, n. 113, p. 254
- DI GERONIMO P., *La Cassazione esclude l'applicabilità alle imprese individuali della responsabilità da reato previste per gli enti collettivi: spunti di diritto comparato*, in *Cass. Pen.*, 2004, n. 1392, p. 4049
- DI GIOVANNI F., *La responsabilità della capogruppo dopo la riforma delle società*, in *Rivista di diritto privato*, 2004, fasc. 1, p. 31
- DI PINTO S., *La responsabilità amministrativa da reato degli enti. Profili penali sostanziali e ricadute sul piano civilistico*, Torino, 2003
- D'ORIA G., *Responsabilità penale individuale nelle organizzazioni a struttura complessa*, in *Riv. giur. ambiente*, 2005, n. 3-4, p. 443
- D'URSO F., *Verso una novità "antica": la responsabilità penale della persona giuridica*, in *Quad. cost.*, 2002, p. 825
- ELIA M., commento a Trib. Milano, Ufficio g.i.p., - ord. 9 marzo 2004 – Giud. Forleo, in *Foro Amb.*, 2004, p. 21
- ELIA M., commento a Trib. Milano, Ufficio g.i.p., - ord. 28 aprile 2004 – Giud. Salvini, in *Foro Amb.*, 2004, p. 261
- ENRIQUES L., *Gruppi piramidali, operazioni intragruppo e tutela degli azionisti esterni: appunti per un'analisi economica*, in *Giur. Comm.*, 1997, pt. I, p. 698
- ENRIQUES L., *Vaghezza e furore. Ancora sul conflitto di interessi nei gruppi di società in vista dell'attuazione della delega per la riforma del diritto societario*, in Associazione Disiano Preite, *Verso un nuovo diritto societario*, Bologna, 2002, p. 247
- ENRIQUES L., *Gruppi di società e gruppi di interesse*, in P. BENAZZO – S. PATRIARCA – G. PRESTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, Milano, 2003, p. 247
- FALZEA A., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in AA. VV. *La responsabilità penale delle persone giuridiche in diritto comunitario*, Milano, 1981, p. 139
- FANCHIOTTI, *U.S. v. Booker: verso lo smantellamento del sentencing system federale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, n. 7, p. 903
- FARINA M., *I reati societari e la responsabilità delle persone giuridiche*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2004, n. 2, p. 138
- FAVA I., *I gruppi di società e la responsabilità da direzione unitaria*, in *Società*, 2003, n. 9, p. 1197
- FERRO-LUZZI P., *Indicazione negli atti e nella corrispondenza circa la soggezione della società a direzione e coordinamento di altra società*, in *dircomm.it*, 2004, n. 4, <http://www.dircomm.it/2004/n.4/02.html>

- FERRO-LUZZI P., *I patrimoni "dedicati" e i "gruppi" nella riforma societaria*, in *Riv. Not.*, 2002, I, p. 271
- FERRUA P., *Le insanabili contraddizioni nella responsabilità dell'impresa*, *Dir. giust.*, 2001, n. 29, p. 8
- FIANDACA G., *Art. 27 3° comma*, in *Commentario della Costituzione*, di Branca e Pizzorusso, *I Rapporti civili*, Bologna, 1991
- FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale, parte generale*, terza edizione aggiornata, Zanichelli, 2000
- FIDELBO G., *Introduzione di un sistema di responsabilità penale (o amministrativa) delle persone giuridiche e ricadute sul piano processuale*, in *Cass. Pen.*, 1999, p. 3283
- FIDELBO G., *Misure cautelari nei confronti delle società: primi problemi applicativi in materia di tipologie delle sanzioni e limiti all'operatività del commissario giudiziale*, in *Cass. Pen.*, 2004 n. 1, p. 276
- FIDELBO G., *In tema di responsabilità amministrativa degli enti*, in *Cass. pen.*, 2005, n. 1, p. 24
- FIORELLA A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie e le sanzioni interdittive*, in *Cass. pen.*, 2003, n. 6, p. 73
- FIORELLA A. – LANCELLOTTI G., *La responsabilità dell'impresa per i fatti di reato. Commento alla l. 29 /09/ 2000, n. 300 ed al d. lgs. 8/06/ 2001, n. 231. Presupposti della responsabilità e modelli organizzativi*, Torino, 2004
- FLICK G.M., *Gruppi e monopolio, nelle nuove prospettive del diritto penale*, in *Riv. Soc.*, 1988, p. 471
- FLORA G., *L'attualità del principio "societas delinquere non potest"*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 1995, p. 11
- FLORA G., *Le sanzioni punitive nei confronti delle persone giuridiche: un esempio di "metamorfosi" della sanzione penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, n. 11, p. 1398
- FOFFANI L., *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
- FOFFANI L., *Prospettive di armonizzazione europea del diritto penale dell'economia: le proposte del progetto «Eurodelitti» per la disciplina delle società commerciali, del fallimento, delle banche e dei mercati finanziari*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di DOLCINI E. e PALIERO C.E., III, Milano, 2006, p. 2321
- FOGLIA MANZILLO V., *Verso la configurazione della responsabilità penale per la persona giuridica*, in *Dir. pen. proc.*, 1993, p. 106
- FOGLIA MANZILLO V., *Le società commerciali verso un nuovo sistema sanzionatorio*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2000, p. 986
- FONDAZIONE ARISTEIA, *Direzione e coordinamento di società nella riforma del diritto societario*, documento n. 35, ottobre 2003, reperibile in <http://ishop1.zucchetti.com/isroot/aristeia/documenti/docari35c.pdf>
- FORLENZA O., *Con l'avvicinamento tra persone fisiche e giuridiche un primo passo verso il completamento della delega*, in *Guida al dir.*, 2001, n. 26, p. 64

- FORLENZA O., *Casellario: nasce l'anagrafe delle sanzioni*, in *Guida al dir.*, 2001, n. 26, p. 113
- FORTUNATO S. – REBOA M., *L'implementazione dei modelli organizzativi e di gestione ex d. lgs. n. 231/2001*, in *Rivista dei dottori commercialisti*, 2004, fasc. 5, p. 1177
- FORTUNATO S., *Modelli di controllo interno rispetto al rischio di «market abuse»*, in *Riv. Dott. Comm.*, 2005, n. 6, p. 1173
- FRACCHIA D., *D.leg. n. 231/2001 alle condotte in itinere: revoca parziale di finanziamenti già concessi* (Nota a G.i.p. T. Sciacca, 30 maggio 2005, Soc. Jolly Mediterraneo), in *Le società*, 2007, p. 345
- FRIGNANI A. – GROSSO P. – ROSSI G., *I modelli di organizzazione di cui agli artt. 6 e 7 d. lgs. n. 231/2001 sulla responsabilità amministrativa degli enti*, in *Le società*, 2002, p. 143
- FRIGNANI A. – GROSSO P. – ROSSI G., *La responsabilità "amministrativa" degli enti ed i "modelli di organizzazione e gestione" di cui agli artt. 6 e 7 del d.lgs. n. 231/2001*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obblig.*, 2003, fasc. 1-4, pt. 1, p. 149
- FUNARI F., *Il concetto di gruppo fra diritto societario e diritto fallimentare*, in *Le società*, 2005, n. 5, p. 636
- FUSCO E., *La sanzione della confisca in applicazione del d.leg. 231/1001*, in *Resp. amm. società e enti*, 2007, n. 1, p. 61
- FUSCO E., *Applicabilità del d. lgs. 231/2001 alle banche estere*, in *Resp. amm. società e enti*, 2007, n. 4, p. 179
- GALANTI E., *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche ex d. lgs. 231/2001 e vigilanza sulle imprese finanziarie: quale coordinamento?*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2003, n. 2, p. 219
- GALGANO F., *Delle persone giuridiche*, Art. 11-35, seconda edizione, in SCIALOJA - BRANCA (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, Zanichelli, 2006
- GALGANO F., *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, in *Contr. Impr.*, 2002, p. 1015
- GALGANO F., *Il regolamento di gruppo nei gruppi bancari*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2005, fasc. 1, pt. 1, p. 86
- GALGANO F., *Direzione e coordinamento di società, (art. 2497-2497 septies)*, in *Commentario del codice civile SCIALOJA-BRANCA*, a cura di GALGANO F., libro V: Del lavoro, Zanichelli-Foro italiano, Bologna-Roma, 2005
- GALLETTI D., *La responsabilità dell'intermediario per l'illecito del dipendente o del promotore finanziario*, in *Giur. comm.*, 2004, n. 6, p. 1212
- GALLETTI D., *I modelli organizzativi nel d. lgs. n. 231 del 2001: le implicazioni per la corporate governance*, in *Giur. Comm.*, 2006, n. 1, p. 126
- GAMBINO A., *Responsabilità amministrativa nei gruppi societari*, in *Giur. Comm.*, 1993, p. 841

- GARAVAGLIA E., *La responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche: i primi anni di applicazione giurisprudenziale*, in *Giur. Comm.*, 2006, p. 383
- GARGANI A., *Imputazione del reato agli enti collettivi e responsabilità penale dell'intraneo: due piani interrelati?*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, n. 9, p. 1061
- GAROFOLI V., *Il servo muto e il socio tiranno: evoluzione ed involuzione nei rapporti tra diritto penale e processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, n. 12, p. 1457
- GARUTI G. (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002
- GARUTI G., *Persone giuridiche e "processo" ordinario di cognizione*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, n. 2, p. 137
- GARUTI G., *Profili giuridici del concetto di «adeguatezza» dei modelli organizzativi*, in *Resp. amm. società e enti*, 2007, n. 3, p. 11
- GELMINI L., *Modelli di organizzazione e sistemi di controllo interno: alcuni profili economico-aziendali alla luce del d. lgs. n. 231/2001*, in *Il controllo nelle società e negli enti*, 2004, n. 6, p. 647
- GENNAI S. – TRAVERSI A., *La responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Milano, 2001
- GHEZZI F. (a cura di), *Amministratori, Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI – L.A. BIANCHI – F. GHEZZI – M. NOTARI, Milano, 2005
- GIARDA A., *Azione civile di risarcimento e responsabilità "punitiva" degli "enti"*, in *Corr. merito*, 2005, n. 5, p. 579
- GIARDA A. – MANCUSO E.M. – SPANGHER G. – VARRASO G. (a cura di), *Responsabilità "penale" delle persone giuridiche*, Milano, 2007
- GIARDINO A., *La disciplina della pubblicità ex art. 2497-bis c.c.*, in *Società*, 2004, p. 1080
- GIAVAZZI S., *La responsabilità penale delle persone giuridiche: dieci anni di esperienza francese (Parte prima)*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2005, p. 593 e *(Parte seconda)*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2005, p. 857
- GIOVANNINI S., *La holding persona fisica e l'abuso della personalità giuridica*, nota a *Cass. sez. I civ. 9 agosto 2002, n. 12113*, in *Giur. Comm.*, 2004, fasc. 1, pt. 2, p. 18
- GIUDICELLI-DELAGE G. (sous la direction de), *Droit pénal des affaires en Europe (Allemagne, Angleterre, Espagne, France, Italie)*, Presses Universitaires de France, 2006
- GOMMELLINI A., *Gli scandali dei mercati finanziari, l'attività di rating e i Modelli di prevenzione dei reati (a margine del recente intervento legislativo di «salvataggio» del rating dei titoli risultanti da operazioni di cartolarizzazione dei canoni di leasing e della prossima attuazione del Nuovo Accordo di «Basilea 2»)*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2004, n. 4, p. 589
- GIUNTA F., *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, seconda edizione, Torino, 2004
- GIUNTA F., *Attività bancaria e responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, p. 1

- GRASSO G. (a cura di), *Prospettive di un diritto penale europeo*, Milano, 1998
- GROSSO C.F., voce *Responsabilità penale*, in *Noviss. Dig. It.*, Vol XV, Torino, 1968, p. 710
- GROSSO C.F., *Responsabilità penale delle persone giuridiche. Osservazioni in margine al volume di CRISTINA DE MAGLIE, L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, n. 3, p. 950
- GROSSO C.F., *Sulla costituzione di parte civile nei confronti degli enti collettivi chiamati a rispondere ai sensi del d. lgs. n. 231 del 2001 davanti al giudice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, n. 4, p. 1335
- GUERNELLI M., *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche nel diritto penale-amministrativo interno dopo il d. legisl. 8 giugno 2001 n. 231*, prima e seconda parte, in *Studium iuris*, 2002, fasc. 3 e 4, p. 281 e 425
- GUERNELLI M., *Frodi informatiche e responsabilità delle persone giuridiche alla luce del decreto legislativo 8.6.2001 n. 231*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, p. 292
- GUERRINI R., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Le Società*, 1993, p. 691
- GUERRINI R., *La responsabilità da reato degli enti. Sanzioni e loro natura*, Milano, 2006
- GUIZZI G., *Patrimoni separati e gruppi di società (articolazione dell'impresa e segmentazione del rischio: due tecniche a confronto)*, in *Riv. Dir. comm.*, 2003, I, p. 639
- GUIZZI G., *Eterodirezione dell'attività sociale e responsabilità per mala gestio nel nuovo diritto dei gruppi*, in *Riv. Dir. comm.*, 2003, I, p. 439
- GUIZZI G., *La responsabilità della controllante per non corretto esercizio del potere di direzione e coordinamento*, in SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Giuffrè, Milano, 2003
- GULLO A., *La delega di funzioni: brevi note a margine di un problema irrisolto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 1508
- IRACE A., *Direzione e coordinamento di società*, in SANDULLI – SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, III, Torino, 2003, p. 314
- IRRERA M., *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005
- IRTI N., *Due temi di governo societario (responsabilità "amministrativa" – codici di autodisciplina)*, in *Giur. Comm.*, 2003, n. 6, pt. 1, p. 693
- LANCELOTTI G. (a cura di), *La responsabilità della società per il reato dell'amministratore*, Torino, 2003
- LA ROSA M., *Teoria e prassi del controllo "interno" ed "esterno" sull'illecito dell'ente collettivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1297
- LANZI A., *L'obbligatorietà della legge italiana non si ferma davanti alle multinazionali*, in *Guida al dir.*, n. 19, 15 maggio 2004, p. 78
- LATTANZI G. (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2005

- LECIS U., *L'organismo di vigilanza nei gruppi di società*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, n. 2, p. 45
- LEMME F., *La giurisprudenza di legittimità apre al concetto di gruppo di imprese*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, n. 6, p. 747
- LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999
- LOTTINI R., *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese*, Milano, Giuffrè, 2005
- LUNGHINI G., *Responsabilità amministrativa degli enti: soggetti, interessi infragrupo e requisiti di idoneità e di attuazione dei modelli*, in *Corr. Merito*, 2005, n.1, p. 89
- MAIELLO V., *La natura (formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d. lgs. n. 231/2001: una "truffa delle etichette davvero innocua?", in Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, fasc. 4, p. 879
- MAIMERI F., *Controlli interni delle banche tra regolamentazione di vigilanza e modelli di organizzazione aziendale*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obblig.*, 2002, fasc. 7-8/9-10, pt. 1, p. 609
- MALACARNE M. C., *Il concetto di adeguatezza dei sistemi di controllo interno ex d.leg. 231/2001 alla luce delle prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Resp. amm. società e enti*, 2007, fasc. 2, p. 133
- MANACORDA S., *La ratifica delle convenzioni internazionali e il diritto penale italiano*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, n. 4, p. 415
- MANCINI C., *Osservazioni a margine di un'interpretazione giurisprudenziale in tema di responsabilità amministrativa degli enti e modelli organizzativi*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obb.*, 2005, nn. 1-3, p. 52
- MANNA A., *La responsabilità delle persone giuridiche: il problema delle sanzioni*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1999, p. 919
- MANNA A., *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, in *Cass. Pen.*, 2003, 319, p. 1115
- MANNA A., *Diritto e impresa: un rapporto controverso*, Milano, 2004
- MANNA A., *Tutela del risparmio, novità in tema di insider trading e manipolazione del mercato a seguito della legge comunitaria del 2004*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2005, n. 3, p. 659
- MANNA A. – PLANTAMURA V., *Una svolta epocale per il diritto penale ambientale italiano?*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, n. 8, p. 1075
- MANNOZZI G. – ARNONE M., *Crimini e misfatti delle imprese*, 29-05-2006, www.lavoce.info
- MARANDOLA A., nota a Cass., sez. VI, 27 settembre 2004, Siemens AG, n. 1450, in *Studium iuris*, 2005, n. 1, p. 89
- MARINUCCI G., "Societas puniri potest": *uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 1193
- MARINUCCI G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche: uno schizzo storico-dogmatico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 445

- MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Seconda edizione, Milano, 2006
- MARINUCCI G. – ROMANO M., *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, p. 681
- MARTINO L., *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche. I modelli organizzativi per la prevenzione dei reati*, in *Il controllo legale dei conti*, 2003, fasc. 2S, p. 55
- MASUCCI
- MEREU A., *La responsabilità “da reato” degli enti collettivi e i criteri di attribuzione della responsabilità tra teoria e prassi*, in *Ind. Pen.*, 2006, n. 1, p. 27
- MICHELINI G., *Responsabilità delle persone giuridiche e normativa internazionale multilaterale*, in *Quest. giust.*, 2002, n. 5, p. 1079
- MIGNOLI A., *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, in *Contratto e impresa*, 1986, p. 729
- MILITELLO V., *Gruppi di società e diritto penale nell’esperienza francese*, in *Riv. Soc.*, 1989, p. 729
- MILITELLO V., *Gli abusi nel patrimonio di società controllate e le relazioni fra appropriazione e distrazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 275
- MILITELLO V., *La responsabilità penale dell’impresa societaria e dei suoi organi in Italia*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1992, p. 101
- MILITELLO V., *Gruppi bancari e responsabilità penale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, p. 40
- MILITELLO V., *Attività del gruppo e comportamenti illeciti: il gruppo come fattore criminogeno*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, p. 367
- MILITELLO V., *Prospettive e limiti di una responsabilità della persona giuridica nel sistema penale italiano*, in *Studium iuris*, 2000, n.7, p. 779
- MONACI D., *Una nuova pronuncia della Cassazione in tema di limiti delle garanzie infragruppo*, in *Giur. Comm.*, 2002, II, p. 37
- MONACI D., *Sindacato giudiziario della diligenza dell’amministratore e prova dei vantaggi compensativi*, in *Giur. Comm.*, 2005, II, p. 406
- MONFREDA N., D. l.vo n. 231/2001: l’ambito soggettivo di applicazione alla luce della sentenza 18941/2004 della Corte di Cassazione, in *Riv. pen.*, 2005, fasc. 12, p. 1303
- MONGILLO, *Il trasferimento di posizioni di garanzia nell’impresa tra diritto penale e processo*, in *Cass. Pen.*, 2005, n. 12, p. 3978
- MONTALENTI P., *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. Comm.*, 1995, p. 710
- MONTALENTI P., *Gruppi e conflitto di interessi nella legge delega per la riforma del diritto societario*, in Associazione Disiano Preite, *Verso un nuovo diritto societario*, Bologna, 2002, p. 237
- MONTALENTI P., *Corporate Governance, consiglio di amministrazione, sistemi di controllo interno: spunti per una riflessione*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 803
- MONTALENTI P., *La riforma del diritto societario: appunti*, in *Società*, 2002, n. 12, p. 144

- MONTALENTI P., *L'amministrazione sociale dal testo unico alla riforma del diritto societario*, in *Giur. Comm.*, 2003, p. 422
- MONTALENTI P., *Il conflitto di interessi nella riforma del diritto societario*, in *Rivista di diritto civile*, 2004, fasc. 2, pt. 2, p. 243
- MONTALENTI P., *L'amministrazione della società quotata*, in *Trattato di Diritto Commerciale, La società quotata*, Cedam, Padova, 2004
- MONTALENTI P., *La responsabilità degli amministratori nell'impresa globalizzata*, in *Giur. Comm.*, 2005, p. 435
- MORO VISCONTI R., *I gruppi di società ed i reati societari*, in *Rass. giur. en. el.*, 2004, n. 4, p. 687
- MUCCIARELLI F., *Primato della giurisdizione e diritto economico sanzionatorio: a proposito di market abuse*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, n. 2, p. 137
- MUCCIARELLI F., *Le sanzioni interdittive temporanee nel d. lgs. 231/2001*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di DOLCINI E. – PALIERO C.E., III, Milano, 2006, p. 2487
- MUSCO E., *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive*, in *Dir. e giust.*, 2001, n. 23, p. 8
- NAPOLEONI, *Le vicende modificative dell'ente*, in *Cass. pen.*, n. 6, p. 99
- NAPOLEONI V., *Geometrie parallele e bagliori corruschi del diritto penale dei gruppi (bancarotta infragruppo, infedeltà patrimoniale e «vantaggi compensativi»)*, in *Cass. Pen.*, 2005, p. 3787
- NICCOLINI G., *Gli effetti societari delle sanzioni interdittive di cui al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231* in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 2003, fasc. 1-2, p. 129
- NISCO A., *Responsabilità amministrativa degli enti: riflessioni sui criteri ascrittivi "soggettivi" e sul nuovo assetto delle posizioni di garanzia nelle società*, commento a g.i.p. Tribunale di Roma, ord. 4.4.2003. Giudice Finiti, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, n. 1-2, p. 293
- NIUTTA A., *La novella del codice civile in materia societaria: luci ed ombre della nuova disciplina sui gruppi di società*, in *Riv. Dir. comm.*, 2003, I, p. 373
- NIUTTA A., *La nuova disciplina delle società controllate: aspetti normativi dell'organizzazione del gruppo di società*, in *Riv. Soc.*, 2003, p. 780
- NUZZO G., *Le misure cautelari*, in *Dir. pen. e proc.*, 2001, n. 12, p. 486
- NUZZO G., *La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni (II). Le misure cautelari*, *Commento a d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, n. 12, p. 1486
- NUZZO G., *Primi appunti sugli aspetti probatori e sulle decisioni finali concernenti l'illecito amministrativo dipendente da reato*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2001, p. 455
- ORGANISMO ITALIANO DI CONTABILITA', *Informativa sull'attività di direzione e coordinamento di società*, in *Principi Contabili. I principali effetti della riforma del diritto societario sulla redazione del bilancio d'esercizio*, Milano, 2004, p. 79

- PACCHIAROTTI S., *La responsabilità delle persone giuridiche nella riforma del codice penale francese: spunti e riflessioni per il giurista italiano*, in *Riv. dir. comm. e del diritto generale delle obbligazioni*, 1998, n. 3-6, p. 383
- PACILEO V., *Autocontrollo igienico-sanitario nell'impresa alimentare e modelli di organizzazione aziendale: un confronto possibile tra d. lg. n. 155/97 e d. lg. n. 231/01*, in *Cass. Pen.*, 2003, fasc. 7-8, p. 2494
- PADOVANI T., *Reato proprio del datore di lavoro e persona giuridica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, p. 1177
- PADULA L., *L'archiviazione nel procedimento per gli «illeciti amministrativi dipendenti da reato» ascrivibili agli enti*, in *Cass. Pen.*, 2005, n. 9, p. 1220
- PAGLIARO A., *Problemi generali del diritto penale dell'impresa*, in *Ind. Pen.*, 1985, p. 17
- PALAZZO F., *Nuova legislatura e politica penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 800
- PALAZZO F. (a cura di), *Societas puniri potest La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003
- PALIERO C.E., *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 913
- PALIERO C.E., *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 1021
- PALIERO C.E., *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1225
- PALIERO C.E., *Problemi e prospettive della responsabilità dell'ente nell'ordinamento italiano*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1996, p. 1173
- PALIERO C.E., *La responsabilità penale delle persone giuridiche e la tutela degli interessi finanziari della Comunità europea*, in GRASSO (a cura di), *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione. L'esempio dei fondi strutturali*, Milano, 2000, p. 84
- PALIERO C.E., *La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la "Parte generale" di un Codice penale dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 466
- PALIERO C.E., *Il d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. giur.*, 2001, n. 7, p. 845
- PALIERO C.E., *La responsabilità della persona giuridica per i reati commessi dai soggetti in posizione apicale (i criteri di imputazione e i modelli organizzativi: artt. 5 e 6 d. lgs. 231/2001)*, Relazione tenuta al Convegno Paradigma, Milano, 2002
- PALIERO C.E., *"Market abuse" e legislazione penale: un connubio tormentato*, in *Corr. Merito*, 2005, n. 7, p. 811
- PALIERO C.E. – PALAZZO F., *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Cedam, 2007
- PALIERO C.E. - PIERGALLINI C., *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. società e enti*, 2006, n. 3, p. 167
- PALIERO C.E. – TRAVI A., *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988

- PANAGIA S., *La tutela incompiuta in tema di risparmio: riflessioni sulla responsabilità penale dell'impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, n. 1, p. 443
- PANZANI L., *L'azione di responsabilità ed il coinvolgimento del gruppo di imprese dopo la riforma*, in *Società*, 2002, p. 1477
- PAOLOZZI G., *Vademecum per gli enti sotto processo. Addebiti "amministrativi da reato" (d. lgs. n. 231 del 2001)*, Torino, 2005
- PAOLOZZI G., *Modelli atipici a confronto. Nuovi schemi per l'accertamento della responsabilità degli enti (I)*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, n. 1, p. 107
- PAOLOZZI G., *Modelli atipici a confronto. Nuovi schemi per l'accertamento della responsabilità degli enti (II)*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, n. 2, p. 239
- PASCALI G. – CAMMAROTO G., *Il d. lgs. n. 231/2001. L'organo di vigilanza*, in *Impresa c.i.*, 2005, n. 7-8, p. 1167
- PASCULLI A., *Rilevanza della delega di funzioni: riflessioni in tema di responsabilità diretta delle persone giuridiche*, nota a Cass. Sez. III 3 dicembre 1999, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, n. 1-2, p. 293
- PATTI S., *"Direzione e coordinamento di società": brevi spunti sulla responsabilità della capogruppo*, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2003, II, p. 357
- PATRONO P., *Verso la soggettività penale di società ed enti*, in *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, 2002, p. 183
- PAVONE LA ROSA A. (a cura di), *I gruppi di società*, Bologna, 1982
- PAVONE LA ROSA A., *Le società controllate. I gruppi*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da COLOMBO e PORTALE, II, Torino, 1991
- PAVONE LA ROSA A., *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, in *Riv. Soc.*, 2003, p. 765
- PAVONE LA ROSA A., *La responsabilità degli amministratori della controllante nella crisi del gruppo societario*, in *Riv. Soc.*, 2002, p. 793
- PECORELLA G., *Societas delinquere potest*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1977, IV, p. 367
- PEDRAZZI C. – ALESSANDRI A. – FOFFANI L. – SEMINARA S. – SPAGNOLO G., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, 2^a ed., Bologna, Monduzzi, 2000
- PEDRAZZI C., *Diritto penale, Scritti di diritto penale dell'economia, III, Problemi generali - Diritto penale societario*, Milano, 2003
- PEDRAZZI C., *Diritto penale, IV, Scritti di diritto penale dell'economia, Disciplina penale dei mercati – Diritto penale bancario - Diritto penale industriale - Diritto penale fallimentare – Varia*, Milano, 2003
- PELISSERO M. – FIDELBO G., *La "nuova" responsabilità amministrativa delle persone giuridiche (d. lgs. 8.6.2001 n.231)*, in *Leg. pen.*, 2002, p. 575
- PERASSI M., *Gruppi societari e bancari. Brevi riflessioni sui progetti di riforma del diritto societario*, in Associazione Disiano Preite, *Verso un nuovo diritto societario*, Bologna, 2002
- PERDONO' G.L., *La teoria dei vantaggi compensativi alla conquista del territorio dei reati fallimentari*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006, p. 373 (nota

- a Cass., sez. V, 18.11.2004 (dep. 18.3.2005). Pres. Lattanti, Rel. Sica, p.m. Galasso (conf.); ric. G)
- PERNAZZA F., *I modelli di organizzazione ex D.Lgs. n. 231/2001 e le società estere: il caso Siemens AG. Commento a ord. Trib. Milano 27 aprile 2004*, in *Le società*, 2004, n. 10, p. 1275
 - PETTINATO L., *Modelli di organizzazione e controllo ex D.Lgs. n. 231/2001 – C'è un obbligo implicito di adozione?*, in *Impresa c.i.*, 2006, n. 7-8, p. 1099
 - PIERGALLINI C., *Progetti di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 293
 - PIERGALLINI C., *Societas delinquere et puniri non potest, Riflessioni sul recente (contrastato) superamento di un dogma*, in *Quest. giust.*, 2002, n. 5, p. 1079
 - PIERGALLINI C., *Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, n.11, p. 1353
 - PIERGALLINI C. (a cura di), *La riforma dei reati societari, Atti del seminario. Macerata, 21 marzo 2003*, Milano, 2004
 - PISANI N., *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, Milano, Giuffrè, 2003
 - PISTORELLI L., *Brevi osservazioni sull'interesse di gruppo quale criterio oggettivo di imputazione della responsabilità da reato*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, n. 1, p. 11
 - PISTORELLI L., *Parametri oggettivi d'imputazione all'ente della responsabilità per il reato di agguato*, in *Resp. amm. società e enti*, 2007, n. 4, p. 145
 - PIVA D., *Contributo all'analisi della responsabilità per la "organizzazione difettosa" nel diritto penale dell'impresa*, Roma, 2007
 - PIZZOTTI S., *La natura della responsabilità delle società, nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2002, fasc. 3, p. 898
 - PRIMICERIO L., *Profili applicativi del procedimento cautelare in tema di responsabilità da reato delle persone giuridiche*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, n. 10, p. 1294
 - PULITANO' D., *Posizioni di garanzia e criteri d'imputazione personale nel diritto penale del lavoro*, in *Rass. giur. lav.*, 1982, IV, p. 178
 - PULITANO' D., *Organizzazione dell'impresa e diritto penale del lavoro*, in *Rass. giur. lav.* 1985, IV, p. 3
 - PULITANO' D., *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 415
 - PULITANO' D., *La responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. Dir.*, 2002, VI app. aggiornamento, p. 953
 - RABITTI M., *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori, Contributo allo studio dell'illecito civile*, Milano, 2004
 - RAZZANTE R. – TOSCANO F., *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche. Profili teorici e pratici connessi all'applicazione del D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Torino, 2003

- RESCIGNO P., Eterogestione e responsabilità nella riforma delle società di capitali fra aperture e incertezze: una prima riflessione, in *Le Società*, 2003, p. 331
- A. RICCIO, *La persona giuridica può, dunque, esercitare la funzione di amministratore*, in *Contr. Impr.*, 2007, n. 1, p. 17
- RIONDATO S., *Prevenzione dei reati riconducibili alla politica dell'ente e personalità della responsabilità penale dell'ente (d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231)*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, n. 3, p. 824
- ROBERTI M., *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni prive di personalità giuridica e le vicende modificative*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2001, p. 1127
- ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, I, 2 ediz. Milano, 1995, artt. 429 ss.
- ROMANO M., *Societas delinquere non potest (nel ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 1031
- ROMANO M., *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 393
- ROMITI G., *Prime riflessioni sull'applicazione della responsabilità amministrativa di enti a norma del d. lg. 8 giugno 2001 n. 231*, in *Foro ambrosiano* 2004, p. 429
- ROMOLOTTI E., *Recepimento della direttiva "Market abuse" e nuove linee guida del CESR*, in *Le società*, 2005, n. 10, p. 1309
- RONDINONE N., *I gruppi di imprese fra diritto comune e diritto speciale*, Milano, 1999
- RORDORF R., *I criteri di attribuzione della responsabilità. I modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire i reati*, in *Società*, 2001, 11, p. 1297
- RORDORF R., *Scandali finanziari e regole di mercato (appunti a margine dei casi Cirio e Parmalat)*, *Quest. giust.* 2004, p. 567
- RORDORF R., *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Le Società*, 2004, fasc. 5, p. 538
- ROSSI G., *L'etica degli affari*, in *Riv. soc.*, 1992, p. 541
- ROSSI A., *L'estensione delle qualifiche soggettive nel nuovo diritto penale delle società*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 897
- ROSSI G., *Il conflitto epidemico*, Milano, 2003
- RUBBOLI G. – BRAMIERI M. – BAGAGLIA D. – BOGLIACINO A., *La responsabilità amministrativa delle società. Analisi del rischio reato e modelli di prevenzione*, Egea, 2003
- RUGGIERO G., *Brevi note sulla validità della legge punitiva amministrativa nello spazio e sulla efficacia dei modelli di organizzazione nella responsabilità degli enti derivante da reato*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.* (s.m.), 2004, n. 3-4, p. 989
- SACCHI R., *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 661
- SACERDOTI G. (a cura di), *Responsabilità di impresa e strumenti internazionali anticorruzione: dalla Convenzione OCSE 1997 al Decreto 231/2001*, EGEA, 2003

- SALAFIA V., *La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate*, in *Le Società*, 2003, n. 2bis, p. 390
- SALAFIA V., *Profili di responsabilità nel controllo legale dei conti di società e gruppi*, in *Le società*, 2005, n. 4, p. 417
- SALARDI S., *La responsabilità penale delle persone giuridiche: problemi vecchi e nuovi*, in *Cass. pen.*, 2005, n. 11, p. 3584
- SALOMONE R., *Approfondimenti in tema di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche. Sull'applicabilità del d. lgs. n. 231/2001 alle ditte individuali*, in *Impresa c. i.*, 2005, n. 5, p. 889
- SANTELLA P., *La responsabilità penale dell'impresa e l'analisi economica del diritto*, Banca d'Italia, Università di Siena, Facoltà di Economia, novembre 2000
- SANTI F., *La responsabilità delle società e degli enti. Modelli di esonero delle imprese. D. Lgs. 8.6.2001, n. 231. D.M. 26.6.2003, n. 201*, Milano, 2004
- SANTI F., *La responsabilità delle "persone giuridiche" per illeciti penali e per illeciti amministrativi di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato*, in *Banca, borsa, tdc*, 2006, n. 1, p. 81
- SBISA' G., *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, in *Contr. Impr.*, 2003, p. 591
- SCAROINA E., *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo di imprese*, Giuffrè – Luiss University Press, 2006
- SCOGNAMIGLIO G., *Trasformazione, fusione, scissione e responsabilità "penale" dell'ente*, in *Rass. Giur. Energia Elett.*, 2002, p. 327
- SCOGNAMIGLIO G., *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996
- SCOGNAMIGLIO G., *I gruppi e la riforma del diritto societario: prime riflessioni*, in *Riv. dir. impr.*, 2003, p. 577
- SCOGNAMIGLIO G. (a cura di), *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Milano, 2003
- SCOGNAMIGLIO G., *I gruppi di imprese nella recente legislazione "in materia di occupazione e mercato del lavoro" (d. lgs. n. 276/2003)*, in www.dircomm.it, V.2 – febbraio 2006
- SCHIANO DI PEPE G., *Il diritto di recesso nei gruppi*, in *Le Società*, 2003, p. 1205
- SELVAGGI N., *L'interesse dell'ente collettivo quale criterio di iscrizione della responsabilità da reato*, Napoli, 2006
- SEMINARA S. – GIARDA A. (a cura di), *La nuova disciplina dei reati societari*, Cedam, 2002
- SEMINARA S., *Disposizioni comuni agli illeciti di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, n. 1, p. 9
- SEVERINO DI BENEDETTO P., *La cooperazione nel delitto colposo*, Milano, 1988
- SFAMENI P., *La società non potrà più «mascherare» i reati commessi nel suo interesse*, in *Diritto e Giustizia*, 2001, p. 8
- SFAMENI P., *Responsabilità da reato degli enti e nuovo diritto azionario: appunti in tema di doveri degli amministratori ed organismo di vigilanza*,

- in *Riv. soc.*, 2007, p. 154
- SGUBBI F., *Gruppo societario e responsabilità delle persone giuridiche ai sensi del D. Lgs. 231/2001*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, n. 1, p. 7
- SIMPSON S., *Corporate Crime, Law and Social Control*, Cambridge, 2004
- SPAGNOLO G. (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi. Cinque anni di applicazione del d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Atti del convegno, Milano, 2007
- STELLA F., *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1999, p. 459
- STELLA F., *Criminalità d'impresa: nuovi modelli d'intervento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 1254
- STORELLI P., *L'illecito amministrativo da reato degli enti nell'esperienza giurisprudenziale D. Lgs. n. 231 del 2001*, Itaedizioni, 2005
- STORTONI L. – TASSINARI D., *La responsabilità degli enti: quale natura? Quali soggetti?*, in *Ind. Pen.*, 2006, n. 1, p. 7
- SUTHERLAND E. H., *Il crimine dei colletti bianchi, La versione integrale*, a cura di Gabrio Forti, Milano, 1987
- TAVERNA A. (a cura di), *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche nei gruppi di società*, Atti del Corporate Governance Forum di Roma, 2 febbraio 2005
- TIEDMANN K., *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 615
- TIEDMANN K., *Tecnica legislativa nel diritto penale economico*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006, n. 1-2, p.1
- TOMBARI U., *La nuova disciplina dei gruppi di società*, in P. BENAZZO – S. PATRIARCA – G. PRESTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, Milano 2003, p. 237
- TOMBARI U., *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in *Giur. Comm.*, 2004, I, p. 61
- TOMBARI U., *Disciplina del gruppo di imprese e riflessi sulle procedure concorsuali*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2004, fasc. 10, p. 1164
- TRAVERSI A., *La responsabilità penale delle persone giuridiche – Aspetti comparatistici*, in *Le società*, 1993, p. 700
- TRAVI A., *La responsabilità della persona giuridica nel d. lgs. n. 231/2001: prime considerazioni di ordine amministrativo*, in *Le società*, 2001, p. 1307
- TRIPODI A.F., *“Situazione organizzativa” e “colpa in organizzazione”:* alcune riflessioni sulle nuove specificità del diritto penale dell'economia, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, n. 1-2, p. 483
- TROYER L., *La responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato: primi orientamenti giurisprudenziali*, nota a ord. g.i.p. Trib. Torino 11 giugno 2004; ord. g.i.p. Trib. Milano 27 aprile 2004; Cass. sez. VI pen. 22 aprile 2004, n. 18941; ord. g.i.p. Trib. Roma 14 aprile 2003; ord. g.i.p. Trib. Milano 9 marzo 2004, in *Riv. dott. comm.*, 2004, fasc. 4, p. 908

- VALIGNANI V., *Responsabilità da reato delle persone giuridiche*, in *Studium iuris*, 2006, n. 10, p. 1186
- VARRASO G., *In tema di misure cautelari interdittive nei confronti degli enti per responsabilità "ammministrativa" dipendente da reato* (commento a Tribunale del Riesame di Milano, 8 ottobre 2004, Giud. Est. Mannocci – Imp. Simens A.G.), in *Corr. merito*, 2005, n. 3, p. 328
- VELLA F., *All'ombra delle piramidi*, 12-4-2007, www.lavoce.info
- VIGNOLI F., *Societas puniri potest: profili critici di un'autonoma responsabilità dell'ente collettivo*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, n. 7, p. 903
- VIGNOLI F., *Il tormentato percorso d'individuazione della colpa organizzativa della pubblica amministrazione, un confronto tra sistema punitivo e modello risarcitorio*, in *Giust. Civ.*, 2006, n. 3, p. 724
- VINCIGUERRA S. – CERESA-GASTALDO M. – A. ROSSI, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse (D. Lgs. n. 231/2001)*, Padova, 2004
- VITARELLI T., *Delega di funzioni e responsabilità penale*, Milano, 2006.
- VIZZARDI M., *Manipolazione del mercato: un doppio binario da ripensare?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, n. 2, p. 704
- WELLS C., *Corporations and criminal responsibility*, Oxford, 1993
- ZANALDA G., *Nuovi profili di responsabilità della persona giuridica nel processo penale*, in *il fisco*, 2001, n. 17, p. 6346
- ZANALDA G., *La responsabilità "parapenale" delle società*, allegato n. 57 al n. 46 del 17-12-2001 della rivista *il fisco*
- ZANALDA G., *La responsabilità degli enti per gli infortuni sul lavoro, prevista dalla legge 3 agosto 2007*, n. 123, in *Resp. amm. società e enti*, 2007, n. 4, p. 97
- ZANALDA G. – BARCELLONA M., *La responsabilità amministrativa delle società e i modelli organizzativi*, 2002, Milano
- ZANALDA G. – BARCELLONA M., *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche nel processo penale. Riflessioni sul decreto legislativo*, in *il fisco*, 2001, n. 21, p. 7586
- ZANNOTTI R., *Il nuovo diritto penale dell'economia*, Milano, 2006
- ZATTONI A., *The structure of Corporate Groups: the Italian Case*, in *Corporate Governance – An International Review*, gennaio 1999
- ZATTONI A., *La dinamica societaria dei gruppi aziendali*, in RAVASI D. – ZATTONI A. – BRUNI M., *Gruppi di imprese, quotazioni e privatizzazioni – Le discontinuità negli assetti istituzionali*, Egea, Milano, 2002, p. 65
- ZOPPINI A., *Imputazione dell'illecito penale e responsabilità amministrativa nella teoria della persona giuridica*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 1314
- ZOPPINI A. – TOMBARI U., *Intestazione fiduciaria e nuova disciplina dei gruppi di società*, in *Contr. e impr.*, 2004, n. 3, p. 1104

Giurisprudenza

- Cass., 15 giugno 2000, n. 8159, in *Giur. Comm.*, 2002, II, p. 34
- App. Milano, 30 marzo 2001, RCS editori spa c. Fattori, in *Giur. Comm.*, 2002, II, p. 200
- Trib. Pordenone, sent. 11 novembre 2002, in *Dir. comm. int.*, 2003, n.1, p.193
- Trib. Salerno, uff. g.i.p., ord. 28 marzo 2003, Ivam, soc. Monteverde in *Cass. pen.*, 2004, 114, p. 266
- Trib. Roma, uff. g.i.p., ord. 4 aprile 2003, in *Guida dir.*, 2003, n. 31, p. 66
- Cass., 7 ottobre 2003, n. 38110, in *Giur. Comm.*, 2004, II, p. 599
- Cass., 3 marzo 2004, n. 18941, Ribera, in *Cass. Pen.*, 2004, n. 1392, p. 4046
- Trib. Milano, uff. g.i.p., 9 marzo 2004, Ilat s.p.a. ed altri, in *Corr. merito*, 2005, n. 5, p. 576
- Trib. Milano, uff. g.i.p., ord. 27 aprile 2004 n. 950, Siemens, in *Guida al dir.*, n. 19, 15 maggio 2004, p. 72
- Trib. Milano, uff. GIP, ord. 5 maggio 2004, (s.m.), in *Foro Ambrosiano*, 2004, p. 263
- Trib. Bari, decr. 15 luglio 2004, CE.DIS. s.r.l. in amministrazione straordinaria, in *Le società*, 2005, n. 5, p. 636
- Cass. Civ., 24 agosto 2004, n. 16707, F.F. c. S. Finanziaria s.p.a. in liquidazione, in *Le società*, 2005, p. 164
- Trib. Milano, uff. g.i.p., ord. 20 settembre 2004, n. 30382-03, IVRI, in *Guida al dir.*, 2004, n. 47, p. 69
- Trib. Riesame Milano, 8 ottobre 2004, Siemens A.G., in *Corr. merito*, 2005, n. 3, p. 319
- Trib. Lucca, 26 ottobre 2004, Martinelli, in *Foro it.*, 2006, II, p. 329
- Cass., 18 novembre 2004, G., in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006, p. 373
- Trib. Riesame Milano, ord. 20 dicembre 2004, IVRI, in *Foro ambrosiano*, 2004, p. 530
- Trib. Milano, uff. GUP., 25 gennaio 2005, Italaudit s.p.a. ed altri, in *Corr. merito*, 2005, n. 5, p. 576
- Trib. Bari, uff. g.i.p., 18 aprile 2005, La Fiorita S.c.a.r.l., in *Le società*, 2006, n. 3, p. 365
- Trib. Ivrea, ord., 12 maggio 2005, Soc. coop. Forum, in *Foro it.*, 2005, II, p. 527
- Cass., 20 dicembre 2005, Soc. Jolly Mediterranea, in *Foro it.*, 2006, II, p. 329
- Cass., 23 giugno 2006, La Fiorita soc. coop. a r. l., in *Guida al dir.*, 2006, n. 42, p. 61
- Cass., 27 settembre 2006, n. 31989, www.reatisocietari.it
- Cass., 12 marzo 2007, n. 10500, www.reatisocietari.it
- Trib. Milano, uff. g.i.p., sent. 26 febbraio 2007, Unipol, in *Corr. merito*, 2007, p. 913
- Trib. Napoli, uff. g.i.p., ord. 26 giugno 2006, inedita
- Trib. Milano, sent. 20 marzo 2007, Mychef, www.rivista231.it
- Trib. Milano, 28 giugno 2007, Impregilo, www.rivista231.it

Bibliografia del materiale statunitense

Advanced Corporate Compliance Workshop 2005, Co-Chairs The Honorable Michael E. Horowitz, Rebecca Walker, Practising Law Institute

Alan C. Michaels, Fastow and Arthur Andersen: Some Reflections on Corporate Criminality, Victim Status, and Retribution, *1 Ohio St. J. Crim. L.* 551 (2004)

Alan O. Sykes, An Efficiency Analysis of Vicarious Liability Under the Law of Agency, *91 Yale Law Journal* 168 (1989)

Alan Strudler, Moral Principle in the Law of Insider Trading, *University of Texas Law Review* 78 (1999)

Andres Cowan, Scarlet Letters for Corporations? Punishment by Publicity Under the New Sentencing Guidelines, *65 Southern California Law Review* 2387 (1992).

Andrew J. Natale, Expansion of Parent Corporate Shareholder Liability through the Good Samaritan Doctrine -- A Parent Corporation's Duty to Provide a Safe Workplace for Employees of its Subsidiary, *57 U. Cin. L. Rev.* 717 (1988)

Andy Hochstetler & Heith Copes, Organizational Culture and Organizational Crime, in *Crimes of Privilege: Readings in White Collar Crime* 210 (Neal Shover & John Paul Wright eds., Oxford University Press 2001)

Ann Foerschler, Corporate Criminal Intent: Toward a Better Understanding of Corporate Misconduct, *78 California Law Review* 1287 (1990)

Anthony Ragozino, Replacing The Collective Knowledge Doctrine With A Better Theory For Establishing Corporate Mens Rea: The Duty Stratification Approach, *24 Sw. U. L. Rev.* 423 (1995)

Barry W. Rashkover, Reforming Corporations Through Prosecution: Perspectives From An Sec Enforcement Lawyer, *89 Cornell L. Rev.* 535 (2004)

Benjamin M. Greenblum, What Happens To A Prosecution Deferred? Judicial Oversight Of Corporate Deferred Prosecution Agreements, *105 Colum. L. Rev.* 1863 (2005)

Bernard Black & Reinier Kraakman, A Self-Enforcing Model of Corporate Law, *109 Harvard Law Review* 1911 (1996)

Brent Fisse, Corporate Criminal Responsibility, *15 Criminal Law Journal* 166 (1991).

Brent Fisse, Reconstructing Corporate Criminal Law: Deterrence, Retribution, Fault, and Sanctions, *56 Southern California Law Review* 1141 (1983)

Brent Fisse & John Braithwaite, *The Impact of Publicity on Corporate Offenders* (State University of New York Press 1983)

Brian R. Becker, Corporate Successor Criminal Liability: The Real Crime, *19 American Journal of Criminal Law* 435 (1992)

Bruce Zagaris, Avoiding Criminal Liability In The Conduct Of International Business, *21 Wm. Mitchell L. Rev.* 749 (1996)

Carmen Couden, The Thompson Memorandum: A Revised Solution or Just a Problem?, *30 Iowa J. Corp. L.* 405 (2005)

Cassandra Jones Havard, Back To The Parent: Holding Company Liability For Subsidiary Banks - A Discussion Of The Net Worth Maintenance Agreement, The Source Of Strength Doctrine, And The Prompt Corrective Action Provision, *16 Cardozo L. Rev.* 2353 (1995)

Charles J. Walsh and Alissa Pyrich, Corporate Compliance Programs As A Defense To Criminal Liability: Can A Corporation Save Its Soul?, *47 Rutgers L. Rev.* 605(1995)

Christopher A. Wray, Corporate Probation Under the New Organizational Sentencing Guidelines, *101 Yale L.J.* 2017 (1992)

Christopher Kennedy, Criminal Sentences for Corporations: Alternative Fining Mechanisms, *73 Calif. L. Rev.* 443 (1985)

Christopher M. Brown and Nikhil S. Singhvi, Antitrust Violations, *35 Am. Crim. L. Rev.* 467 (1998)

Cindy A. Schipani, The Changing Face of Parent and Subsidiary Corporations: Enterprise Theory and Federal Regulation, *37 Conn. L. Rev.* 691 (2005)

Cindy R. Alexander & Mark A. Cohen, New Evidence on the Origins of Corporate Crime, *17 Managerial and Decision Economics* 421 (1996)

Cindy R. Alexander, Jennifer Arlen, Mark A. Cohen, Regulating Corporate Criminal Sanctions: Federal Guidelines and the Sentencing of Public Firms, *42 J. Law & Econ.* 393 (1999)

Contemporary Issues in Crime and Criminal Justice: Essays in Honor of Gilbert Geis, Henry N. Pontell & David Shichor eds., Prentice-Hall, 2001

Cristina De Maglie, Models of Corporate Criminal Liability in Comparative Law, *4 Wash. U. Global Stud. L. Rev.* 547 (2005)

Cynthia E. Carrasco & Michael E. Dupree, Corporate Criminal Liability, *36 American Criminal Law Review* 445 (1999)

Corporate Compliance 2001, Chairs Carole L. Basri, Karen Guarino, Joseph E. Murphy, Gregory Wallace, Practising Law Institute

Dan K. Webb & Steven F. Molo, Some Practical Considerations in Developing Effective Compliance Programs: A Framework for Meeting the Requirements of the Sentencing Guidelines, *71 Washington University Law Quarterly* 375 (1993)

Dan K. Webb, Steven F. Molo & James F. Hurst, Understanding and Avoiding Corporate and Executive Criminal Liability, *49 Business Lawyer* 617 (1994)

Dan M. Kahan, Social Meaning and the Economic Analysis of Crime, *27 J. Legal Stud.* 609 (1998)

Daniel R. Fischel & Alan O. Sykes, Corporate Crime, *25 Journal of Legal Studies* 319 (1996)

David Luban, Are Criminal Defenders Different?, *91 Mich. L. Rev.* 1729 (1993)

David Weisburd, Stanton Wheeler, Elin Waring, Nancy Bode, Crimes of the Middle Classes, White-Collar Offenders in the Federal Courts, Yale University Press

Deborah A. DeMott, Organizational Incentives To Care About The Law, *60 Law & Contemp. Prob.* 39 (1997)

Donald C. Langevoort, The Behavioral Economics Of Corporate Compliance With Law, *2002 Colum. Bus. L. Rev.* 71

Donald C. Langevoort, The Epistemology Of Corporate-Securities Lawyering: Beliefs, Biases And Organizational Behavior, *63 Brooklyn L. Rev.* 629 (1997)

Donald J. Miester, Jr., Criminal Liability For Corporations That Kill, *64 Tul. L. Rev.* 919 (1990)

Don Stuart, Punishing Corporate Criminals with Restraint, *6 Crim. L.F.* 219 (1995)

Eliezer Lederman, Criminal Law, Perpetrator and Corporation: Rethinking a Complex Triangle, *76 J. Crim. L. & Criminology* 285 (1985)

Eli Lederman, Models for Imposing Corporate Criminal Liability: From Adaptation and Imitation Toward Aggregation and the Search for Self-Identity, *4 Buff. Crim. L. R.* 641 (2000)

Elizabeth K. Ainslie, Indicting Corporations Revisited: Lessons Of The Arthur Andersen Prosecution, *43 Am. Crim. L. Rev.* 107 (2006)

Ellen S. Podgor, Corporate and White Collar Crime: Simplifying the Ambiguous, *31 American Criminal Law Review* 391 (1994)

Elkan Abramowitz, Barry A. Bohrer, White-Collar Crime Andersen Jury Instruction: A New Collective Corporate Liability?, *6 Crim. L.F.* 1 (2002)

Eric Colvin, Corporate Personality and Criminal Liability, *6 Crim. L.F.* 1 (1996)

Eric Engle, Extraterritorial Corporate Criminal Liability: A Remedy For Human Rights Violations?, *20 St. John's J.L. Comm.* 287 (2006)

F. Joseph Warin and Jason C. Schwartz. Deferred Prosecution: The Need for Specialized Guidelines for Corporate Defendants, *23 Iowa J. Corp. L.* 121 (1997)

Frank O. Bowman, Coping with "Loss:" A Re-examination of Sentencing Federal Economic Crime Under the Guidelines, *51 Vanderbilt Law Review* 461 (1998)

Frank O. Bowman, Drifting Down the Dnieper with Prince Potemkin: Some Skeptical Reflections about the Place of Compliance Programs in Federal Criminal Sentencing, *39 Wake Forest L. Rev.* 671 (2004)

Gerhard O.W. Mueller, Mens Rea and the Corporation: A Study of the Model Penal Code Position on Corporate Criminal Liability, *19 University of Pittsburgh Law Review* 21 (1957)

Gunter Heine, New Developments in Corporate Criminal Liability in Europe: Can Europeans Learn from the American Experience-or Vice Versa?, *1998 St. Louis-Warsaw Trans'l* 173

Gerard E. Lynch, Crime And Custom In Corporate Society: The Role Of Criminal Law In Policing Corporate Misconduct, *60 Law & Contemp. Prob.* 23 (1997)

H. Lowell Brown, The Corporate Director's Compliance Oversight Responsibility in the Post Caremark Era, *26 Del. J. Corp. L.* 1 (2001)

Harvey L. Pitt & Karl A. Groskaufmanis, Minimizing Corporate Civil and Criminal Liability: A Second Look at Corporate Codes of Conduct, 78 *Georgetown Law Journal* 1553 (1990)

Hazel Croall, White Collar Crime: Criminal Justice and Criminology (Open University Press 1992)

Henry A. LaBrun, Innocence By Association: Entities And The Person-Enterprise Rule Under Rico, 63 *Notre Dame L. Rev.* 179 (1988)

Henry J. Amoroso, Organizational Ethos and Corporate Criminal Liability, 17 *Campbell Law Review* 47 (1995)

Henry N. Pontell, Kitty Calavita & Robert Tillman, Corporate Crime and Criminal Justice System Capacity: Government Response to Financial Institution Fraud, 11 *Justice Quarterly* 383 (1994)

Ilene H. Nagel & Winthrop M. Swenson, The Federal Sentencing Guidelines for Corporations: Their Development, Theoretical Underpinnings, and Some Thoughts About Their Future, 71 *Washington University Law Quarterly* 205 (1993)

Jacqueline C. Wolff, Keith Lieberthal, Liability of US Companies for Alleged Bribery by Foreign Subsidiaries, *Business Crime Bulletin, Volume 12, number 7, August 2005*

Jay C. Magnuson and Gareth C. Leviton, Policy Considerations In Corporate Criminal Prosecutions After People V. Film Recovery Systems, Inc, 62 *Notre Dame L. Rev.* 913 (1987)

Jayne W. Barnard, Reintegrative Shaming in Corporate Sentencing, 72 *Southern California Law Review* 959 (1999)

Jeanette M. Bowers, A Parent Corporation's Potential Liability For Acts Of Its Dissolved Missouri Subsidiary Corporation, 53 *J. Mo. B.* 145 (1997)

Jed S. Rakoff, Coerced Waiver of Corporate Privilege, *New York Law Journal, July 13, 1995*

Jeffrey M. Kaplan, Compliance Programs for Subsidiaries: A Legal Analysis of Risk and Reward, in *Ethikos, November/December 1999*

Jeffrey M. Kaplan, Ronald E. Berenbeim, Ethics Program, The Role of the Board: A Global Study, The Conference Board, 2004

Jeffrey S. Parker & Raymond A. Atkins, Did the Corporate Criminal Sentencing Guidelines Matter? Some Preliminary Empirical Observations, 42 *Journal of Law and Economics* 423 (1999)

Jeffrey S. Parker, Rules Without...: Some Critical Reflections on the Federal Corporate Sentencing Guidelines, 71 *Washington University Law Quarterly* 397 (1993)

Jennifer Arlen, Reinier Kraakman, Controlling Corporate Misconduct: An Analysis of Corporate Liability Regimes, 72 *NYU Law Review* 687 (1997)

Jennifer Arlen, Evolution of Corporate Criminal Liability: Implications for Managers, from Leadership And Governance From The Inside Out (edited by Robert Gandossy and Jeffrey Sonnenfeld) (2004)

Jennifer Arlen, The Potentially Perverse Effects of Corporate Criminal Liability, 23 *Journal of Legal Studies* 833 (1994)

Joel M. Androphy, Richard G. Paxton, and Keith A. Byers, General Corporate Criminal Liability, 60 *Tex. B. J.* 121 (1997)

John Braithwaite, *Criminological Theory and Organizational Crime*, 6 *Justice Quarterly* 333 (1989)

John C. Coffee, Jr., *Corporate Crime and Punishment: A Non-Chicago View of the Economics of Criminal Sanctions*, 17 *American Criminal Law Review* 419 (1980)

John C. Coffee, Jr., *Corporate Criminal Responsibility*, in 1 *Encyclopedia of Crime and Justice* 253 (Sanford H. Kadish ed., Free Press 1983)

John C. Coffee, Jr., *Deferred prosecution: Has it gone too far?*, *The National Law Journal*, July 25, 2005

John C. Coffee, Jr., *Does "Unlawful" Mean "Criminal"?: Reflections on the Disappearing Tort/Crime Distinction in American Law*, 71 *Boston University Law Review* 193 (1991)

John C. Coffee, Jr., *From Tort to Crime: Some Reflections on the Criminalization of Fiduciary Breaches and the Problematic Line Between Law and Ethics*, 19 *American Criminal Law Review* 117 (1981)

John C. Coffee, Jr., *Making the Punishment Fit the Corporation: The Problem of Finding an Optimal Corporation Criminal Sanction*, 1 *Northern Illinois University Law Review* 3 (1980)

John C. Coffee, Jr., *"No Soul to Damn. No Body to Kick": An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment*, 79 *Michigan Law Review* 386 (1981)

John C. Coffee, Jr., *Overcriminalization?*, *The National Law Journal*, August 16, 2004

John C. Coffee, Jr., *Sarbanes-Oxley Act: Impact on Civil Litigation under the Federal Securities Laws, A Brief Tour of the Major Reforms in the Sarbanes-Oxley Act*, December 5, 2002, ALI-ABA Course of Study

John C. Coffee, Jr., Richard Gruner & Christopher Stone, *Draft Proposal on Standards for Organizational Probation*, in *Discussion Materials on Organizational Sanctions* (United States Sentencing Commission 1988)

John C. Coffee, Jr., Richard Gruner & Christopher D. Stone, *Standards for Organizational Probation: A Proposal to the United States Sentencing Commission*, 10 *Whittier Law Review* 77 (1988)

John E. Stoner *Corporate Criminal Liability For Homicide: Can The Criminal Law Control Corporate Behavior?*, 38 *Sw. L.J.* 1275 (1985)

John Hasnas, *Ethics and the Problem of White Collar Crime*, 54 *American University Law Review* 579 (2005)

John Hasnas, *Overcriminalization: The Politics Of Crime: Article: Ethics And The Problem Of White Collar Crime*, 54 *Am. U.L. Rev.* 579 (2005)

John Hasnas, *The Significant Meaninglessness of Arthur Andersen LLP v. United States*, 2004-2005 *Cato Supreme Court Review* 187 (2005)

John Kaplan, Robert Weisberg, Guyora Binder, *Criminal law: cases and materials*, 5th edition, Aspen Publishers 2004

John S. Baker, Jr., *Reforming Corporations Through Threats Of Federal Prosecution*, 89 *Cornell L. Rev.* 310 (2004)

John T. Byam, *The Economic Inefficiency of Corporate Criminal Liability*, 73 *Journal of Criminal Law & Criminology* 582 (1982)

Jonathan C. Poling and Kimberly Murphy White, Corporate Criminal Liability, *38 Am. Crim. L. Rev.* 525 (2001)

Jonathan R. Macey, Agency Theory and the Criminal Liability of Organizations, *71 Boston University Law Review* 315 (1991)

Jones Day, White Paper, 2006 Update on Transnational Antibribery Laws, march 2006, www.jonesday.com

Joseph F. DiMento, Can Social Science Explain Organizational Noncompliance with Environmental Law? *45 Journal of Social Issues* (1989)

Joseph F.C. DiMento, Gilbert Geis and Julia M. Gelfand, Corporate Criminal Liability: A Bibliography, *28 W. St. U.L. Rev.* 1 (2000)

Joseph S. Hall, Corporate Criminal Liability: Thirteenth Survey of White Collar Crime, *35 American Criminal Law Review* 549 (1998)

Joshua Safran Reed, CERCLA - Parent Liability: Reconciling Environmental Liability Standards after Iverson and Bestfoods, *27 Ecology L.Q.* 673 (2000)

Julie R. O'Sullivan, Some Thoughts on Proposed Revisions to the Organizational Guidelines, *1 Ohio St. J. Crim. L.* 487 (2004)

Kathleen F. Brickey, Close Corporations and the Criminal Law: on "Mom and Pop" and a Curious Rule, *71 Washington University Law Quarterly* 189 (1993)

Kathleen F. Brickey, Conspiracy, Group Danger And The Corporate Defendant, *52 U. Cin. L. Rev.* 431 (1983)

Kathleen F. Brickey, Rethinking Corporate Liability Under the Modern Penal Code, *19 Rutgers Law Review* 593 (1988)

Kathleen F. Brickey, The Sarbanes-Oxley Act Of 2002: Enron's Legacy, *8 Buff. Crim. L. R.* 221(2004)

Kathryn Kennealy and Kenneth M. Breen, White Collar Crime, *29 Champion* 44 (2005)

Kathryn Keneally, White Collar Crime: Corporate Compliance Programs: From The Sentencing Guidelines To The Thompson Memorandum -- And Back Again, *28 Champion* 42 (2004)

Katsuhito Iwai, Persons, Things and Corporations: The Corporate Personality Controversy and Comparative Corporate Governance, *47 Am. J. Comp. L.* 583 (1999)

Keith Loken, The Oecd Anti-Bribery Convention: Coverage Of Foreign Subsidiaries, *33 Geo. Wash. Int'l L. Rev.* 325 (2001)

Kevin A. Gaynor, Thomas R. Bartman, Criminal Enforcement of Environmental Laws, *10 Colo. J. Int'l Envtl. L. & Pol'y* 39 (1999)

Kevin B. Huff, The Role of Corporate Compliance Programs in Determining Corporate Criminal Liability: A Suggested Approach, *96 Columbia Law Review* 1252 (1996)

Kimberly D. Krawiec, Corporate Decisionmaking: Organizational Misconduct: Beyond the Principal-Agent Model, *32 Fls. St. U. L. Rev.* 571 (2005)

Kimberly D. Krawiec, Cosmetic Compliance and the Failure of Negotiated Governance, *81 Wash. U. L. Q.* 487 (2003)

Kip Schlegel, David Eitle and Steven Gunkel, Are White-Collar Crimes Overcriminalized? Some Evidence on the Use of Criminal Sanctions Against Securities Violators, *28 W. St. U.L. Rev.* 117 (2001)

Kitty Calavita, Robert Tillman & H.N. Pontell, The Savings and Loan Debacle, Financial Crime, and the State, *23 Annual Review of Sociology* 19 (1997)

Lance Cole, Corporate Criminal Liability in the 21st Century: A New Era?, *45 S. Tex. L. Rev.* 147 (2003)

Larry D. Thompson, Deputy Attorney General, memorandum to Heads of Department Components United States Attorneys, Principles of Federal Prosecution of Business Organizations, January 20, 2003

Laureen Snider, Cooperative Models and Corporate Crime: Panacea or Cop-Out?, *36 Crime and Delinquency* 373 (1990)

Lawrence Friedman, Essay in Defense of Corporate Criminal Liability, *23 Harvard Journal of Law and Public Policy* 833 (2000)

Leonard Orland, Beyond Organizational Guidelines: Toward a Model Federal Corporate Criminal Code, *71 Washington University Law Quarterly* 357 (1993)

Leonard Orland, Corporate Punishment By The U.S. Sentencing Commission, *4 Fed. Sent. R.* 50 (1991)

Leonard Orland, The Transformation of Corporate Criminal Law, University of Connecticut School of Law, bozza del 25 marzo 2006

Leonard Post, Deferrals on rise in foreign bribery; DaimlerChrysler cooperates in probe, *National Law Journal*, August 15, 2005

Lionel M. Lavenue, The Corporation as a Criminal Defendant and Restitution as a Criminal Remedy: Application of the Victim and Witness Protection Act by the Federal Sentencing Guidelines for Organizations, *18 Iowa J. Corp. L.* 441 (1993)

Lisa Ann Harig, Note, Ignorance Is Not Bliss: Responsible Corporate Officers Convicted of Environmental Crimes and the Federal Sentencing Guidelines, *42 Duke Law Journal* 145 (1992)

Mark A. Cohen, Corporate Crime and Punishment: A Study of Social Harm and Sentencing Practice in the Federal Courts, 1984-1987, *26 American Criminal Law Review* 605 (1989)

Mark A. Cohen, Corporate Crime and Punishment: An Update on Sentencing Practices in the Federal Courts, *71 Boston University Law Review* 247 (1992)

Mark A. Cohen, Environmental Crime and Punishment: Legal/Economic Theory and Empirical Evidence of Enforcement of Federal Environmental Statutes, *82 Journal of Criminal Law & Criminology* 1054 (1992)

Mark A. Cohen & Sally S. Simpson, The Origins of Corporate Criminality: Rational Individual and Organizational Actors, in *Debating Corporate Crime* 33 (William S. Lofquist, Mark A. Cohen & Gary A. Rabe eds., Anderson 1997)

Mark A. Cohen, The Role of Criminal Sanctions in Antitrust Enforcement, *7 Contemporary Policy Issues* 36 (1989)

Marshall B. Clinard & Peter C. Yeager, *Corporate Crime* (Free Press 1980)

Martin J. Weinstein, Patricia Bennett Ball, *Criminal Law's Greatest Mystery Thriller: Corporate Guilt Through Collective Knowledge*, 29 *New Eng. L. Rev.* 65 (1994)

Mary Kreiner Ramirez, *The Science Fiction of Corporate Criminal Liability: Containing the Machine Through the Corporate Death Penalty*, 47 *Ariz. L. Rev.* 933(2005)

Matthew E. Beck & Matthew E. O'Brien, *Corporate Criminal Liability*, 37 *American Criminal Law Review* 261 (2000)

Melissa S. Baucus, *Pressure, Opportunity and Predisposition: A Multivariate Model of Corporate Illegality*, 20 *Journal of Management* 699 (1994)

Melissa S. Baucus & David A. Baucus, *Paying the Piper: An Empirical Examination of Larger-Term Financial Consequences of Illegal Corporate Behavior*, 40 *Academy of Management Journal* 129 (1997)

Michael Goldsmith, Chad W. King, *Policing Corporate Crime: The Dilemma of Internal Compliance Programs*, 50 *Vand. L. Rev.* 1 (1997)

Michael A. Simons, *Vicarious Snitching: Crime, Cooperation, And "Good Corporate Citizenship"*, 76 *St. John's L. Rev.* 979 (2002)

Molly E. Joseph, *Organizational Sentencing: Thirteenth Survey of White Collar Crime*, 35 *American Criminal Law Review* 1017 (1998)

Nell I. Brown, James R. Burns, *Antitrust Violations*, 37 *Am. Crim. L. Rev.* 163 (2000)

Note, *Development in the Law - Corporate Crime: Regulating Corporate Behavior Through Criminal Sanctions*, 92 *Harvard Law Review* 1227 (1979)

Note, *Growing the Carrot: Encouraging Effective Corporate Compliance*, 109 *Harvard Law Review* 1783 (1996)

Note, *Liability Of Parent Corporations For Hazardous Waste Cleanup And Damages*, 99 *Harvard Law Review* 986 (1986)

Note, *Mens Rea in Federal Criminal Law*, 111 *Harvard Law Review* 2402 (1998)

Nicole Leeper Piquero and Sally S. Simpson, *Low Self-Control, Organizational Theory, and Corporate Crime*, *Law & Society Review*, 36, 3, (2002)

O.C. Ferrell, Debbie Thorne LeClair & Linda Ferrell, *The Federal Sentencing Guidelines for Organizations: A Framework for Ethical Compliance*, 17 *Journal of Business Ethics* 353 (1998)

Pamela H. Bucy, *Corporate Ethos: A Standard for Imposing Corporate Criminal Liability*, 75 *Minnesota Law Review* 1095 (1991)

Pamela H. Bucy, *Organizational Sentencing Guidelines: The Cart Before the Horse*, 71 *Washington University Law Quarterly* 329 (1992)

Patricia S. Abril, Ann Morales Olazábal, *The Locus Of Corporate Scierter*, 2006 *Colum. Bus. L. Rev.* 81

Paul Fiorelli, *Will U.S. Sentencing Commission Amendments Encourage A New Ethical Culture Within Organizations?*, 39 *Wake Forest L. Rev.* 565 (2005)

Peter Arenella, Convicting the Morally Blameless: Reassessing the Relationship Between Legal and Moral Accountability, *39 UCLA Law Review* 1511 (1992)

Philip A. Wellner, Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions, *27 Cardozo L. Rev.* 497 (2005)

Phillip I. Blumberg, *The Multinational Challenge to Corporation Law: The Search for a New Corporate Personality* (Oxford University Press 1993)

Phillip I. Blumberg, *The Law of Corporate Groups*, 1989

Raymond Paternoster, Sally Simpson, Sanction Threat and Appeals to Morality: Testing a Rational Choice Model of Corporate Crime, in *Law and Society Review*, 30(3) 1996, 549

Richard A. Posner, *An Economic Theory Of The Criminal Law*, 85 *Colum. L. Rev.* 1193 (1985)

Richard S. Gruner, Beyond Fines: Innovative Corporate Sentences Under Federal Sentencing Guidelines, *71 Washington University Law Quarterly* 261 (1993)

Richard S. Gruner, *Corporate Crime And Sentencing* 2nd Ed., Business Laws, Inc. (1998)

Richard S. Gruner, Just Punishment And Adequate Deterrence For Organizational Misconduct: Scaling Economic Penalties Under The New Corporate Sentencing Guidelines, *66 S. Cal. L. Rev.* 225 (1992)

Richard S. Gruner, Structural Sanctions: Corporate Sentences Beyond Fines, in *Debating Corporate Crime* 143 (William S. Lofquist, Mark A. Cohen & Gary A. Rabe eds., Anderson 1997)

Richard Gruner, To Let the Punishment Fit the Organization: Sanctioning Corporate Offenders Through Corporate Probation, *16 American Journal of Criminal Law* 1 (1988)

Richard S. Gruner, Towards an Organizational Jurisprudence: Transforming Corporate Criminal Law Through Federal Sentencing Reform, *36 Arizona Law Review* 407 (1994)

Richard S. Gruner & Louis M. Brown, Organizational Justice: Recognizing and Rewarding the Good Citizen Corporation, *21 Journal of Corporate Law* 731 (1996)

Richard T. Oakes, Anthropomorphic Projection And Chapter Eight Of The Federal Sentencing Guidelines: Punishing The Good Organization When It Does Evil, *22 Hamline L. Rev.* 749 (1999)

Robert A. Baruch Bush, Between Two Worlds: The Shift From Individual To Group Responsibility In The Law Of Causation Of Injury, *33 UCLA L. Rev.* 1473 (1986)

Robert A. Prentice, Conceiving the Inconceivable and Judicially Implementing the Preposterous: The Premature Demise of Respondent Superior Liability Under Section 10(b), *58 Ohio St. L.J.* 1325 (1997)

Robert J. Sussman, Practicing White Collar Criminal Defense In The Post-Enron Era: Some Changes In The System, *43 Houston Lawyer* 26 (2005)

Roberto Iraola, Criminal liability of a Parent Company for the Conduct of Its Subsidiary: The Spillover of the Exxon Valdez, *31, Criminal Law Bulletin* 3 (1995)

Roland Hefendehl, Enron, WorldCom, and the Consequences: Business Criminal Law Between Doctrinal Requirements and the Hopes of Crime Policy, *8 Buff. Crim. L. R.* 5 (2004)

Russell Mokhiber, Crime Without Conviction: The Rise Of Deferred And Non Prosecution Agreements, A Report Released by Corporate Crime Reporter, Wednesday, December 28, 2005, National Press Club, Murrow Room, Washington, D.C.

Samuel W. Buell, The Blaming Function of Entity Criminal Liability, *81 Ind. L. J. No2* (2005)

Sally S. Simpson, Assessing Corporate Crime Control Policies: Criminalization Versus Cooperation, *Kobe University Law Review*, 32, 101, (1998)

Sally S. Simpson, Corporate Crime, Law, and Social Control, Cambridge University (2002)

Sally S. Simpson, Corporate Crime Deterrence and Corporate-Control Policies, Views from the Inside, in *White Collar Crime Reconsidered* 289 (Kip Schlegel & David Weisburd eds., Northeastern University Press, 1992).

Sally S. Simpson & Christopher S. Koper, Deterring Corporate Crime, *30 Criminology* 347 (1992)

Sara Sun Beale, Adam G. Safwat, What Developments in Western Europe Tell Us about American Critiques of Corporate Criminal Liability, *8 Buff. Crim. L. R.* 89 (2004)

Sarah Helene Duggin, Internal Corporate Investigations: Legal Ethics, Professionalism And The Employee Interview, *2003 Colum. Bus. L. Rev.* 859

Scott N. Carlson, Paula J. Desio, Chapter Eight Of The U.S. Federal Sentencing Guidelines And The Oecd Standards Of Corporate Conduct: The Next Harmonic Convergence?, *1504 PLI/Corp* 149 (2005)

Shaun P. Martin, Intracorporate Conspiracies, *50 Stanford Law Review* 399 (1998)

Simon Chesterman, Oil And Water: Regulating The Behavior Of Multinational Corporations Through Law, *36 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.* 307 (2004)

Spencer R. Fisher Corporate Criminal Liability, *41 Am. Crim. L. Rev.* 367 (2004)

Stephanie Martz, Trends In Deferred Prosecution Agreements, *29 Champion* 45 (2005)

Stephany Watson, Fostering Positive Corporate Culture In The Post-Enron Era, *6 Transactions* 7 (2004)

Steven L. Friedlander, Using Prior Corporate Convictions to Impeach, *78 Calif. L. Rev.* 1313 (1990)

Steven R. Ratner, Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility, *111 Yale L.J.* 443 (2001)

Steven Walt & William S. Laufer, Why Personhood Doesn't Matter: Corporate Criminal Liability and Sanctions, *18 American Journal of Criminal Law* 263 (1991)

Tania Brief and Terrell Mcsweeney, Corporate Criminal Liability, *40 Am. Crim. L. Rev.* 337 (2003)

Thomas A. Hagemann & Joseph Grinstein, The Mythology of Aggregate Corporate Knowledge: A Deconstruction, *65 George Washington Law Review* 210 (1997)

Thomas Koenig, Michael Rustad, "Crimtorts" As Corporate Just Deserts, *31 U. Mich. J.L. Reform* 289 (1998)

Timothy Wu and Yong-Song Kang, Criminal Liability for the Actions of Subordinates: The Doctrine of Command Responsibility and Its Analogues in United States Law, *38 Harvard International Law Journal* 272 (1997)

V.S. Khanna, A Political Economy Theory of Corporate Crime Legislation, *Discussion Paper No. 220, Center for Law & Economic Studies, Columbia Law School* (2003)

V.S. Khanna, Corporate Crime Legislation: A Political Economy Analysis, *82 Washington University Law Quarterly* 95 (2004)

V.S. Khanna, Corporate Criminal Liability: What Purpose Does It Serve? *109 Harvard Law Review* 1477 (1996)

V.S. Khanna, Corporate Liability Standards: When Should Corporations be Held Criminally Liable? *37 American Criminal Law Review* 1239 (2000)

V.S. Khanna, Is the Notion of Corporate Fault a Faulty Notion?: The Case of Corporate Mens Rea, *79 Boston University Law Review* 355 (1999)

V.S. Khanna, Politics and Corporate Crime Legislation, *Regulation, spring 2004*, 30

V.S. Khanna, Should the Behavior of Top Management Matter? *91 Georgetown Law Journal* 1215 (2003)

Why So Few Securities Fraud Cases Are Criminally Prosecuted, nota reperibile sul sito www.knowledge.wharton.upenn.edu

William S. Laufer, Corporate Bodies and Guilty Minds, *43 Emory Law Journal* 647 (1994)

William S. Laufer, Corporate Liability, Risk Shifting, and the Paradox of Compliance, *52 Vanderbilt Law Review* 1343 (1999)

William S. Laufer, Corporate Prosecution, Cooperation, and the Trading of Favors, *87 Iowa L. Rev.* 643, (2002)

William S. Laufer, Culpability and the Sentencing of Corporations, *71 Nebraska Law Review* 1049 (1992)

William S. Laufer and Alan Strudler, Corporate Intentionality, Desert, and Variants of Strict Liability, *American Criminal Law Review*, 38, 2000

William S. Lofquist, Legislating Organizational Probation: State Capacity, Business Power, and Corporate Crime Control, *27 Law & Society Review* 741 (1993)

William S. Lofquist, Organizational Probation and the U.S. Sentencing Commission, *525 Annals of the American Academy of Political and Social Science* 157 (1993)

Giurisprudenza statunitense

Arthur Andersen LLP v. United States, 125 S. Ct. 2129 (2005)

In Re Worldcom, Inc. Securities Litigation; United States District Court for the Southern District Of New York, 352 F. Supp. 2d 472 (2005)

C. Ray Davenport, Commissioner, Department of Labor and Industry v. Summit Contractors, Inc., D/B/A Sci, Corp., 45 Va. App. 526; 612 S.E.2d 239 (2005)

United States v. Freddie J. Booker; United States v. Ducan Fanfan (No. 04-104), (No. 04-105), 543 U.S. 220 (2005)

The Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc., and Republic of the Sudan, United States District Court For The Southern District Of New York, 374 F. Supp. 2d 331 (2005)

United States of America, v. Richard M. Scrusby, United States District Court for the Northern District of Alabama, Southern Division, 366 F. Supp. 2d 1134 (2005)

United States of America v. Myr Group, Inc., United States Court of Appeals for the Seventh Circuit; 361 F.3d 364 (2004)

United States of America, v. Myr Group Inc. And The L.E. Myers Company, Defendants, United States District Court for the Northern District Of Illinois, Eastern Division, 2003 U.S. Dist. LEXIS 7401 (2003)

United States of America, V. Myr Group, Inc. And The L.E. Myers Company; (274 F. Supp.), 2d 945 (2003)

United States of America, Plaintiff, v. Bainbridge Management, Inc., Defendant, United States District Court for the Northern District Of Illinois, Eastern Division, 2002 U.S. Dist. LEXIS 6309

State of Alabama v. St. Paul Fire and Marine Insurance Company, Court of Criminal Appeals of Alabama, 835 So. 2d 230 (2000)

State Of Missouri, Respondent, v. Boone Retirement Center, Inc., Appellant; Court of Appeals of Missouri, Western District; 26 S.W.3d 265 (2000)

Symphony Grace v. Thomason Nissan, an Oregon Corporation, and David Campbell, 76 F. Supp. 2d 1083 (1999)

United States of America v. Captan Jack Wyly, United States Court Of Appeals for the Fifth Circuit 193 F.3d 289 (1999)

United States of America, v. Dr. Carl Peterson; Peterson Enterprises, Inc., United States Court of Appeals For The Sixth Circuit, 1999 U.S. App. LEXIS 20336

United States v. Bestfoods, Et Al., Supreme Court of the United States, 524 U.S. 51; 118 S. Ct. 1876 (1998)

United States of America v. Ladish Malting Co., United States Court Of Appeals For The Seventh Circuit, 135 F.3d 484 (1998)

United States of America V. Sun-Diamond Growers Of California, United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit; 138 F.3d 961 (1998)

Verna Emery, On Behalf Of Herself And All Others Similarly Situated, V. American General Finance, Inc. And American General Finance Corp., United States District Court for the Northern District Of Illinois, Eastern Division, 938 F. Supp. 495 (1996)

In Re Caremark International Inc. Derivative Litigation, Consolidated Civil Action No. 13670, Court of Chancery Of Delaware, New Castle, 698 A.2d 959 (1996)

State Of Wisconsin, V. Richard Knutson, Inc., 196 Wis. 2d 86 (1995)

United States of America v. Sean J. Gallagher And Commodity Recycling, Inc., United States District Court for the Eastern District of Virginia, Richmond Division, 856 F. Supp. 295 (1994)

United States of America V. C.R. Bard, Inc. 848 F. Supp. 287 (1994)

The People of the State of New York v. 1. Lessoff & Berger, 2. Jeffrey Lessoff, Supreme Court of New York, Criminal Term, Kings County; 159 Misc. 2d 1096 (1994)

United States v. One Parcel of Land, No. 91-1617, United States Court of Appeals for the Seventh Circuit, 965 F.2d 311 (1992)

United States of America v. Patrick J. Doig, United States Court of Appeals for the Seventh Circuit, 950 F.2d 411 (1991)

United States of America v. William Fleming Burbank, IV, a/k/a Bill Burbank, Jr., United States Court of Appeals for the Fourth Circuit; 848 F.2d 453 (1988)

United States of America v. Central National Bank And Alamo Bank Of Texas, as Successor in Interest to Central National Bank, 705 F. Supp. 336 (1988)

United States of America v. Bank of New England, N.A., 821 F.2d 844 (1st circuit, 1987)

Commonwealth v. L. A. L. Corporation & others, Supreme Judicial Court of Massachusetts, 400 Mass. 737 (1987)

United States of America, v. Automated Medical Laboratories, Inc., United States Court of Appeals for the Fourth Circuit; 770 F.2d 399 (1985)

State of Minnesota, v. Christy Pontiac-GMC, Inc., 354 N.W.2d 17 (1984)

Copperweld Corp. et al. v. Independence Tube Corp., Supreme Court of the United States, 467 U.S. 752 (1984)

State Of Louisiana v. Chapman Dodge Center, Inc. and John Swindle, Supreme Court of Louisiana, 428 So. 2d 413 (1983)

United States of America V. Basic Construction Company, Henry S. Branscome, Henry S. Branscome, Inc., United States Court of Appeals for the Fourth Circuit; 711 F.2d 570 (1983)

United States of America v. Edward A. Cincotta; United States Of America, v. John Zero; United States Of America, Appellee, v. Mystic Fuel, Inc., Defendant, United States Court of Appeals for the First Circuit; 689 F.2d 238 (1982)

United States of America v. Willi Beusch and Deak & Company Of California, Inc., United States of America v. Willi Beusch and Deak & Company Of California, Inc., United States Court of Appeals, Ninth Circuit; 596 F.2d 871 (1979)

Attorney General v. Liquor Control Commission (Attorney General V. Thayer), 65 Mich. App. 88 (1975)

United States, v. Hilton Hotels Corp., et al., Defendants; Western International Hotels Co., United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 467 F.2d 1000 (1972)

Commonwealth v. Beneficial Finance Company & others, Supreme Judicial Court of Massachusetts, 360 Mass. 188 (1971)

United States v. Wilshire Oil Co. of Texas, Defendant-Appellant; United States Court of Appeals for the Tenth Circuit; 427 F.2d 969 (1970)

United States of America v. Johns-Manville Corporation, Keasbey & Mattison Company, Robert F. Orth, Louis F. Frazza, Robert R. Porter, Norman L. Barr, and James R. Reichel; United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania; 231 F. Supp. 690 (1963)

United States of America v. George S. Carter, United States Of America v. City Products Corporation. United States of America v. The Pilsener Brewing Company, United States of America v. John J. Felice; United States Court of Appeals Sixth Circuit; 311 F.2d 934 (1963)

Standard Oil Company Of Texas and Pasotex Pipe Line Company, Appellants, v. United States of America, Appellee; United States Court of Appeals Fifth Circuit; 307 F.2d 120 (1962)

United States v. Empire Packing Co, et al.; United States Court of Appeals, Seventh Circuit; 174 F.2d 16 (1949)

Old Monastery Co. v. United States, United States Circuit Court of Appeals, Fourth Circuit, 147 F.2d 905 (1945)

Platt v. Bradner Co., Supreme Court of Washington; 131 Wash. 573 (1924)