

IL PUNTO ...

sulla responsabilità amministrativa da reato nell'ambito dei gruppi societari.

1. Premessa.

Il D. Lgs. n. 231 del 2001 modella la responsabilità degli enti giuridici sulla figura degli enti singolarmente considerati, senza prendere in considerazione il fenomeno – pure espressamente disciplinato dal diritto societario (artt. 2497 ss. c.c.) - dei gruppi, ovvero della concentrazione di una pluralità di società sotto la direzione unificante ed il controllo finanziario di una società capogruppo o *holding* (in argomento, anche per il riepilogo di alcune iniziative *de jure condendo* volte a colmare la lacuna, si rinvia all'acuto contributo di GHINI, *Gruppi, attività e rapporti infragruppo nel sistema 231*, in *Rivista 231*, 2011, 3, 255 ss.).

Il fatto che, formalmente, le società facenti parte del gruppo siano giuridicamente autonome ed indipendenti, non impedisce che le attività di ciascuna costituiscano espressione di una comune politica d'impresa, generalmente voluta dalla *holding* partecipante nell'ottica della diversificazione dei rischi.

Il fenomeno ha posto, quindi, una serie di interrogativi in relazione alla configurabilità della responsabilità da reato, cui la dottrina ha cercato inizialmente di rispondere, in attesa dell'intervento della giurisprudenza.

Tre le questioni pratiche che possono porsi:

- è configurabile la responsabilità ex D. Lgs. n. 231/2001 della capogruppo da reato commesso nell'interesse od a vantaggio della controllata?
- è configurabile la responsabilità ex D. Lgs. n. 231/2001 della controllata da reato commesso nell'interesse od a vantaggio della capogruppo?
- è configurabile la responsabilità ex D. Lgs. n. 231/2001 di una controllata da reato commesso nell'interesse od a vantaggio di altra controllata?

2. La dottrina.

Parte della dottrina, premesso che <<le nozioni di interesse o di vantaggio si atteggiavano in modo diverso a seconda che vengano riferite all'ente singolarmente considerato ovvero vengano collocate nel contesto di un gruppo di imprese>>, poiché <<nel caso di un ente singolarmente considerato, la responsabilità si fonda su un interesse o un vantaggio direttamente attribuibile all'ente stesso a seguito della commissione di un reato da parte della persona fisica qualificata. Tant'è vero che l'articolo 5, comma 2, del decreto stabilisce una coerente causa di non punibilità: "l'ente non risponde se le persone indicate nel comma 1 hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi">>, e che, diversamente, nell'ambito del gruppo la responsabilità può espandersi <<in capo a tutte le società facenti parte dell'aggregazione>> (SGUBBI, *Gruppo societario e responsabilità delle persone giuridiche ai sensi del D. Lgs. n. 231/2001*, in *Rivista* 231, 2006, 1, 7), aveva ricordato che, secondo la giurisprudenza penale, il gruppo d'impresе ha una valenza solo economica, non giuridica, e non scalfisce l'autonomia della singola persona giuridica, laddove, al contrario, <<la ricaduta dell'interesse/vantaggio su altri enti del gruppo produce un allargamento della responsabilità amministrativa>> e, d'altro canto, <<il requisito del rapporto qualificato fra la persona fisica e la società costituisce un argine fragile, inidoneo a contenere la crescita della responsabilità all'interno del gruppo. Invero si tratta di un requisito legislativo sì, ma suscettibile di essere agevolmente svalutato mediante il ricorso a categorie di consueto utilizzo nella pratica penale>> (il riferimento è, in particolare, alla categoria dell'omesso impedimento della condotta altrui ex art. 40, comma 2, c.p.). Aveva anche evidenziato che la responsabilità all'interno dei gruppi societari può <<facilmente trasmigrare anche facendo ricorso alla figura dell'amministratore di fatto>>; in considerazione di ciò, aveva espresso preoccupazione per la facilità con la quale, specialmente in sede di contestazione di un'imputazione provvisoria nel corso delle indagini preliminari, potevano essere aggirati i requisiti soggettivi che l'art. 5 D. Lgs. n. 231 del 2001 fissa come essenziali per ravvisare la responsabilità amministrativa dell'ente.

Altra dottrina aveva osservato che il dovere di organizzare l'attività d'impresa per prevenire la commissione dei reati costituenti presupposto della responsabilità ex D. Lgs. n. 231 del 2001 spettava ai soli enti singolarmente facenti parte del

gruppo, non alla società capogruppo, e che, pertanto, la responsabilità da reato non poteva espandersi nell'ambito del gruppo a società estranee alla commissione del reato presupposto: <<nel gruppo di imprese, nonostante la direzione unitaria della capogruppo, il rischio penale deve essere fronteggiato sul piano organizzativo in completa autonomia dalle singole società, cui spetta di valutarlo alla luce della specificità dell'attività svolta senza interferenze da parte della *holding*>> (AMODIO, *Rischio penale di impresa e responsabilità degli enti nei gruppi multinazionali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 1289).

Si era anche evidenziato che il modello di organizzazione adottato dalla *holding* non potesse esimere le società controllate dall'onere di una distinta elaborazione: <<la posizione preferibile è nel senso di confermare l'esistenza in capo a ciascun ente dell'onere di dotarsi di autonomi modelli organizzativi, anche se resta auspicabile un coordinamento tra le varie iniziative assunte al riguardo dalle società del gruppo>> (DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffré 2008, 177).

La responsabilità amministrativa della capogruppo in ordine ai reati commessi nell'interesse oppure a vantaggio di una delle controllate era ritenuta configurabile unicamente <<in ipotesi assolutamente residuali, allorquando determinati indici oggettivi dimostrino che la condotta delittuosa è stata tenuta in esecuzione di direttive e dettami provenienti da amministratori della capogruppo, i quali non solo non hanno impedito la commissione di reati, ma hanno determinato altri soggetti alla violazione della legge penale, profittando della loro posizione di primazia all'interno del raggruppamento societario>> (VACIAGO, *La responsabilità amministrativa degli enti: profili normativi*, in AA.VV., *Il modello di organizzazione, gestione e controllo di cui al d. lg. n. 231/2001. Profili metodologici e soluzioni operative*, Milano 2008, 71).

Posto che <<è la società capo-gruppo a presentarsi con ogni probabilità come il soggetto maggiormente "a rischio criminale">>, ed <<accertato, peraltro, che la disciplina positiva non richiede necessariamente la personalità giuridica in capo all'entità collettiva (nella specie, il "gruppo")>>, si era anche ipotizzato <<che la società controllante sia, come tale, potenziale soggetto attivo dell'illecito dipendente da reato, ancorché commesso nell'interesse non immediatamente proprio ma della

società controllata. Ma meritano anche considerazione diverse opzioni ermeneutiche, quali quelle intese ad affermare la responsabilità concorrente della holding quale "amministratore di fatto" della società controllata ovvero come titolare di obblighi di controllo su di essa>> (DE VERO, *op. cit.*, 125).

La tendenza a presumere la coincidenza dell'interesse di gruppo con quello immediato delle singole società controllate aveva indotto altra dottrina, ben presto divenuta prevalente, ad assumere un atteggiamento di particolare cautela: <<va richiamata l'attenzione sui pericoli insiti nell'automatismo che vuole la controllante attraverso la mediazione dell'interesse "collettivo" del gruppo che guida, in pratica sempre e comunque responsabile per le scelte gestionali operate nell'ambito della controllata, qualora si manifestino attraverso la commissione di illeciti penali rilevanti ai fini dell'applicazione delle disposizioni del D. Lgs. n. 231/2001>>, poiché <<è indubitabile che possa essere effettivamente riconosciuto in concreto che l'azione della singola controllata sia stata ispirata dal perseguimento di un interesse che trascende quello proprio (e che quindi può addirittura contrastare con quest'ultimo), ma questo non può (...) essere automaticamente dedotto dalla semplice appartenenza della società ad un gruppo, dovendo invece essere oggetto di specifico accertamento. Ancor meno automatica, poi, può essere l'imputazione dell'etero interesse di gruppo alla controllante, sempre e comunque intesa come la depositaria dello stesso>> (PISTORELLI, *Brevi osservazioni sull'interesse di gruppo quale criterio oggettivo di imputazione della responsabilità da reato*, in *Rivista 231*, 2006, 1, 15).

All'interno del gruppo ben potrebbero essere individuabili distinti dipartimenti, operanti in settori del tutto eterogenei, ed autonomamente l'uno dall'altro: risulterebbe, pertanto, priva di ragionevole giustificazione l'estensione della responsabilità da reato delle imprese operanti in un settore a quelle operanti in settore diverso.

Discorso diverso potrebbe essere fatto nei confronti della capogruppo, che attrae l'intero "fascio" di interessi del gruppo.

2.1.

Il D. Lgs. n. 231 del 2001 non contiene un'espressa disciplina in tema di concorso di persone.

La possibilità che un soggetto operante (in posizione verticistica od anche subordinata) nella *holding* istighi o determini un soggetto operante in posizione verticistica in una controllata a commettere un reato nell'interesse od a vantaggio di quest'ultima ha comportato che si discutesse anche sull'applicabilità in tema di responsabilità degli enti dell'art. 110 c.p., se inteso quale norma generale.

Parte della dottrina ha, in proposito, osservato che l'ammissibilità del concorso di enti giuridici nell'illecito amministrativo dipendente da reato avrebbe potuto costituire una possibile soluzione del problema della responsabilità degli enti in rapporto al fenomeno dei gruppi di imprese: <<va comunque osservato come, anche in caso di riconosciuta natura penale della responsabilità degli enti, non potrebbe ammettersi senz'altro l'operatività, rispetto alle persone giuridiche, dell'art. 110 c.p.: il carattere di clausola d'incriminazione suppletiva, proprio di tale disposizione, sembra richiedere comunque un'espressa previsione nel sottosistema in esame, del tipo di quella contenuta nell'art. 26 d. lgs. 231/2001 a proposito del tentativo>> (DE VERO, *op. cit.*, 311).

Si è anche osservato che <<è concreto il rischio che, attraverso una artificiosa gestione della valvola del concorso di persone nel reato, i vertici apicali della controllante vengano ritenuti responsabili di quello commesso nell'ambito della gestione della controllata in quanto ritenuti destinatari di una posizione di garanzia in grado di attribuire rilevanza all'eventuale omessa vigilanza sull'operato di quest'ultima>> (PISTORELLI, *op. cit.*, 16).

2.2.

La possibile rilevanza dell' "interesse di gruppo" era già stata riconosciuta dalla giurisprudenza di legittimità civile, che, prima della riforma del diritto societario, aveva preso atto che determinati atti compiuti in apparente pregiudizio di una delle

società appartenenti al gruppo per favorirne un'altra, potessero trovare giustificazione nel conseguimento dell'interesse del gruppo medesimo, inteso come <<veicolo di realizzazione mediata dell'oggetto sociale delle sue componenti>>.

Ed è proprio a quest'ottica "compensativa" che si è da ultimo ispirato anche il legislatore, allorché, nel riformare il diritto societario, ha con maggior convinzione dimostrato di accettare l'ineluttabile realtà del fenomeno dell'aggregazione d'impresе, e di riconoscere l'enucleabilità di un "interesse di gruppo" idoneo a giustificare anche le scelte di gestione apparentemente svantaggiose per le singole componenti del gruppo.

Si spiega così l'inserimento nel codice civile delle norme di cui agli artt. 2497 (che prevede un espresso limite alla responsabilità degli amministratori della società o dell'ente capogruppo per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento ai soci ed ai creditori delle altre società del gruppo, qualora questi siano per l'appunto compensati «dal risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento») e 2497-ter (che ammette la possibilità che le decisioni assunte dalle società del gruppo vengano influenzate dall'attività di direzione e coordinamento della capogruppo e che dunque siano funzionali alla realizzazione di un interesse esterno alla controllata, imponendo solo che tale ultimo venga esplicitato onde consentire un sindacato sulla sua effettiva corrispondenza al più generale interesse del gruppo, perciò riferibile anche alla stessa controllata e non all'esclusivo interesse della controllante o di altra società del gruppo).

Il legislatore penale, a sua volta, ha fatto riferimento al concetto di gruppo in sede di definizione delle fattispecie di false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622 c.c.), e nell'art. 2634 c.c. ha escluso l'ingiustizia del profitto, che integra il dolo specifico di quel reato, quando lo svantaggio per la società, cui appartiene l'amministratore infedele, venga compensato da un vantaggio che gli provenga dalle dinamiche di gruppo (PISTORELLI, *Parametri oggettivi d'imputazione all'ente della responsabilità per il reato di agiotaggio*, in questa Rivista, 2007, 4, 157 ss.).

2.3.

Per evitare l'automatica (e per ciò solo indebita) estensione alla *holding* della responsabilità da reato ascrivibile ad una o più delle società controllate facenti parte del gruppo (ma il problema si pone anche con riguardo all'estensione alle controllate della responsabilità ascrivibile alla *holding*, oppure ad una o più diverse controllate), lungi dall'applicare teoremi precostituiti, si era, pertanto, ritenuto necessario partire dalla specifica ricostruzione del caso concreto, onde verificare se la *holding* esercitasse effettivamente sulla controllata un controllo di fatto tanto incisivo da lasciar legittimamente ritenere che la seconda costituisse mera e fittizia appendice della prima, e che, pertanto, gli organi di gestione della controllata fossero privi di effettiva autonomia gestionale: soltanto in tal caso, invero, si riteneva sussistesse una situazione di assoluto asservimento della controllata agli interessi economici della *holding*, e, quindi, configurabile l'interesse proprio di quest'ultima nel reato presupposto commesso - alla luce di quanto appena premesso, anche dai suoi vertici - nell'ambito delle attività della controllata.

E si era precisato che, in realtà, <<la nozione di interesse di gruppo elaborata da dottrina e giurisprudenza è funzionale alla giustificazione di quel meccanismo compensativo poi recepito dagli artt.2497 e 2634 c.c. In tal senso l'interesse di gruppo è innanzi tutto, come pure si è detto, "anche" l'interesse di ognuno dei soggetti che compongono l'aggregato, in quanto attraverso la sua realizzazione essi conseguono nella maniera più efficiente il proprio scopo economico. Questa lettura consente per l'appunto di legittimare gli atti destinati a riverberarsi negativamente nell'autonoma sfera giuridica della singola componente ogni qual volta questi si rivelino in realtà lo strumento per realizzare mediatamente, attraverso l'azione integrata del gruppo, l'interesse proprio dello stesso soggetto>>. Proprio l'ottica compensativa accolta dal legislatore rende dunque inequivocabile che l'interesse "particolare" non viene sacrificato in favore di un fantomatico interesse "generale" - di cui sarebbe depositario il gruppo quasi fosse un soggetto autonomo e distinto dalle sue componenti -, ma si realizza attraverso l'azione integrata del gruppo in un modo diverso da quello che sarebbe stato eletto nell'ipotesi in cui la singola impresa avesse agito "isolata". L'interesse dell'ente alla consumazione del reato presupposto, ove necessario, <<non deve essere indotto dall'affermata esistenza di un distinto interesse proprio del gruppo a cui lo stesso ente è supposto

appartenere, bensì dalla ricognizione in concreto dell'interesse perseguito attraverso la consumazione del reato e dalla verifica della sua riferibilità anche all'ente medesimo. Ed in tale ottica i legami, di fatto o di diritto, che qualificano i rapporti tra più enti (ovvero tra una persona fisica e una o più persone morali) e che possono essere inquadrati nella dimensione fattuale del gruppo, potranno eventualmente far ritenere che l'interesse perseguito dall'ente cui viene contestato l'illecito non sia ad esso esclusivo e che il suo soddisfacimento solo mediatamente si riverberi nel suo ambito, senza che ciò significhi che l'ente medesimo non vanti un interesse alla consumazione del reato, come richiesto dall'art. 5 d. lgs. n. 231/2001>>. Per tali ragioni, si era concluso che il riferimento al c.d. "interesse di gruppo" poteva risultare fuorviante: <<in realtà è sufficiente evidenziare che in una situazione di aggregazione di imprese (indipendentemente dalla natura dei rapporti che la caratterizzano, che potrebbero anche risultare diversi da quelli presi in considerazione dalle norme in precedenza passate in rassegna) una di queste può attraverso la consumazione del reato perseguire un proprio interesse anche quando il risultato si traduca in un vantaggio per un'altra componente dell'aggregato o, nell'immediato, nel soddisfacimento di un interesse particolare di quest'ultima. Ma la fattispecie descritta è tutt'altro che sconosciuta alla normativa sulla responsabilità degli enti, identificandosi proprio con quell'interesse "misto" (...) identificabile attraverso il combinato disposto degli artt. 5 co. 2, 12 co. 1 lett. a) e 13 ult. co. d.lgs. n.231/2001. Non dunque un indistinto "interesse di gruppo", ma un coacervo di interessi che trovano semmai nella dinamica del gruppo una attuazione unitaria attraverso la consumazione del reato>> (PISTORELLI, *op. cit.*, 157 ss.).

3. La giurisprudenza di merito.

Una prima decisione (Trib. Torino, sez. g.i.p., 28 gennaio 2004, *Resp. amm. soc. enti* 2006, 1, 187) escluse la responsabilità amministrativa delle società cc. dd. "cartiere" (od anche "scatole vuote") per le truffe attraverso esse perpetrate, in difetto di un loro interesse e vantaggio: osservò, in particolare, che dette società sono costituite soltanto per consentire alle persone fisiche imputate delle truffe di lucrare guadagni, venendo sfruttate come intermediari fittizi, che operano in perdita e accumulano debiti verso l'erario, con la conseguenza che le operazioni illecite non sono in concreto realizzate nell'interesse oppure a vantaggio degli enti coinvolti, ma esclusivamente nell'interesse delle persone fisiche che materialmente le pongono in essere. L'estensione della responsabilità da reato all'interno del gruppo non ha, pertanto, luogo non soltanto ove difetti la necessaria posizione qualificata dell'autore del reato nell'ambito dell'ente al quale detta responsabilità dovrebbe essere estesa, ma anche quando l'ente facente parte del gruppo risulti in posizione di terzietà rispetto alla commissione del reato.

Il tema è stato successivamente approfondito in relazione ad una vicenda di corruzione aggravata nell'ambito dell'aggiudicazione di appalti.

Il g.i.p. (Trib. Milano, sez. g.i.p., ord. 20 settembre 2004, in *Foro it.* 2005, II, 527 ss.) aveva ritenuto che <<nell'ambito di un gruppo di società, l'attività corruttiva posta in essere dall'amministratore della controllante, al fine di ottenere l'aggiudicazione o il rinnovo di un appalto di servizi in favore di una controllata, implica la responsabilità amministrativa della controllante ex art. 5 d.lgs. n. 231 del 2001, in quanto preordinata al soddisfacimento dell'interesse di gruppo>>, concetto <<già riconosciuto in varie decisioni della Corte di cassazione>> nonché <<espressamente preso in considerazione nella legge delega per la riforma del diritto delle società di capitali ed ha determinato l'inserimento nel codice civile delle norme di cui agli artt. 2497-ter e 2497 c.c.>>. Aveva, in particolare, osservato che, nel caso di specie, le società controllanti avevano esercitato, attraverso le controllate, una propria attività di impresa, soddisfacendo, sempre attraverso le controllate, un proprio interesse, avendo, attraverso i propri amministratori, <<attivamente partecipato alla fase delle scelte decisionali concernenti la gestione degli appalti e la consumazione degli illeciti>>: un soggetto in posizione apicale, in quanto presidente del C.d.A. di una delle controllanti, ed amministratore unico

dell'altra controllante, aveva, infatti, agito senza dubbio anche nell'interesse di entrambe le controllanti (e non soltanto, quale amministratore di fatto delle controllate, nell'esclusivo interesse proprio o di terzi, come al contrario assunto dalla difesa), facendo sì che le società partecipate ottenessero, grazie ad un'attività corruttiva, l'aggiudicazione di un appalto pubblico.

Ed il Tribunale del riesame (Trib. Milano, sez. riesame, ord. 14 dicembre 2004, in *Foro it.* 2005, II, 527 ss.) ribadì che <<l'illecito amministrativo da reato può essere addebitato ad un ente che rivesta il ruolo di controllante in seno ad un gruppo di società, se commesso nell'interesse comune del gruppo, indipendentemente dal fatto che esso ne abbia tratto diretto vantaggio>>, evidenziando che <<il limite negativo oltre il quale non si può andare perché possa continuare a parlarsi di interesse dell'ente è fissato dall'art. 5, 2° comma, d.lgs. n. 231/2001, che prevede come l'ente non risponda solo se chi ha commesso il reato abbia agito nell'interesse "esclusivo" proprio o di terzi. Dalla lettura complessiva delle norme sopra indicate si ricava quindi che, ai fini della responsabilità dell'ente, il reato possa essere destinato a soddisfare contestualmente l'interesse di diversi soggetti (siano essi persone fisiche o altri enti), purché tra questi soggetti vi sia anche l'ente nel quale chi ha commesso il reato riveste una posizione apicale rilevante ai sensi della normativa indicata, nella specie quella di soggetto che svolge funzioni di amministratore>>. Ciò premesso, fu valorizzato l'accertato attivarsi nell'ambito di una vicenda corruttiva, per il pagamento di una tangente, di soggetti in posizione verticistica nell'ambito delle società controllate, i quali <<non facevano parte in alcun modo delle società controllate e che non avevano alcun ruolo nelle medesime ma solo nella società controllante o in altre società del gruppo>>, la cui giustificazione fu rinvenuta nella finalizzazione dell'atto corruttivo <<all'interesse dell'intero gruppo e, quindi, all'interesse di più società, non solo di quelle che direttamente avevano ottenuto l'aggiudicazione degli appalti, ma anche delle controllanti, nella prospettiva della partecipazione agli utili>>. In relazione a tale rilievo, il Tribunale del riesame osservò, inoltre, che <<l'interesse di gruppo si caratterizza proprio per questo, per non essere proprio ed esclusivo di uno dei membri del gruppo, ma comune a tutti i soggetti che ne fanno parte>>, precisando che in tal modo non si finisce per estendere irragionevolmente la responsabilità degli enti facenti parte di un gruppo, sanzionando la capogruppo per reati commessi a vantaggio soltanto di alcune delle controllate, in quanto <<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 società capogruppo può, infatti, essere ritenuta amministrativamente responsabile in dipendenza di un reato presupposto commesso nel diretto interesse oppure a diretto vantaggio di una società controllata facente del gruppo <<solo quando sussista nei suoi confronti il criterio di imputazione dell'atto all'ente, cioè l'appartenenza qualificata all'ente della persona fisica che ha commesso il reato, ciò che garantisce dal rischio di qualsiasi arbitraria ed ingiustificata estensione della responsabilità>>. Fu anche ribadita la rilevanza giuridica della nozione di <<interesse del gruppo>>, che può e deve essere presa in considerazione in tutti i casi nei quali una norma giuridica (è appunto il caso dell'art. 5 d. lgs. n. 231/2001) faccia riferimento alla nozione di <<interesse>>: l'esistenza di un rapporto qualificato tra controllante e controllata <<impedisce, pertanto, di considerare quest'ultima un "terzo" ed impedisce che gli utili che essa consegua, in conseguenza dell'attività della controllante, possano definirsi conseguiti da un terzo, quantomeno impedisce di ritenere che l'attività della controllante possa dirsi compiuta nell'esclusivo interesse del terzo, in considerazione degli inevitabili riflessi che le condizioni della controllata riverberano sulla controllante>>.

Preso atto che <<la realtà economica vede sempre più il prosperare dei gruppi di società, la cui caratteristica è quella di corrispondere, sotto il profilo economico, ad un complesso unitario ed organizzato ispirato da indirizzi strategici unitari, che ripete gli schemi di comando e di controllo esistenti all'interno di una singola unità aziendale complessa>>, una successiva decisione ha evidenziato che, <<ove si aderisse all'interpretazione restrittiva del concetto di "interesse dell'ente", si spingerebbe una visione inattuale dell'ente, concepito come una monade isolata all'interno del complesso sistema economico attuale, con conseguenti evidenti lacune di tutela tutte le volte in cui l'interesse perseguito sia ricollegabile non all'ente di cui fa parte l'autore del reato, ma ad una società controllata o controllante, oppure al gruppo nel suo insieme>>. L'art. 5 D. Lgs. n. 231 del 2001 va, pertanto, interpretato estendendo la rilevanza del concetto di "interesse" <<fino a ricompredervi quella di "interesse di gruppo", facente leva ora sul riferimento tra i soggetti capaci di impegnare la responsabilità dell'ente, al soggetto posto al vertice di un'unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale, quale

potrebbe essere considerata il "vertice" della società controllata, ora sulla possibilità di considerare i vertici della società controllante come soggetti che esercitano di fatto la gestione ed il controllo dell'ente, idonei ex art. 5 ad impegnare la responsabilità dell'ente>>. Ciò in quanto appare 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>> (Trib. Milano, sez. G.i.p., ord. 26 febbraio 2007, www.rivista231.it: fattispecie nella quale le ipotizzate condotte di aggio taggio poste in essere dai vertici di una società controllata si erano risolte a vantaggio di quest'ultima oltre che della *holding*).

Era stata in tal modo sempre affermata soltanto la possibile responsabilità della controllante per reati commessi nell'interesse od a vantaggio di una o più controllate.

4. La giurisprudenza di legittimità. Premessa.

Sia pure in relazione ai reati fallimentari, la giurisprudenza è stata sempre ferma nel ritenere che l'interesse delle singole società non "cede" rispetto all'interesse del gruppo.

Si è, così, ritenuto che integra la distrazione rilevante ex art. 216 e 223, comma 1, L. fall. (bancarotta fraudolenta impropria) la condotta di colui che trasferisca, senza alcuna contropartita economica, beni di una società in difficoltà economiche - di cui sia socio ed effettivo gestore - ad altra del medesimo gruppo in analoghe difficoltà, considerato che, in tal caso, nessuna prognosi positiva è possibile e che, pur a seguito dell'introduzione nel vigente ordinamento dell'art. 2634, comma 3, c.c., la presenza di un gruppo societario non legittima per ciò solo qualsivoglia condotta di asservimento di una società all'interesse delle altre società del gruppo, dovendosi, per contro, ritenere che l'autonomia soggettiva e patrimoniale che contraddistingue ogni singola società imponga all'amministratore di perseguire prioritariamente l'interesse della specifica società cui sia preposto e, pertanto, di non sacrificarne l'interesse in nome di un diverso interesse, ancorché riconducibile a quello di chi sia collocato al vertice del gruppo, che non procurerebbe alcun effetto a favore dei terzi creditori dell'organismo impoverito (Cass. pen., sez. V, 8 novembre 2007 - 15 febbraio 2008, n. 7326, rv. 239108).

Si è, inoltre, ritenuto che, per escludere la natura distrattiva di un'operazione infragruppo, non è sufficiente allegare tale natura intrinseca, dovendo invece l'interessato fornire l'ulteriore dimostrazione del vantaggio compensativo ritratto dalla società che subisce il depauperamento in favore degli interessi complessivi del gruppo societario cui essa appartiene (Cass. pen., sez. V, 6 ottobre - 28 dicembre 2011, n. 48518, rv. 251536), e che, qualora il fatto si riferisca a rapporti intercorsi fra società appartenenti al medesimo gruppo, solo il saldo finale positivo delle operazioni compiute nella logica e nell'interesse del gruppo, può consentire di ritenere legittima l'operazione temporaneamente svantaggiosa per la società sacrificata, nel qual caso è l'interessato a dover fornire la prova di tale circostanza (Cass. pen., sez. V, 9 maggio - 18 luglio 2012, n. 29036, rv. 253031).

5. Segue. La responsabilità ex D. Lgs n. 231/2001 nei gruppi di società.

In ordine alla configurabilità della responsabilità amministrativa da reato ex d. lgs. n. 231/2001 nell'ambito dei gruppi di società, è finalmente intervenuta la V sezione penale della Corte di cassazione, con la sentenza n. 24583 del 17 novembre 2010 – 20 giugno 2011, rv. 249820, affermando il principio di diritto così massimato:

<<La società capogruppo [e le altre società facenti parte di un gruppo] possono essere chiamate a rispondere, ai sensi del D. Lgs. n. 231 del 2001, per il reato commesso nell'ambito dell'attività di una società controllata, purché nella consumazione concorra una persona fisica che agisca per conto della capogruppo [o delle altre società controllate], perseguendo anche l'interesse di queste ultime>>.

La Corte di cassazione si è trovata ad esaminare la questione in relazione ad una fattispecie nella quale occorreva, in particolare, valutare se fosse possibile estendere a tutte le società controllate facenti parte di un gruppo la responsabilità da reato configurabile in capo alla capogruppo e ad altre controllate.

Nell'ambito di un più ampio procedimento, con plurimi imputati e plurime imputazioni, riguardanti una serie di operazioni corruttive intervenute nell'esercizio di attività d'impresa nel settore sanitario, e le conseguenti ipotesi di responsabilità da reato degli enti operanti, il G.U.P. aveva ritenuto che per alcune società, organiche ad un gruppo facente capo ad un soggetto rinviato a giudizio, fosse necessario il giudizio dibattimentale (risultando *ex actis* che esse avevano tratto vantaggio dalle operazioni di corruzione poste in essere dal predetto soggetto), mentre aveva deliberato il proscioglimento di altre quattro società controllate, facenti parte dello stesso gruppo, osservando che esse non operavano nel settore sanitario e non avevano ricevuto vantaggi dalla corruzione.

Il P.M. aveva presentato ricorso, deducendo che <<il vantaggio, e quindi l'interesse>> delle quattro società prosciolte sarebbe emerso proprio nella fase dibattimentale, e che comunque esso era già desumibile, considerando che il predetto soggetto "leader" era l'amministratore di fatto di tutte le società del gruppo, sia di quelle rinviate a giudizio che di quelle prosciolte.

Il collegio ha rigettato il ricorso, ricordando che i presupposti per la configurabilità della responsabilità da reato degli enti sono plurimi, occorrendo:

(a) la commissione di uno dei reati-presupposto indicati dal D. Lgs. n. 231 del 2001: questa condizione ricorreva nel caso di specie, poiché, secondo l'ipotesi accusatoria, il reato-presupposto era la corruzione;

(b) la commissione del reato-presupposto da parte di <<una persona fisica che abbia con l'Ente rapporti di tipo organizzativo-funzionale (...) rivesta una posizione qualificata all'interno dell'Ente>>: nella specie, peraltro, i legali rappresentanti delle società prosciolte erano, a loro volta, stati prosciolti dalle accuse di corruzione (e finanziamento illecito dei partiti politici), con decisione che la Corte di cassazione, con la stessa sentenza in commento, aveva confermato. E la Corte ha evidenziato che <<la *holding* o altre società del gruppo possono rispondere ai sensi della legge 231, ma è necessario che il soggetto che agisce per conto delle stesse concorra con il soggetto che sommette il reato>>: non è, pertanto, sufficiente un generico riferimento al gruppo per legittimare l'affermazione della responsabilità da reato (commesso da una delle controllate) della società capogruppo o delle altre controllate. Nella specie, in fatto, si è, inoltre, ritenuto che correttamente il G.U.P. avesse escluso l'esistenza di elementi atti a corroborare l'ipotesi che il presunto amministratore di fatto dell'intero gruppo (rinvio a giudizio per corruzione) avesse agito, oltre che nell'interesse proprio o di terzi, anche nell'interesse concorrente dei predetti enti;

(c) la commissione del reato-presupposto nell'interesse od a vantaggio del singolo ente della cui responsabilità da reato si discute, <<interesse e vantaggio che devono essere verificati in concreto, nel senso che la società deve ricevere una potenziale o effettiva utilità, ancorché non necessariamente di carattere patrimoniale, derivante dalla commissione del reato-presupposto>>. In proposito, la Corte ha ritenuto che correttamente il G.U.P. avesse escluso la ravvisabilità di un vantaggio delle quattro società prosciolte, che non operavano nel settore sanitario (nell'ambito del quale soltanto si erano estrinsecate le condotte corruttive ipotizzate) e non risultavano avere instaurato rapporti economici pur indirettamente riconducibili alle predette attività corruttive.

5.1. Segue. La dottrina.

La sentenza n. 24583 del 2011 è stata accolta generalmente con favore dalla dottrina (D'ARCANGELO, *La responsabilità ex crimine della holding per i reati commessi nella gestione delle controllate*, in *Le società* 2011, 11, 1319 ss.; EPIDENDIO, *Responsabilità degli enti e gruppi societari*, in *Cass. pen.* 2011, 12, 4237 s.; SANTORIELLO, *La responsabilità amministrativa della società capogruppo per reati commessi dalle persone giuridiche controllate*, in *Giur. it.* 2012, 3, 684 ss.).

EPIDENDIO (*op. cit.*, p. 4244 s.) ha osservato che la sentenza n. 24583 del 2011 non ha comportato propriamente una "estensione" di responsabilità al "gruppo", <<ma semplicemente della responsabilità diretta dell' "ente" per le sue "cointeressenze" con altri enti o con persone fisiche, di tal che il problema diventa non tanto giuridico, quanto fattuale, cioè di accertamento della effettiva sussistenza di dette cointeressenze, da valutare alla luce delle norme del decreto legislativo e non rispetto a quelle civilistiche (o di altra natura) stabilite per altri scopi e ad altri effetti>>. Una tal situazione offre all'accusa la possibilità di contestare l'illecito ex d. lgs. n. 231/2001 ad una pluralità di enti, anche a prescindere dall'accertamento dell'esistenza di legami formali, intra-gruppo, tra di essi: <<a simile opportunità offerta dal legislatore fa però da contrappeso un onere maggiore di approfondimento circa i caratteri di concretezza che l'interesse deve avere per l'ente, non esauendosi l'onere stesso nella mera dimostrazione di legami formali tra gli enti stessi cui possa collegarsi una invero inesistente presunzione astratta di sussistenza del requisito dell'esistenza>>.

Nella medesima linea di pensiero, anche SANTORIELLO (*op. cit.*, p. 688) ha rilevato che la commissione di un reato (pur con il concorso degli amministratori della capogruppo) nell'ambito dell'attività di una controllata <<rende l'interesse connesso all'azione delittuosa o il vantaggio che ne consegue non immediatamente riferibile alla società controllante, con la conseguenza che una responsabilità di quest'ultima per fatti di reato commessi nell'esercizio di attività imprenditoriali di altre società sussiste solo laddove sia possibile – sulla base di un attento esame della vicenda concreta – sostenere che l'interesse perseguito dalla controllata o il vantaggio da questa ottenuto si riverbera in maniera significativa sul patrimonio e

sulle disponibilità della *holding*>>. Si pone, esemplificativamente, il caso della capogruppo esclusiva fornitrice alla controllata di materiali per costruzioni edilizie: in tal caso, l'aggiudicazione da parte della controllata di appalti pubblici avente ad oggetto la realizzazione di opere edilizie, previo pagamento di tangenti in favore di funzionari pubblici corrotti, si rivolge direttamente anche a vantaggio della controllante, per l'incremento delle forniture (necessarie alla controllata) di materiali per costruzioni. Risulterebbero, peraltro, inaccettabili <<generalizzazioni secondo cui ogni vantaggio patrimoniale conseguito dalle società operative è destinato inevitabilmente, in un modo o nell'altro, a riverberarsi sulla persona giuridica che detiene le partecipazioni azionarie di maggioranza: quale interesse abbia soddisfatto o quale vantaggio abbia maturato l'*holding* deve essere pienamente provato dall'accusa per poter applicare a tale società le sanzioni descritte dal decreto n. 231>>.

Aggiungiamo che l'affermata necessità di prendere in considerazione i rapporti concretamente sussistenti tra più società e le effettive ricadute – in favore di una o più di esse - della commissione di un reato formalmente nell'interesse od a vantaggio di una soltanto di esse risponde all'interrogativo posto in apertura di questo contributo, con la precisazione che l'orientamento giurisprudenziale in atto dominante non restringe (alle sole imprese facenti formalmente parte del gruppo, in presenza di un <<interesse di gruppo>>), bensì amplia l'ambito della responsabilità da reato (anche fuori dai casi in cui sia formalmente configurabile la sussistenza del fenomeno del gruppo di imprese, civilisticamente inteso) alle società anche solo sostanzialmente collegate, in tutti i casi nei quali – in concreto – all'interesse o vantaggio di una società si accompagni anche quello concorrente di altra (od altre) società, ed il soggetto-persona fisica autore del reato presupposto sia in possesso della qualifica soggettiva necessaria, ex art. 5 d.lgs. n. 231/2001, ai fini della comune imputazione dell'illecito amministrativo da reato *de quo*.

D'altro canto, a ben vedere la soluzione del problema non poteva essere diversa: attesa la natura comunque afflittiva (pur se non formalmente penale) della responsabilità da reato degli enti, nessun automatismo sarebbe stato ipotizzabile in difetto di una espressa previsione di legge (ostandovi il principio di legalità, ribadito, sia pur ordinariamente, dallo stesso D. Lgs. n. 231 del 2001), e non poteva che farsi richiamo ai comuni criteri di accertamento della responsabilità degli enti.

5.2.

Il principio affermato dalla sentenza n. 24583 del 2010 della V sezione penale della Corte di cassazione è stato successivamente ribadito dalla stessa sezione, con la sentenza n. 4324 dell' 8 novembre 2012 – 29 gennaio 2013 (non massimata sul punto), relativa ad un caso nel quale, peraltro, è stata ritenuta la responsabilità amministrativa della società controllata in conseguenza della commissione di un reato presupposto immediatamente posto in essere nell'interesse della controllante.

Con la sentenza impugnata, in parziale riforma della sentenza di primo grado, il direttore finanziario di una s.p.a. era stato riconosciuto colpevole del reato di aggio (artt. 2637 c.c. e 185 D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58), commesso nelle sedute di borsa dei giorni 19, 20, 21, 24, 25, 26, 27, 28 e 31 marzo e 1° aprile 2003 mediante acquisti da parte di una seconda s.p.a. - appartenente allo stesso gruppo ed amministrata dall'imputato, tramite una terza s.p.a. intermediaria - di azioni privilegiate della prima s.p.a., con modalità tali da creare una tendenza al rialzo progressivo (da Euro 1,669 ad Euro 1,781) del prezzo dei titoli, dei quali un pacchetto di 4,5 milioni veniva venduto il 31 marzo 2003 al prezzo unitario di Euro 1,76 da una quarta s.p.a., società controllante la prima s.p.a., con un vantaggio economico complessivo di Euro 409.000.

La prima s.p.a., società controllata nell'ambito del gruppo *de quo*, era stata ritenuta dalla Corte di appello responsabile di illecito amministrativo dipendente dal reato di cui sopra e condannata alla sanzione (meno afflittiva di quella applicata in primo grado) ritenuta di giustizia. L'affermazione di responsabilità della predetta s.p.a. era stata motivata richiamando l'interesse della stessa a far assegnare ad un proprio titolo un valore superiore a quello di mercato, con condotta peraltro riverberatasi anche a vantaggio della s.p.a. controllante.

Detto ente aveva presentato ricorso per cassazione deducendo violazione di legge e difetto di motivazione, in particolare osservando che:

- la condotta era stata realizzata nell'ambito della funzione di gestione del portafoglio titoli affidata all'imputato dalla seconda s.p.a.;
- la società emittente di un titolo non ha interesse diretto al valore dello stesso;
- era irrilevante l'eventuale interesse della quarta s.p.a., controllante, non estendendosi la responsabilità degli enti per illecito amministrativo derivante da reato all'interno dei gruppi di società.

Il ricorso è stato rigettato perché ritenuto infondato.

La Corte di cassazione ha premesso che, ai fini dell'affermazione di responsabilità degli enti, è sufficiente che il soggetto autore del reato abbia agito per un interesse non esclusivamente proprio o di terzi, ma riconducibile anche alla società della quale lo stesso è esponente (Cass. pen., sez. VI, 9 luglio 2009, n. 36083, rv. 244256).

Si è, poi, osservato, richiamando Cass. pen., sez. V, n. 24583 del 17 novembre 2010 – 20 giugno 2011, rv. 249820, che, <<contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente, siffatto titolo di responsabilità è individuabile anche all'interno di un gruppo di società, potendo la società capogruppo rispondere per il reato commesso nell'ambito dell'attività di una società controllata laddove il soggetto agente abbia perseguito anche un interesse riconducibile alla prima>>.

Nella fattispecie concreta in esame si discuteva, peraltro, del fenomeno opposto, ovvero della possibilità o meno di estendere alla controllata la responsabilità da reato ex d. lgs. n. 231/2001 configurabile nei confronti della capogruppo.

E' stata poi ritenuta irrilevante la circostanza dell'aver l'imputato agito nell'ambito di un incarico affidatogli dalla seconda s.p.a., laddove tale azione potesse essere ricollegata ad un interesse della prima s.p.a., della cui responsabilità da reato si discuteva: <<E la ravvisabilità di tale interesse veniva adeguatamente motivata nella sentenza impugnata con riferimento non, come lamentato dalla ricorrente, all'emissione da parte della [prima s.p.a.] del titolo oggetto delle contrattazioni contestate, ma alla posizione della società all'interno del gruppo ed al vantaggio che per la stessa ne derivava dall'incremento del valore del titolo>>.

Il vantaggio conseguente alla commissione del reato presupposto accertato era stato, pertanto, immediatamente conseguito dalla società controllante, ma, secondo la Cassazione, era congrua la motivazione dei giudici di merito, secondo i quali anche la controllata aveva tratto vantaggio dall'incremento di valore del proprio titolo – direttamente e materialmente rivoltosi a vantaggio della controllante – in considerazione della propria posizione all'interno del gruppo interessato, potendo quindi ritenersi che il soggetto-persona fisica autore del reato presupposto avesse agito anche nell'interesse della controllata *de qua*.

Nonostante le premesse teoriche dalle quali la sentenza n. 4324 del 2013 ha dichiarato di voler partire, sembra, in realtà, in tal modo aver riassunto vigore e rilevanza quel concetto di "interesse di gruppo" che la dottrina più recente e la

stessa giurisprudenza di legittimità (il riferimento è alla sentenza della Cassazione n. 24583 del 2011) avevano mostrato di voler ridimensionare.