



*Dipartimento di Giurisprudenza
Cattedra di Diritto penale dell'economia*

L'INFEDELTA' PATRIMONIALE E I VANTAGGI COMPENSATIVI

RELATORE

Prof. Filippo Sgubbi

CANDIDATO

Giulia Maria Amato
Matr.119293

CORRELATRICE

Prof.ssa Maria Novella Masullo

ANNO ACCADEMICO 2016/2017

Indice

<i>Introduzione</i>	3
---------------------------	---

CAPITOLO I

La nuova fattispecie di infedeltà patrimoniale

<i>1. Le ragioni dell'introduzione del reato di infedeltà patrimoniale</i>	6
<i>2. I modelli di riferimento nel panorama europeo</i>	11
<i>3. Le precedenti proposte di riforma e l'attuale struttura del reato di infedeltà patrimoniale</i>	18
<i>4. Il conflitto di interessi e l'evento di danno: un doppio livello di selettività</i>	25
<i>5. L'elemento soggettivo: dolo specifico e dolo intenzionale</i>	31
<i>6. Infedeltà patrimoniali commesse in relazione ai beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi (art. 2634, 2° comma c.c.)</i>	35
<i>7. L'infedeltà patrimoniale nei gruppi di società: la clausola dell'art. 2634, 3° comma, c.c.</i>	38

Capitolo II

Infedeltà nei gruppi di società e la teoria dei vantaggi compensativi

<i>1. Il fenomeno dei gruppi di società</i>	45
<i>2. Conflitto di interessi nei gruppi di società</i>	53
<i>3. La "teoria dei vantaggi compensativi"</i>	58
<i>4. La clausola di cui all'art. 2634, 3° comma, c.c. come espressione della teoria dei vantaggi compensativi</i>	64
<i>5. La controversa natura giuridica della clausola dell'art. 2634, 3° comma, c.c.</i>	75

CAPITOLO III

L'esportabilità della clausola dei vantaggi compensativi in ambito fallimentare

<i>1. Le posizioni della prima giurisprudenza: l'autonomia patrimoniale come ostacolo all'applicazione del criterio del "vantaggio compensativo"</i>	<i>80</i>
<i>2. Le posizioni della dottrina: la rilevanza penale delle operazioni infragruppo e la "non settorialità" dell'art. 2634, 3° comma, c.c.....</i>	<i>90</i>
<i>3. Gli ultimi sviluppi giurisprudenziali</i>	<i>104</i>
<i>Bibliografia</i>	<i>116</i>

Introduzione

Il presente lavoro si propone di analizzare la nuova fattispecie di infedeltà patrimoniale, introdotta nell'art. 2634 c.c. con il d. lgs. n. 61 del 2002, attuativo della riforma del diritto penale societario. Ci si sofferma, in particolare, sulla portata della clausola di cui al 3° comma dello stesso articolo, che reca in sé forse uno degli aspetti più significativi della nuova disciplina penale societaria: il riconoscimento, sul piano del diritto penale, della c.d. “teoria dei vantaggi compensativi” nel contesto dei gruppi di società.

Il primo capitolo mette in luce le ragioni che hanno portato all'introduzione della norma, evidenziando l'inadeguatezza della normativa previgente a prevenire e punire gli atti di malversazione commessi dai titolari del potere di gestione, in conflitto di interessi, all'interno delle imprese organizzate in forma societaria. Dopo una breve rassegna, sul piano comparatistico, delle fattispecie di infedeltà presenti negli ordinamenti di alcuni dei Paesi che formano il panorama europeo, i quali hanno potuto rappresentare i modelli di riferimento per il legislatore italiano, viene ripercorso l'*iter* normativo che, dalla proposta nota come Minervini-Spaventa, ha portato all'attuale formulazione della norma. Infine, vengono tratteggiati i caratteri salienti della nuova fattispecie, con particolare riferimento al presupposto oggettivo della condotta e all'evento di danno, alla peculiare caratterizzazione dell'elemento soggettivo, nonché alle novità in materia di “patrimoni gestiti” e di gruppi di società.

Il secondo capitolo è più specificamente volto a tracciare i connotati del fenomeno dei gruppi di società e della rilevanza penale delle condotte distrattive infragruppo. Si mette in luce come ad oggi, nonostante l'innegabile rilevanza del fenomeno sul piano economico e, a seguito delle novità introdotte in materia di attività di direzione e coordinamento, anche sul piano giuridico, manchi una definizione normativa del gruppo di società. Uno degli aspetti sui quali ci si sofferma maggiormente è il concetto di conflitto di interesse, elemento sul quale era incentrata la previgente disciplina di tutela del patrimonio sociale ed oggi

presupposto oggettivo della condotta di infedeltà patrimoniale *ex art. 2634 c.c.* Si richiamano gli indirizzi interpretativi formulati sul conflitto di interessi sotto la vigenza dell'ormai abrogato art. 2631 c.c., dando conto di come la nuova fattispecie di cui all'art. 2634 c.c. accolga l'interpretazione incentrata sul bilanciamento dell'interesse di gruppo con l'interesse sociale, secondo una logica di tipo compensativo. Si introduce, pertanto, la concezione dell'interesse di gruppo quale punto di equilibrio tra interesse sociale ed interesse della capogruppo e la rilevanza del criterio del vantaggio compensativo quale strumento di delimitazione tra una lecita dominanza ed un'indebita ingerenza della capogruppo nella vita delle controllate.

La trattazione prosegue con l'esposizione della c.d. "teoria dei vantaggi compensativi", proposta in sede civilistica fin dagli anni '80. Si evidenzia come essa colga l'ambivalenza del rapporto di gruppo sia come fattore di moltiplicazione delle opportunità di reato sia come fattore di "giustificazione" di condotte apparentemente lesive del patrimonio della singola società controllata, ma, ad uno sguardo d'insieme, vantaggiose alla luce dell'appartenenza al gruppo. Dal punto di vista penalistico, nella clausola di cui al 3° comma dell'art. 2634 si ravvisa il recepimento normativo di tale teoria, quale fattore "scriminante" di condotte infedeli dei titolari del potere gestorio all'interno della società, le quali, pur avendo tutte le caratteristiche soggettive ed oggettive descritte nel 1° comma, risultano giustificate alla luce dei "*vantaggi compensativi derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo*".

Ferma restando l'operatività della logica compensativa nell'ambito dell'infedeltà patrimoniale, ci si sofferma, nel terzo capitolo, sulla possibilità di "esportare" la clausola di cui al 3° comma dell'art. 2634 in altri settori. Ci si chiede se possa dirsi espressione di un principio di portata generale, come tale avente una natura "non settoriale" e, in ultima analisi, se sia suscettibile di essere applicata in ambito fallimentare, quale fattore di giustificazione delle condotte infragruppo altrimenti integranti una distrazione rilevante come bancarotta fraudolenta patrimoniale. Sul punto, vengono riportate le opinioni tra loro divergenti della

dottrina, nonché il consolidato orientamento della Corte di Cassazione che, fino al 2006, facendo leva sull'autonomia giuridica e patrimoniale delle singole società del gruppo, negava l'applicabilità del criterio del vantaggio compensativo in ambito fallimentare, prima della riforma, e l'esportabilità della clausola di cui all'art. 2634, 3° comma, c.c. al di fuori del contesto dell'infedeltà patrimoniale, a seguito della riforma del 2002. Tuttavia, si dà conto degli ultimi sviluppi giurisprudenziali sul tema e viene richiamata quella che è stata definita da parte di alcuni autori come la sentenza-“svolta” della Suprema Corte: la sentenza, seppur smentita da una pronuncia di poco successiva, sembra, infatti, realizzare un vero “cambio di rotta”, confermato poi nel 2013 da una sentenza che ammette espressamente l'estensibilità del criterio della compensazione anche in campo penalfallimentare.

CAPITOLO I

La nuova fattispecie di infedeltà patrimoniale

1. Le ragioni dell'introduzione del reato di infedeltà patrimoniale

Con l'entrata in vigore del decreto legislativo n. 61 del 2002 è stata attuata la riforma dei reati societari con la quale si è tentato di rinnovare l'intervento penalistico nel settore del diritto d'impresa.

Si criticava il carattere ormai desueto della previgente disciplina, insieme con la stratificazione risultante da interventi legislativi occasionali e settoriali, che si erano succeduti nel tempo senza una linea generale di fondo e che avevano lasciato pressoché immutato il codice civile¹.

Sotto il primo profilo, in particolare, si avvertiva il bisogno di un'opera generale di svecchiamento dello "statuto penale dell'impresa"², per adattarlo al c.d. processo di "finanziarizzazione" dell'economia, cioè al fenomeno di sviluppo delle attività di intermediazione tra la produzione della ricchezza e il suo impiego nell'ambito dell'attività d'impresa³: il concetto stesso di patrimonio, inteso in chiave prettamente individualistica, appariva ormai superato a favore di una più ampia accezione, comprensiva di interessi diffusi e sovraindividuali riferibili ad una collettività indeterminata⁴.

A tal proposito, lo sviluppo del diritto penale societario era stato definito "a doppia velocità"⁵: a fronte di un costante aggiornamento della disciplina dei mercati finanziari, in linea con le nuove esigenze di controllo e di governo dell'economia, la disciplina dei reati societari contenuta nel codice

¹ M. BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e sanzioni penali*, Milano, 2006, 20; A. ALESSANDRI, *Alcune considerazioni generali sulla riforma*, in *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di ALESSANDRI, Milano, 2002, 8.

² M. BELLACOSA, *op. cit.*, 19.

³ L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto di interessi nella gestione d'impresa. Profili penalistici*, Milano, 1997, 58 ss.

⁴ M. BELLACOSA, *Obblighi*, *op. cit.*, 20-22; L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale*, *op. cit.*, 58.

⁵ L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale*, *op. cit.*, 59.

civile del 1942 era rimasta caratterizzata da un certo immobilismo; solo quando la disciplina dei mercati finanziari ha raggiunto un certo livello di compiutezza, con l'entrata in vigore del Testo unico in materia di intermediazione finanziaria (decreto legislativo 24 febbraio 1998 n.58), si è intervenuti nel settore del diritto penale societario.⁶

Uno dei settori rispetto ai quali veniva avvertita con maggiore urgenza l'esigenza della riforma era quello della tutela del patrimonio sociale contro gli abusi degli amministratori⁷: mancava nel codice civile una norma specificamente volta a sanzionare gli atti di malversazione perpetrati dai titolari del potere gestionale a danno della società e di quanti affidino ad essa la gestione dei propri interessi patrimoniali.

Prima della riforma, la tutela del patrimonio sociale era stata affidata a norme formulate in termini estremamente formali che, basate sullo schema del pericolo astratto, non riuscivano a rispecchiare le concrete modalità di realizzazione delle condotte di *mala gestio* da parte degli amministratori, e che a distanza di tempo si sono rivelate prive di una reale efficacia applicativa. Tali erano le norme contenute nel Titolo XI del Libro V del codice civile, rubricato "Disposizioni penali in materia di società e consorzi", formulate secondo la tecnica del rinvio a concetti civilistici e caratterizzate da un eccessivo formalismo nella descrizione delle condotte, sì da essere facilmente "aggirate": sfuggivano, infatti, alla repressione tutti quei comportamenti che, sebbene in grado di cagionare un danno alla società, risultassero atipici da un punto di vista formale⁸.

⁶ M. BELLACOSA, *Obblighi*, op. cit., 19; G. MARINUCCI, *Gestione d'impresa e pubblica amministrazione: nuovi e vecchi profili penalistici*, in *Riv. it. proc. pen.*, 1988, 425; L. FOFFANI, *Rilievi critici in tema di riforma del diritto penale societario*, in *Dir. pen. e proc.*, 2001, 1193; F. BRICOLA, *Il diritto penale del mercato finanziario*, in AAV VV., *Mercato finanziario e disciplina penale*, Milano, 1993, 27.

⁷ L.FOFFANI, *Le infedeltà*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di ALESSANDRI, Sez. VI, Milano, 2002, 345; Il primo intervento dottrinale, con riferimento al progetto Mironi, risale a V. MILITELLO, *Infedeltà patrimoniale e corruzione nel futuro del diritto societario*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2009, 905 ss.

⁸ N. LIONETTI, *Analisi critica del delitto di infedeltà patrimoniale*, in *Diritto penale dell'economia*, a cura di CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA, Torino, 2016, 231; E. MUSCO, *I nuovi reati*

Tra queste, la norma centrale volta alla tutela del patrimonio sociale contro gli abusi degli amministratori era l'art. 2631: questa conteneva la disciplina del conflitto di interessi che, come vedremo, nonostante gli sforzi della dottrina di superare, sul piano interpretativo, l'impostazione rigorosamente formale della norma, attraverso una lettura della stessa di tipo "sostanzialistico", non è riuscita ad affermarsi quale idoneo strumento di tutela contro le innumerevoli opportunità di malversazione insite nella gestione di impresa organizzata in forma societaria⁹.

Alla luce di tali considerazioni, una delle più dirompenti e significative novità apportate dalla riforma del 2002 è stata ravvisata proprio nell'introduzione della fattispecie di infedeltà patrimoniale di cui all'art 2634 c.c.¹⁰

Tra i principali ostacoli all'ingresso di una figura di infedeltà patrimoniale nel nostro ordinamento (problematica sottesa, in generale, all'intervento penalistico nel diritto d'impresa), vi era la difficoltà di conciliare due contrapposte esigenze: da un lato, il bisogno di reprimere efficacemente gli episodi di *mala gestio* perpetrati dagli amministratori sui beni del patrimonio sociale, dotati di una accentuata pericolosità sociale in quanto provenienti dall'interno della stessa organizzazione societaria; dall'altro, la necessità di preservare uno spazio "immune" dal rischio penale¹¹, che consentisse ai titolari della gestione l'esercizio della libertà di iniziativa economica, garantito a livello costituzionale dall'art. 41. E a richiedere questo bilanciamento è proprio la dialettica con cui è formulato il precetto costituzionale, il quale, dopo aver sancito al 1° comma che "l'iniziativa economica privata è libera", al 2° comma precisa che "non può svolgersi in

societari, con la collaborazione di M.N. MASULLO, III ed., Milano, 2007, 201; E. MUSCO, Diritto penale societario, Milano, 1999, 10 ss.

⁹ E. MUSCO, *I nuovi reati societari, op. cit.*, 210-213; L. FOFFANI, *Le infedeltà, op. ult. cit.*, 352.

¹⁰ L. FOFFANI, *Le infedeltà, op. ult. cit.*, 350.

¹¹ E. MUSCO, *I nuovi reati societari, op. cit.*, 218.

contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana”¹².

Per molto tempo il legislatore non è stato in grado di colmare la lacuna esistente nell'ordinamento con una figura di infedeltà patrimoniale *ad hoc* che fosse in grado di rispettare i canoni del diritto penale di rango costituzionale, e a ciò si aggiungeva l'ulteriore difficoltà di incasellare in un'unica fattispecie “la tipologia di abusi dei beni e del patrimonio sociale, assai variegata, ricomprendendo sia i comportamenti degli amministratori tesi al perseguimento di un interesse extra-sociale, sia quelli che possono risolversi a vantaggio della società, sia ancora quelli che arrecano un diretto danno alla società”¹³.

Per colmare la lacuna, la giurisprudenza negli anni ha cercato di sopperire attraverso un'interpretazione estensiva di altre fattispecie penali, prima tra tutte quella di appropriazione indebita di cui all'art. 646 c.p.

In particolare, l'applicazione dell'art 646 c.p. in questo campo si è a lungo basata su un'accezione di “appropriazione” molto ampia, che ricomprendesse anche il concetto di “distrazione”¹⁴: un approccio interpretativo criticato dalla dottrina, che per molto tempo ha ritenuto la fattispecie di appropriazione indebita uno strumento inadeguato alla tutela del patrimonio sociale: si è sostenuto, infatti, che gli abusi commessi dagli amministratori sovente vengono realizzati nell'abito di schemi negoziali tipici dell'esercizio del potere gestionale e, pertanto, possono cagionare danno alla società pur in assenza di “un atto di disposizione *en propriétaire*, compiuto arbitrariamente dal possessore non proprietario”¹⁵.

¹² M. BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e sanzioni penali*, op. cit., 12.

¹³ E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, op. cit.,200;

¹⁴ M. BELLACOSA, *Obblighi*, op. cit.,59-60; P. ALDROVANDI, Art. 2634, in *I nuovi reati societari. Commentario al decreto legislativo 11 aprile 2002, n. 61*, a cura di LANZI-CADOPPI, Padova, 2002,131;

¹⁵ C. PEDRAZZI, *Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1953, 548; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, op. cit.,201; M. BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà dell'amministratore*, op. cit.,60.

Inoltre, i limiti insiti nell'applicazione estensiva della norma sull'appropriazione indebita emergevano anche laddove volesse attribuirsi carattere istituzionale al possesso degli amministratori, vincolato cioè al perseguimento dell'oggetto sociale: è stato messo in luce che il rischio insito in tale interpretazione sarebbe quello di sanzionare ogni atto di disposizione dei beni sociali diretto a finalità estranee all'oggetto sociale, pure nel caso in cui dovesse risolversi in vantaggio della società e dei soci¹⁶.

Un'altra norma sulla quale la giurisprudenza ha fatto leva per ovviare alla mancanza di una disciplina adeguata contro le infedeltà gestionali degli amministratori era l'art. 2621 c.c. sulle false comunicazioni sociali, nella versione antecedente la riforma: tale fattispecie per molto tempo è stata ritenuta applicabile in tutti quei casi in cui l'amministratore avesse costituito delle riserve extrabilancio, da destinare a favore proprio o altrui, per finalità illecite ed extrasociali¹⁷.

L'introduzione di una fattispecie autonoma di infedeltà patrimoniale nella gestione societaria si propone, dunque, di porre anche un limite alle forzature interpretative della giurisprudenza, restituendo alle fattispecie incriminatrici applicate in via suppletiva i loro connotati originali; in particolare, con riferimento all'applicazione della norma sul "falso in bilancio" è stato evidenziato come solo attraverso una disciplina "a monte volta a contrastare gli abusi nella gestione sociale si può evitare che si scarichino a valle, al momento in cui occorre rendicontare l'attività sociale, tutte le tensioni del delicato rapporto tra legalità e impresa"¹⁸.

¹⁶ C. PEDRAZZI, *Sui limiti dell'«appropriazione»*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1997, 1445; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, op. cit., 201; M. BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà dell'amministratore*, op. cit., 61, L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto di interessi*, op. cit., 200; A. L. MACCARI, *Commento all'art. 2634*, In *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, a cura di F. GIUNTA, Torino, 2002, 150.

¹⁷ E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, op. cit., 199; M. BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà dell'amministratore*, op. cit., 61-62; P. ALDROVANDI, *Art. 2634*, op. cit., 130-131.

¹⁸ V. MILITELLO, *Infedeltà patrimoniale e corruzione nel futuro diritto penale societario*, op. cit., 907; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, op. cit., 199; M. BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà dell'amministratore*, op. cit., 61-62; P. ALDROVANDI, *Art. 2634*, op. cit., 130-131

2. I modelli di riferimento nel panorama europeo

Con la riforma del diritto penale societario il legislatore italiano si è uniformato alla maggior parte degli ordinamenti giuridici europei, che da tempo prevedono al loro interno delle fattispecie di infedeltà patrimoniale.

Nell'analisi dei modelli di riferimento offerti dagli altri sistemi giuridici, un'attenzione particolare va riservata alla fattispecie generale dell'*Untreue* (§266 StGB), propria della tradizione giuridica tedesca.

L'*Untreue* costituisce il modello di riferimento cui sono ispirate le figure di infedeltà patrimoniale disciplinate dagli ordinamenti di lingua tedesca ed ha mantenuto nel tempo una struttura pressoché immutata fin dal 1933: prima ancora di assumere una fisionomia normativa ben definita, infatti, subì una profonda trasformazione sotto l'influsso dell'ideologia nazionalsocialista propria del Terzo Reich, ma terminata quella fase storica, nel secondo dopoguerra, la fattispecie poté riacquisire i suoi originali connotati¹⁹.

Attualmente la tutela del patrimonio, nel sistema giuridico tedesco, è affidata ad un reato comune in cui la condotta tipica è descritta in termini di “abuso di poteri” e “violazione dei doveri di fedeltà” da parte di chi è titolare di un obbligo di tutela di interessi patrimoniali altrui²⁰. Così definita, tuttavia, la condotta rappresenta il risultato di un'annosa questione dottrinale, che ha visto al centro di un lungo dibattito la contrapposizione tra i fautori della “*Mißbrauchstheorie*” e quelli della “*Treubruchstheorie*”. I primi sostenevano che la vera essenza della fattispecie dovesse ravvisarsi in un “abuso di potere” giuridico di rappresentanza: si richiedeva, cioè, che l'integrazione dell'azione infedele passasse necessariamente attraverso il compimento di un negozio giuridico, in violazione del mandato conferito; i secondi, invece, individuavano tale essenza nella “violazione del dovere di fedeltà” nell'ambito della cura di interessi patrimoniali altrui: con una formula così

¹⁹ L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto di interessi nella gestione d'impresa. Profili penalistici*, Milano, 1997, 237-241.

²⁰ E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, op. cit., 204; M. BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, op. cit., 69.

ampia si riconducevano nell'area delle condotte meritevoli di sanzione penale tutti i comportamenti comunque pregiudizievoli per il patrimonio gestito, a prescindere dalle modalità, attive od omissive, e a prescindere dalla natura, negoziale o meramente materiale, degli stessi²¹.

Nella sua attuale formulazione, la fattispecie di *Untreue* costituisce la sintesi di entrambe le teorie: si punisce non solo “ *chiunque abusa del potere di disporre di un patrimonio altrui o di obbligare gli altri, conferitogli per legge, per ordine dell'autorità o per negozio giuridico*”, ma anche chi, in via alternativa, “ *viola l'obbligo di curare interessi patrimoniali altrui*”, obbligo la cui fonte sia la legge, un ordine dell'autorità, un negozio giuridico o, più semplicemente, “ *un rapporto di fedeltà*”²². Sebbene ciò ponga fine ai dibattiti dottrinali sull'essenza della norma, non sembrano completamente risolti i problemi interpretativi relativi al campo di applicazione della stessa, in quanto è stato messo in luce come l'ampiezza del concetto di “violazione del dovere di fedeltà” assuma ormai un ruolo di chiusura all'interno della norma, capace di assorbire anche le ipotesi di abuso, che si ridurrebbero, pertanto, ad una mera esemplificazione²³.

Dalla matrice tedesca dell'*Untreue* traggono origine anche le fattispecie di infedeltà patrimoniale elaborate negli ordinamenti austriaco e svizzero, seppur secondo linee direttrici ben diverse tra loro²⁴.

Il legislatore austriaco, nel codice penale del 1931, aveva delineato una fattispecie ispirata al modello tedesco, ma rielaborata in termini restrittivi, limitando la punibilità alle sole condotte di “abuso del potere” di disporre del patrimonio altrui o di obbligare altri²⁵.

Nel sistema svizzero si era scelto di seguire una tendenza opposta, che portò ad una norma formulata in termini estremamente ampi e generici, volta

²¹ L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale*, op. ult. cit., 242-244.

²² Traduzione proposta da L. FOFFANI, in AA.VV. (a cura di), *Il codice penale tedesco*, Padova, 1944, 259.

²³ L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale*, op. ult. cit., 245.

²⁴ L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale*, op. ult. cit., 281-282.

²⁵ L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale*, op. ult. cit., 282.

a sanzionare “*chiunque, obbligato per legge o per contratto a curare il patrimonio di una persona, lo danneggia*”. Tuttavia, sotto l’impulso delle riforme che hanno investito i vari ordinamenti giuridici, appartenenti e non all’Unione europea, anche in Svizzera si è intervenuti sul piano delle infedeltà patrimoniali: da un lato è stata modificata la struttura dell’ “amministrazione infedele”; dall’altro, sono state introdotte nuove fattispecie incriminatrici, a metà tra appropriazione indebita, truffa e amministrazione infedele, con l’obiettivo di ovviare alla indeterminatezza della disciplina preesistente e introdurre un maggiore livello di tipicità dei comportamenti incriminati²⁶.

Un aspetto che accomuna le due esperienze austriaca e svizzera, pur con le loro diversità, è l’aver delineato fattispecie destinate ad operare in un campo più segnatamente economico, superando in parte le difficoltà insite nell’applicazione estensiva della figura base dell’*Untreue*, pensata, invece, come reato comune a tutela del patrimonio. Da un lato, infatti, nell’ordinamento svizzero, il reato di amministrazione infedele annovera tra i soggetti attivi i membri degli organi di gestione e di controllo delle società commerciali; dall’altro, l’esperienza giurisprudenziale austriaca è ricca di casi in cui la fattispecie di *Untreue* è stata utilizzata come strumento di lotta alla criminalità in campo economico, *in primis* contro gli episodi di corruzione: ciò ha spinto il legislatore austriaco ad intervenire, con l’introduzione di norme specificamente poste a tutela del settore delle imprese pubbliche e la previsione di una fattispecie volta a contrastare l’accettazione di utilità indebite nell’esercizio del potere di disporre del patrimonio altrui o di obbligare un altro²⁷.

In alternativa al modello tedesco dell’*Untreue*, un ulteriore valido esempio al quale ispirarsi era offerto al legislatore italiano, in sede di redazione della norma sull’infedeltà patrimoniale, dal reato di *abus des biens*,

²⁶ L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale, op. ult. cit.*, 281 ss.

²⁷ L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale, op. ult. cit.*, 288 ss.

du crédit, des pouvoirs et des voix proprio dell'ordinamento giuridico francese²⁸.

Tale fattispecie affonda le proprie radici nella figura di *abus de confiance* del *code Napoleon* e oggi configura un reato avente una duplice struttura: sanziona sia un abuso patrimoniale, quando la condotta dei dirigenti abbia ad oggetto i beni e il credito, sia un abuso di tipo funzionale, quando la condotta attenga ai poteri o ai voti; inoltre, la condotta deve essere volta al perseguimento di “fini personali”, contrari all'interesse sociale, o volta a favorire altra società o impresa nella quale il soggetto attivo abbia un interesse diretto o indiretto²⁹.

A differenza del legislatore tedesco, che, come già evidenziato, ha scelto di affidare la tutela del patrimonio ad un reato comune, il legislatore francese ha optato per la configurazione di un vero e proprio reato societario, inserito nel contesto del diritto penale dell'impresa. La condotta tipizzata, per assumere rilevanza penale, infatti, dev'essere imputabile ai soggetti attivi specificamente indicati dalla norma e il riferimento è a coloro che detengono, all'interno delle società commerciali, il potere di gestione.

La scelta è stata, dunque, nel senso di utilizzare gli strumenti tipici di tutela del patrimonio per sanzionare penalmente gli abusi commessi nella gestione delle imprese organizzate in forma societaria.

Accanto a quello francese, in area romanistica, un altro ordinamento giuridico che si è orientato nel senso della previsione di una fattispecie di infedeltà patrimoniale in ambito specificamente societario è quello spagnolo³⁰.

Con la riforma del 1995 il diritto penale spagnolo si è arricchito con l'introduzione dei c.d. “*delictos societarios*”, tra i quali riveste un ruolo

²⁸ L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale, op. ult. cit.*, 295; L. FOFFANI, Art. 2634, in *Commentario breve alle Leggi penali complementari, a cura di PALIERO-PALAZZO*, Padova, 2007, 2519; E. MUSCO, *I nuovi reati societari, op. cit.*, 204-205; P. ALDROVANDI, Art. 2634, *op. cit.*, 127-128.

²⁹ L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale, op. ult. cit.*, 297-298; E. MUSCO, *I nuovi reati societari, op. cit.*, 204.

³⁰ L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale, op. ult. cit.*, 327 ss.; L. FOFFANI, Art. 2634, *op. cit.*, 2519;

significativo la nuova fattispecie di “*administración fraudolenta*”. Si tratta di una novità assoluta per l’ordinamento spagnolo, in quanto per la prima volta si tenta di adottare una soluzione normativa ad un problema da tempo avvertito, quello delle infedeltà gestionali nel contesto dell’attività d’impresa, e fino a quel momento affrontato solo sul piano dell’interpretazione giurisprudenziale, attraverso delle fattispecie di reato previste all’interno del *Código penal*.

Alla luce del dato comparatistico, la scelta del legislatore italiano, ad oggi, si può dire ispirata ai modelli offerti dall’area romanistica, principalmente a quello francese: a fronte della possibilità di configurare, come nell’ordinamento tedesco, una fattispecie di infedeltà di carattere generale, potenzialmente capace di ricomprendere qualunque comportamento di gestione infedele, si è optato per un reato proprio, idoneo a sanzionare soltanto le ipotesi più significative di abuso nella gestione di beni patrimoniali nell’interesse altrui, limitato all’ambito societario³¹.

Se la previsione di fattispecie incriminatrici in campo economico o più specificamente societario costituisce un dato comune alle varie esperienze offerte dal panorama europeo, permangono ad oggi, tra i vari paesi, delle differenze di disciplina ancora profonde sotto molteplici aspetti, attinenti alla dimensione o all’intensità dell’intervento penale, all’ampiezza delle fattispecie, in relazione al modello di tutela prescelto (più o meno anticipata), nonché alla natura ed entità della risposta sanzionatoria. Soprattutto all’interno dell’Unione europea, si avverte l’esigenza di armonizzazione o quanto meno di un riavvicinamento tra gli ordinamenti degli Stati membri anche in questo settore, nel quale divergenze significative possono

³¹ E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, op. cit., 207; P. ALDROVANDI, *Art. 2634*, op. cit., 127-128; R. ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell’economia. Reati societari e reati in materia di mercato finanziario*, II ed., Milano, 2008, 276-277.

comportare disfunzioni sul piano della concorrenza e rischiano di compromettere il funzionamento del mercato comune europeo³².

Tali considerazioni hanno costituito la base del progetto dei c.d. “*Euro-Delitti*”, nato da una ricerca promossa e coordinata da Klaus Tiedemann e alla quale hanno partecipato, nel periodo compreso tra il 1997 e il 2000, studiosi provenienti dai diversi paesi dell’Unione. Il progetto, che non ha alla base nessuna iniziativa ufficiale o mandato istituzionale, è stato presentato nel corso di un simposio internazionale a Freiburg im Breisgau il 13 e il 14 ottobre del 2000 e si compone di una parte generale e di una parte speciale: la prima contiene alcuni principi fondamentali e regole funzionali all’applicazione delle singole fattispecie; la seconda prevede al suo interno sia fattispecie volte a porre dei limiti esterni all’attività economica privata, per la tutela di interessi fondamentali, sia incriminazioni che tracciano dei limiti interni alla gestione di impresa e al funzionamento dei mercati. All’interno di quest’ultima parte si colloca la disciplina penale societaria (artt. 45-47), che si articola in tre sole fattispecie incriminatrici: l’*amministrazione infedele* (art. 45), la *lesione del capitale sociale* (art. 46), le *false comunicazioni* (art. 47)³³.

Limitando la nostra attenzione alla fattispecie di *amministrazione infedele*, dal dato comparatistico emerge che la tutela del patrimonio sociale contro le infedeltà degli amministratori costituisce una costante all’interno dei vari ordinamenti del panorama europeo, ma secondo modelli fortemente diversificati tra di loro: in alcuni casi si fa leva sulla previsione di un delitto comune contro il patrimonio (come l’*Untreue* tedesca, austriaca e svizzera); in altri si prevede una fattispecie di diritto societario, come nell’esperienza giuridica francese (*abus des biens, du crédit, des pouvoirs et des voix*) e nelle più recenti esperienze spagnola (*administración fraudolenta*) e italiana

³² L. FOFFANI, *Prospettive di armonizzazione europea del diritto penale dell’economia: le proposte del progetto «Eurodelitti» per la disciplina penale delle società commerciali, del fallimento, delle banche e dei mercati finanziari*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. DOLCINI- C. PALIERO, vol. III, Milano, 2006, 2324.

³³ L. FOFFANI, *Prospettive di armonizzazione europea del diritto penale dell’economia, ult. op. cit.*, 2321-2324.

(*infedeltà patrimoniale*). Nell’ottica di un’armonizzazione a livello europeo, la scelta di fondo nel progetto degli “*Euro-Delitti*” è a favore di una fattispecie di carattere generale, ma circoscritta all’ambito societario, ferma restando la possibilità dei legislatori nazionali di optare per una maggiore o minore estensione dell’intervento penale al di là del campo specificamente societario³⁴.

La condotta, attiva od omissiva, consiste nella violazione degli obblighi di curare gli interessi patrimoniali della società commessa da parte di chi detiene il potere decisionale all’interno della società; inoltre, per la concretizzazione del conflitto di interessi, si richiede che il soggetto agisca con la consapevolezza di recare “pregiudizio patrimoniale” alla società, evento cui viene equiparata la “diminuzione del valore patrimoniale della società”, escludendo così la rilevanza penale di condotte che espongano il patrimonio ad un mero pericolo e non ad un vero e proprio danno³⁵.

Se la maggiore specificazione dell’evento prende le distanze dalla genericità della formula tedesca dell’*Untreue*, la previsione del comma 3 si ispira all’esperienza giuridica francese in materia di gruppi di società: al fine di garantire una efficace tutela del patrimonio delle singole società del gruppo e degli interessi ad esso collegati (quelli, cioè, dei creditori e dei soci di minoranza), senza tuttavia paralizzare l’attività del gruppo, la soluzione proposta è una clausola che escluda il pregiudizio per la società “quando questo venga compensato da vantaggi, seriamente attendibili, derivanti dall’appartenenza al gruppo”. Si tratta di una scelta molto vicina al modello italiano di infedeltà patrimoniale nell’ambito delle operazioni infragruppo (art. 2634, 3° comma, c.c.) e che potrebbe segnare un passo significativo verso una indicazione unitaria da parte del legislatore europeo, fino ad ora mancante, nel settore dei gruppi societari: salvo che in Germania, in Austria e

³⁴ L. FOFFANI, *Prospettive di armonizzazione europea del diritto penale dell’economia*, ult. op. cit., 2345.

³⁵ L. FOFFANI, *Prospettive di armonizzazione europea del diritto penale dell’economia*, ult. op. cit., 2345-2346.

in Svizzera, infatti, nei vari ordinamenti nazionali manca ad oggi un riconoscimento espresso del fenomeno³⁶.

3. Le precedenti proposte di riforma e l'attuale struttura del reato di infedeltà patrimoniale

La più risalente proposta legislativa per l'introduzione di una fattispecie di infedeltà patrimoniale nel nostro ordinamento risale al 1980: tale proposta nota come Minervini-Spaventa, delegava il Governo alla introduzione di un "delitto di infedeltà patrimoniale, inteso come esercizio del potere di amministrazione comunque spettante sul patrimonio altrui in contrasto oggettivo con l'interesse del titolare, per finalità personali dirette o indirette del soggetto agente".

Tale proposta, che si collocava a metà strada tra il modello tedesco e quello francese, era stata tuttavia oggetto di critica sotto i profili di tassatività e determinatezza della fattispecie: si temeva, in particolare, che la genericità della formula utilizzata avrebbe permesso un'eccessiva discrezionalità al giudice, consentendogli una valutazione *ex post* sulla opportunità delle scelte operate in campo imprenditoriale in relazione ad una valutazione di rischio sempre successiva all'operazione³⁷.

Nel 1992, nell'ambito del Progetto di legge-delega proposto dalla Commissione Pagliaro per la riforma del codice penale, nel tentativo di definire in maniera più rigorosa i confini della fattispecie di infedeltà patrimoniale, questa veniva delineata come il "fatto di chi, con abuso di poteri o violazione dei doveri inerenti alle funzioni esercitate nell'impresa, al fine di

³⁶ L. FOFFANI, *Prospettive di armonizzazione europea del diritto penale dell'economia*, ult. op. cit., 2346.

³⁷ M. BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società*, op. cit., 71-72; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, op. cit., 205; N. LIONETTI, *Analisi critica del delitto di infedeltà patrimoniale*, op. cit., 235.

procurare a sé o ad altri un profitto ingiusto, cagioni all'impresa un danno patrimoniale”³⁸.

Neanche tale proposta andò esente da critiche, in particolare riferite alla vaghezza delle espressioni “abuso di poteri” e “violazione di doveri”³⁹.

Tuttavia, per la prima volta, veniva introdotto un riferimento al fenomeno del gruppo di società, che sarebbe sopravvissuto fino alla riforma definitiva: si prevedeva, infatti, una clausola che non considerava ingiusto il profitto dell'impresa collegata laddove questo fosse stato “compensato dai riflessi favorevoli per l'impresa per cui conto l'atto è compiuto”.

Il primo esempio di infedeltà patrimoniale all'interno del sistema penale italiano è costituito dalla fattispecie contravvenzionale di gestione infedele, prevista per lo specifico settore di gestione dei portafogli di investimento⁴⁰.

Tale figura di reato venne dapprima introdotta con l'art 38 del decreto legislativo n. 415/1996 per poi essere trasfusa nell'art. 167 del decreto legislativo n. 58/1998 (Testo Unico in materia di intermediazione finanziaria) e sanziona, salvo che il fatto costituisse più grave reato, “chi, nella prestazione del servizio di gestione di portafogli di investimento su base individuale o di gestione collettiva del risparmio, in violazione delle disposizioni regolanti i conflitti di interesse, pone in essere operazioni che arrecano danno agli investitori, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto”.

Le caratteristiche di fondo della attuale disciplina dell'infedeltà patrimoniale sono, tuttavia, il risultato di modifiche e integrazioni apportate al progetto base formulato dalla Commissione Mirone, che si occupò di

³⁸ M. BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà dell'amministratore*, op. cit.,73; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, op. cit.,205-206; N. LIONETTI, *Analisi critica del delitto di infedeltà patrimoniale*, op. cit., 235.

³⁹ L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto di interessi*, op. cit., 389 ss.; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, op. cit., 201; M. BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà dell'amministratore*, op. cit.,73.

⁴⁰ M. BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà dell'amministratore*, op. cit.,74-75.

predisporre lo schema di disegno di legge-delega per la riforma del codice civile.

Tra i principi e i criteri direttivi del progetto vi era la previsione del reato di infedeltà patrimoniale, consistente “nel fatto degli amministratori, direttori generali e liquidatori, i quali, in una situazione di conflitto di interessi, compiendo o concorrendo a deliberare atti di disposizione dei beni sociali al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, cagionano un danno patrimoniale alla società”; inoltre si proponeva di estendere la punibilità al caso in cui il fatto fosse stato commesso “in relazione a beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi, cagionando a questi ultimi un danno patrimoniale”; di non considerare ingiusto il profitto delle società collegate o del gruppo “ se esso è compensato da un vantaggio, anche ragionevolmente prevedibile, derivante dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo”.

La riforma del diritto penale societario, attuata con il decreto legislativo 11 aprile 2002 n. 61, ripercorrendo le linee di fondo tracciate dal Progetto Mirone, ha sostituito come segue l'art. 2634 del c.c.:

1. Gli amministratori, i direttori generali e i liquidatori, che, avendo un interesse in conflitto con quello della società, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o altro vantaggio, compiono o concorrono a deliberare atti di disposizione dei beni sociali, cagionando intenzionalmente alla società un danno patrimoniale, sono puniti con la reclusione da sei mesi a tre anni.

2. La stessa pena si applica se il fatto è commesso in relazione a beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi, cagionando a questi ultimi un danno patrimoniale.

3. 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.

4. *Per i delitti previsti dal primo e secondo comma si procede a querela della persona offesa.*

Il legislatore della riforma, nel riprendere i tratti salienti della fattispecie di infedeltà patrimoniale come definiti dal Progetto Mirone, non si è astenuto dall'apportare alcune modifiche di particolare rilevanza: sul piano dell'elemento soggettivo, da un lato è stato ampliato il dolo specifico, ricomprendendo accanto alla finalità di ingiusto profitto anche quella di conseguire "altro vantaggio"; dall'altro, il dolo, in relazione alla causazione del danno patrimoniale alla società, è stato qualificato con l'aggiunta dell'avverbio "intenzionalmente"; sul piano della procedibilità, questa è stata subordinata alla presenza della "querela della persona offesa".

Il legislatore italiano, seguendo l'esempio degli ordinamenti di matrice romanistica, ha optato per la previsione di un reato proprio, afferente allo specifico settore delle società commerciali: soggetti attivi del reato, infatti, possono essere soltanto coloro i quali (amministratori, direttori generali, liquidatori) detengono il potere di disporre attivamente del patrimonio sociale, mentre ne rimangono esclusi i sindaci, privi di potere gestionale⁴¹.

Inoltre, nel definire la cerchia dei soggetti attivi della fattispecie in esame, va preso in considerazione il disposto di cui all'art. 2639 del c.c.: il reato di infedeltà patrimoniale, infatti, rientra tra quelli per i quali tale norma prevede un'equiparazione che opera su un duplice piano: da un lato, equipara coloro i quali siano formalmente investiti della qualifica soggettiva a coloro che, indipendentemente da tale investitura, esercitino comunque i "poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione", sul presupposto che tale esercizio sia "significativo e continuativo" (dando così una definizione normativa della figura dell'amministratore di fatto); dall'altro, tra i soggetti attivi del reato sono ricompresi coloro i quali siano tenuti a svolgere la stessa funzione, seppur "diversamente qualificata" (estensione di particolare rilevanza alla luce della riforma del diritto societario attuata dal decreto legislativo n.

⁴¹ L. FOFFANI, *Le infedeltà*, op. cit., 351; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, op. cit., 208-209.

6/2003, che ha previsto per le società di capitali la possibilità di adottare modelli alternativi di amministrazione e di controllo).

Invariata rispetto al Progetto Mirone è anche la descrizione della condotta.

La norma sanziona gli amministratori, direttori generali e liquidatori che, in una situazione di conflitto di interessi, “compiono o concorrono a deliberare atti di disposizione dei beni sociali”: l’ampiezza della formula, che accanto alla classica ipotesi di partecipazione all’assunzione della delibera contempla anche l’ipotesi di compimenti degli atti di disposizione, consente di annoverare tra le condotte punibili sia gli abusi posti in essere dall’organo monocratico (amministratore unico o delegato), sia, in generale, tutti gli abusi realizzati tramite atti dispositivi diretti, che prescindono dal controllo del consiglio di amministrazione o del comitato esecutivo⁴².

Tuttavia, per certi versi, la descrizione della condotta di infedeltà patrimoniale mediante il riferimento ad “atti di disposizione dei beni patrimoniali” appare restrittiva.

In primo luogo, dalla costruzione della fattispecie in termini di “reato di azione con evento di danno”⁴³, deriva l’irrelevanza penale di condotte meramente omissive⁴⁴, come risulta anche dal raffronto con la successiva fattispecie di *infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità* di cui all’art 2635 c.c. (oggi *Corruzione tra privati*), in cui vi è un espresso riferimento, oltre che al “compimento di atti”, alla “omissione degli stessi”⁴⁵.

Ciò non significa che una condotta omissiva non possa avere la medesima portata lesiva per il patrimonio sociale e probabilmente il fatto che l’ambito di operatività della norma sia limitato alle condotte solo attive rischia

⁴² M. BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà dell’amministratore*, op. cit., 119-1120; E. AMATI, *Infedeltà patrimoniale*, in *Reati societari*, a cura di A. Rossi, Torino, 2005, 410; M. N. MASULLO, *Art. 2634*, in *Le fonti del diritto italiano, Leggi penali d’udienza*, a cura di PADOVANI, Milano, 2003, 1307.

⁴³ L. FOFFANI, *Art. 2634*, op. cit., 2520;

⁴⁴ V. MILITELLO, *Infedeltà patrimoniale*, op. cit., 915.

⁴⁵ E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, op. cit., 217; M. BELLACOSA, *Obblighi*, op. cit., 102-103.

di creare “pericolosi vuoti di tutela”⁴⁶. Non a caso, dagli stessi lavori preparatori emerge la consapevolezza di come una infedeltà lesiva del patrimonio sociale possa realizzarsi anche attraverso tali condotte e come “*gli effetti materiali ed il disvalore di una condotta omissiva tenuta da titolari di poteri gestori che versino in una situazione di conflitto di interessi non siano diversi da quelli presenti nel caso della condotta attiva*”; tuttavia il rischio un’estensione eccessiva dell’incriminazione ha fatto propendere per una versione più restrittiva della norma⁴⁷.

In secondo luogo, secondo la dottrina prevalente, rimarrebbero fuori dall’ambito operativo della norma tutte quelle condotte che non presentino contenuto patrimoniale, *in primis* gli atti di organizzazione (aumento del capitale sociale, operazioni di fusione o scissione della società), i quali non si concretizzano in un atto di disposizione di beni⁴⁸. In particolare, si è sostenuto che gli tali atti esulerebbero dal novero delle condotte penalmente rilevanti, a meno che non incidano negativamente sul patrimonio sociale⁴⁹, ad esempio nell’ipotesi di sottoscrizione di aumento del capitale sociale attraverso il ricorso al mercato dei capitali.

Al fine di rendere la lettera della norma più consona alle esigenze di tutela, autorevole dottrina ritiene sarebbe stata preferibile una descrizione della condotta in termini di “commissione o concorso alla deliberazione di operazioni sociali”, in modo da ricomprendere nel novero dei comportamenti penalmente rilevanti anche tutte quelle operazioni intraprese dagli amministratori in conflitto di interesse e per il perseguimento di un interesse extrasociale, idonee a cagionare un danno patrimoniale alla società prima

⁴⁶ E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, op. cit., 217.

⁴⁷ L. FOFFANI, *Art. 2634*, op. cit., 2520;

⁴⁸ L. FOFFANI, *Art. 2634*, op. cit., 2521; L. FOFFANI, *Le infedeltà*, op. cit., 352-353; M. BELLACOSA, *Obblighi*, op. cit., 101; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, op. cit., 216-217; P. ALDROVANDI, *Art. 2634*, op. cit., 138.

⁴⁹ E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, op. cit., 217; R. ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell’economia*, op. cit., 282-283.

ancora di concretizzarsi in un atto dispositivo dei beni sociali (ad esempio mediante l'acquisizione di partecipazioni oggetti di un'OPA)⁵⁰.

Infine, esulerebbero dal campo applicativo dell'art. 2634c.c. tutte le ipotesi di approfittamento personale di occasioni d'affari da parte di amministratori e direttori generali: neanche in questi casi sarebbe riscontrabile un atto di disposizione di beni sociali, pur trattandosi di una condotta realizzata nel contesto di un conflitto di interessi e concretamente idonea a ledere il patrimonio della società⁵¹.

Non mancano, tuttavia, opinioni di segno contrario.

Parte della dottrina, infatti, è dell'avviso che la formula "atti di disposizione" contenuta nella norma sia da intendere non in senso naturalistico, come necessità di una condotta materiale, ma in senso economico, come riferita a "qualsiasi comportamento, attivo od omissivo, che abbia la capacità di incidere in termini economicamente negativi sul patrimonio della società", con la precisazione che da un punto di vista economico un atto di disposizione, seppur consista in un comportamento omissivo da un punto di vista naturalistico, è da considerare attivo quando ne derivi un danno patrimoniale⁵².

Sulla scorta di tale interpretazione, pertanto, integrerebbero il reato di infedeltà patrimoniale, da un lato, le condotte meramente omissive, in quanto idonee ad incidere negativamente sul patrimonio sociale; dall'altro, anche gli atti di assunzione di obbligazioni da parte della società, in quanto, da un punto di vista economico, di tali atti il patrimonio sociale dovrà comunque sostenere il costo⁵³.

⁵⁰ L. FOFFANI, *Art. 2634, op. cit.*, 2521.

⁵¹ L. FOFFANI, *Art. 2634, op. cit.*, 2521.

⁵² R. ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia, op. cit.*, 282-283; F. GIUNTA, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, Torino, 2004, 288 ss.

⁵³ V. MILITELLO, *L'infedeltà patrimoniale, op. cit.*, 482; R. ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia, op. cit.*, 282-283.

4. Il conflitto di interessi e l'evento di danno: un doppio livello di selettività

L'art. 2634 c.c. ai fini dell'integrazione del reato di infedeltà patrimoniale richiede l'esistenza, in capo ai soggetti attivi, di un "*interesse in conflitto con quello della società*".

Il concetto di conflitto di interessi era già ben noto al settore del diritto commerciale disciplinato dal codice civile: come già anticipato, infatti, la tutela del patrimonio sociale contro gli abusi realizzati dai titolari della gestione era affidata all'art. 2631.

La norma sanzionava l'amministratore che "*avendo in una determinata operazione per conto proprio o di terzi un interesse in conflitto con quello della società*" non si fosse "*astenuuto dal partecipare alla deliberazione del consiglio o del comitato esecutivo relativa all'operazione stessa*".

La scelta del legislatore era stata nel senso di offrire agli interessi patrimoniali della società una tutela estremamente anticipata: la sanzione penale veniva ricollegata al mero dato formale della partecipazione alla delibera del consiglio o del comitato esecutivo, indipendentemente dal fatto che dalla condotta dell'amministratore fosse derivato un danno alla società. Obiettivo della norma era salvaguardare la regolarità formale della delibera, a prescindere dalla considerazione, da un punto di vista sostanziale, del voto dell'amministratore: il disvalore della condotta, infatti, era ancorato alla mera violazione di un dovere di astensione e tanto bastava per l'applicazione della fattispecie, pure nel caso in cui l'amministratore, con il proprio voto, avesse sacrificato il proprio interesse a vantaggio della società⁵⁴.

⁵⁴ E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, op. cit., 202; M. BELLACOSA, *Obblighi*, op. cit., 64-65; P. ALDROVANDI, Art. 2634, 133; S. SAMORI', *Conflitto di interessi ed illeciti rapporti patrimoniali*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, Vol. II. *I reati societari*, diretto da A. DI AMATO, a cura di N. MAZZACUVA, Padova, 1992, 256.

Un'impostazione così rigidamente formale è stata alla base dell'insuccesso della norma⁵⁵. Da un lato, la costruzione della fattispecie in termini di mera inosservanza di un dovere di astensione, in cui la verifica del danno patrimoniale configurasse solo una circostanza aggravante, (2° comma), aveva favorito l'opinione che si trattasse di un "reato di pericolo presunto", sussistente pure nell'ipotesi in cui dalla deliberazione in conflitto d'interessi fosse derivato un vantaggio alla società⁵⁶. Dall'altro, il riferimento testuale alla partecipazione alla delibera rendeva la norma inapplicabile in tutti quei casi in cui l'abuso fosse stato realizzato dall'amministratore unico o delegato o, in generale, tramite un atto commesso al di fuori dell'attività collegiale del consiglio di amministrazione o del comitato esecutivo⁵⁷.

Al fine di superare tali limiti e nella prospettiva di un rispetto più rigoroso del principio di offensività, la dottrina da tempo suggeriva una lettura di tipo "sostanzialistico" della norma sul conflitto di interessi, che consentisse di limitare la sanzione penale alle sole ipotesi in cui il patrimonio sociale fosse esposto, quantomeno, ad un pericolo concreto e non invece ad un mero pericolo presunto⁵⁸.

Secondo l'interpretazione sostanzialistica, accolta in un primo momento anche dalla Corte di Cassazione, il conflitto d'interessi doveva presentare una serie di requisiti, quali "patrimonialità", "oggettività", "effettività" ed "attualità": doveva trattarsi, quindi, di una contrapposizione tra interessi patrimoniali oggettivi, che risultasse dal tenore della delibera specificamente

⁵⁵ Sui difetti della disciplina giuridica prima della riforma del diritto societario vedi L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto di interessi*, op. cit. 122 ss.; anche G.P. ACCINNI, *Profili penali del conflitto di interessi nei gruppi di società*, in *Riv. soc.*, 1991, 1010 ss.; V. MILITELLO, *Attività di gruppo e comportamenti illeciti: il gruppo come fattore di criminogeno*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, 389.

⁵⁶ M. BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà dell'amministratore*, op. cit., 64; P. ALDROVANDI, *Art. 2634*, 129.

⁵⁷ S. SAMORI, *Conflitto di interessi ed illeciti rapporti patrimoniali*, op. cit., 259; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, op. cit., 203; P. ALDROVANDI, *Art. 2634*, op. cit., 128-129; M. BELLACOSA, *Obblighi*, op. cit., 66.

⁵⁸ M. BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà dell'amministratore*, op. cit., 65-66; P. ALDROVANDI, *Art. 2634*, 129; L. FOFFANI, *Art. 2634*, op. cit., 2520; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, op. cit., 202.

considerata, con esclusione della responsabilità dell'amministratore in tutti i casi in cui, nonostante la partecipazione alla votazione, questi si fosse espresso a vantaggio della società e contro l'interesse privato, proprio o altrui, di cui fosse portatore⁵⁹.

Questo tipo di lettura era preferibile rispetto a quella di tipo formalistico per una serie di ragioni.

In primo luogo, consentiva di armonizzare la previsione di cui al 1° comma dell'art. 2631 con quella del 2° comma: interpretare anche il 1° comma in chiave sostanzialistica, nel senso di ritenere necessaria, ai fini della punibilità, una condotta effettivamente in grado di mettere in pericolo il patrimonio della società, consentiva di superare la difficoltà del passaggio da un reato di pericolo presunto ad un reato di danno, quest'ultimo quale versione aggravata del primo⁶⁰.

In secondo luogo, permetteva un migliore coordinamento con la disciplina civilistica di cui all'art. 2391 c.c., che già nella precedente formulazione presupponeva, ai fini dell'annullabilità della delibera adottata in conflitto di interessi, che questa fosse idonea a recare un danno alla società⁶¹.

Infine, rendeva la norma, quanto meno sul piano applicativo, più coerente al principio di offensività, limitando la sanzione penale a quei soli comportamenti dotati di una effettiva portata lesiva e di un reale disvalore⁶².

Gli sforzi della dottrina, tuttavia, non furono sufficienti ad impedire l'insuccesso della norma quale strumento di repressione degli abusi commessi nell'ambito della gestione societaria. In particolare, continuavano a sfuggire alla repressione penale tutti i comportamenti abusivi imputabili all'amministratore unico o delegato, nonché tutte quelle condotte consistenti

⁵⁹ M. BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà dell'amministratore*, op. cit., 65-66; P. ALDROVANDI, *Art. 2634*, 129

⁶⁰ M. BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà dell'amministratore*, op. cit., 65;

⁶¹ M. BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà dell'amministratore*, op. cit., 65; S. SAMORI, *Conflitto di interessi ed illeciti rapporti patrimoniali*, op. cit., 258; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, op. cit., 212.

⁶² M. BELLACOSA, *Obblighi*, op. cit., 65.

in atti di disposizione sui beni sociali sottratti al preventivo controllo della delibera consiliare⁶³.

Con l'entrata in vigore del decreto legislativo n. 61/2002, la fattispecie di cui all'art 2631 c.c. è stata abrogata; tuttavia, le questioni interpretative relative al concetto di conflitto di interessi assumono oggi una rinnovata importanza, alla luce dell'introduzione del nuovo reato di infedeltà patrimoniale in cui, come già evidenziato, si richiede espressamente che i soggetti attivi agiscano avendo un interesse in conflitto con quello sociale.

Autorevole dottrina ha ritenuto sufficiente, per spiegare la natura e il ruolo che il conflitto di interesse riveste nella fattispecie di nuovo conio, richiamare alla mente i risultati interpretativi che erano già stati raggiunti in relazione all'art. 2361, da cui la formula del nuovo art. 2634 è "alla lettera mutuata"⁶⁴.

In primo luogo, dunque, dovrà trattarsi di un conflitto dai connotati prettamente economici, come si desume dalla necessità che si configuri in capo alla società, quale conseguenza diretta della condotta, un danno di natura patrimoniale⁶⁵. Non mancano, sul punto, opinioni di segno contrario: fermo restando la natura patrimoniale dell'interesse della società, è stato messo in evidenza che l'interesse extrasociale, di cui sia portatore il soggetto attivo, possa anche avere diversa natura, come confermato dal riferimento, nella descrizione dell'oggetto del dolo specifico, ad "altro vantaggio"⁶⁶.

Inoltre, occorre che il conflitto sia oggettivamente valutabile, sì da escludere l'influenza di qualsivoglia giudizio soggettivo, e che sia attuale, riferibile ,cioè, ad una situazione preesistente, o quantomeno concomitante, al compimento dell'azione tipica. Ragionare diversamente, infatti, significherebbe attribuire rilevanza penale anche a conflitti di interesse sorti solo dopo la realizzazione della condotta e che, al momento del compimento

⁶³ E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, op. cit., 203.

⁶⁴ E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, op. cit., 210; P. ALDROVANDI, *Art. 2634*, op. cit., 129-130

⁶⁵ E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, op. cit., 211; M. BELLACOSA, *Obblighi*, op. cit., 95-96.

⁶⁶ P. ALDROVANDI, *Art. 2634*, op. cit., 134-135.

dell'atto o dell'adozione della delibera, non potevano esercitare nessuna influenza sul comportamento del soggetto attivo⁶⁷.

Infine, è necessario che il conflitto sia reale ed effettivo e, quindi, che gli interessi in gioco, quello facente capo al soggetto attivo e quello sociale, siano in contrasto sostanziale tra loro: assumeranno importanza, ai fini di tale verifica, la natura e le modalità concrete del conflitto⁶⁸.

A tal proposito, sempre in relazione alla disciplina abrogata, la dottrina aveva individuato una serie di casi tipici da cui poter desumere l'esistenza del conflitto; il riferimento va a quelle situazioni in cui l'amministratore, o gli altri soggetti attivi, assumano la veste di controparte della società; svolgano un'attività in concorrenza con la società di appartenenza; nonché, le ipotesi in cui sfruttino dati o fatti appresi in occasione dell'esercizio della funzione⁶⁹.

Il riscontro di meri "indici tipici" di conflitto non può, tuttavia, ritenersi sufficiente per poter affermare l'esistenza dello stesso, come invece suggeriva l'impostazione formalistica cui era improntata la disciplina previgente⁷⁰. Tali indici assumeranno rilevanza determinante, infatti, solo nei casi di "incompatibilità assoluta fra gli interessi antagonisti", in quanto la soddisfazione dell'uno escluderebbe necessariamente l'altro; nell'ipotesi in cui non vi sia una contrapposizione così forte, al contrario, dovranno prendersi in considerazione, per poter ritenere sussistente il conflitto di interessi, tutte le caratteristiche del caso concreto (ad esempio le modalità dell'operazione, la congruità del corrispettivo ricevuto dalla società, ecc.)⁷¹

⁶⁷ E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, op. cit., 213; M. BELLACOSA, *Obblighi*, op. cit., 96.

⁶⁸ E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, op. cit., 213; M. BELLACOSA, *Obblighi*, op. cit., 96.

⁶⁹ E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, 211; S. SAMORI, *Conflitto di interessi*, op. cit., 257.

⁷⁰ Sulla necessità di interpretare il concetto di conflitto di interessi in termini sostanziali e non irrigidito negli schemi formalistici del vecchio art. 2631 c.c., nell'ambito del quale si propendeva per l'attribuzione di rilievo determinante ai meri "indici tipici" L. FOFFANI, *Art. 2634*, op. cit. 2520; R. ALAGNA, *Riv. it. dir. proc. pen.* 2003, 743 ss.; P. ALDROVANDI, *Art. 2634*, op. cit., 128-129; E. MEZZETTI, *Riv. it. dir. proc. pen.* 2004, 223-225; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, 206-2011; M. N. MASULLO, *Art. 263*, op. cit., 1308-1309.

⁷¹ E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, 211; L. FOFFANI, *Le infedeltà*, op. cit., 352; P. ALDROVANDI, *Art. 2634*, op. cit., 137;

Il legislatore della riforma sembra aver recepito le istanze di tale dottrina ed è anche andato oltre: il nuovo testo dell'art 2634 c.c., infatti, non si limita a delineare un reato di mero pericolo, ma prevede espressamente che dalla condotta, realizzata sul presupposto del conflitto di interessi, sia derivato un danno patrimoniale alla società.

Con una formula del tipo questo il legislatore ha evitato di incorrere nell'indeterminatezza che spesso ha caratterizzato le fattispecie di infedeltà disciplinate in altri ordinamenti, servendosi del conflitto di interessi come "criterio propedeutico di pre-selezione"⁷² delle condotte penalmente rilevanti e, al tempo stesso, come unico elemento oggettivo (insieme agli altri requisiti richiesti dalla norma) che esprima il disvalore di tali condotte⁷³.

In particolare, è il collegamento del presupposto conflittuale all'evento di danno che ha permesso al legislatore di costruire una ipotesi di reato in armonia con il principio di offensività.

Configurando la fattispecie di infedeltà patrimoniale come "reato di azione con evento di danno", infatti, si collega la meritevolezza della sanzione penale a quelle sole condotte oggettivamente in grado di offendere direttamente il patrimonio sociale.

Si abbandona, così, ogni forma di anticipazione della tutela, anche nella versione del pericolo concreto, e si pone un limite al rischio di una eccessiva criminalizzazione dell'attività d'impresa, in linea con la necessità di garantire ai titolari del potere gestionale l'esercizio della libertà di iniziativa economica.

Dalla combinazione dei due elementi esaminati, presupposto conflittuale ed evento di danno, deriva, pertanto, un "doppio livello di selettività": a monte, la pericolosità delle condotte gestionali si ancora alla sussistenza del conflitto di interessi, che vizia *a priori* l'assunzione del rischio d'impresa; a

⁷² L. FOFFANI, *Le infedeltà*, op. cit., 351-352; L. FOFFANI, *Art. 2634*, op. cit., 2519-2520.

⁷³ M. BELLACOSA, *Obblighi*, op. cit., 94-95; ALDROVANDI, *Art. 2634*, op. cit., 133; R. ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, op. cit., 283.

valle, si richiede che da quella operazione sia derivato un danno patrimoniale alla società⁷⁴.

Dunque, il riscontro di un danno patrimoniale alla società costituisce “la verifica *ex post* di una infedele gestione del patrimonio altrui”⁷⁵.

5. L'elemento soggettivo: dolo specifico e dolo intenzionale

Se sul piano oggettivo il criterio di selezione dei comportamenti penalmente rilevanti è costituito dal conflitto di interessi, in collegamento con l'evento di danno, sul piano soggettivo questo ruolo è svolto dal dolo specifico di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto.

La scelta del legislatore di prevedere, nella definizione della nuova fattispecie, tale finalizzazione della condotta, non è stata accolta con consenso unanime dalla dottrina.

Prevalentemente, la previsione del dolo specifico è condivisa per due ordini di ragioni: da un lato, si evidenzia l'utilità dell'elemento soggettivo quale ulteriore strumento di selezione del fatto tipico, in quanto un pregiudizio di tipo patrimoniale è connaturato alla stessa attività d'impresa e non sarebbe di per sé sufficiente a rendere penalmente rilevanti i comportamenti che lo hanno cagionato⁷⁶; dall'altro lato, si accoglie la scelta di rendere il “profitto” oggetto del dolo specifico piuttosto che del danno, perché, come sottolinea autorevole dottrina, un atto di *mala gestio* non necessariamente implica un trasferimento di ricchezza da un patrimonio ad un altro e viene meno, di conseguenza, “la necessaria correlatività tra danno e profitto”, potendo il profitto non derivare per nulla dal godimento o dalla disposizione dei beni del patrimonio sociale⁷⁷.

⁷⁴ L. FOFFANI, *Art. 2634, op. cit.*, 2521; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, 219; L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto di interessi, op. cit.*, 478.

⁷⁵ E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, 219.

⁷⁶ M. BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà dell'amministratore, op. cit.*, 105-106; R. ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia, op. cit.*, 286-287.

⁷⁷ M. BELLACOSA, *Obblighi, op. cit.*, 105-106; E. MUSCO, *I nuovi reati societari, op. cit.*, 219; A.L. MACCARI, *Commento all'art. 2634, op. cit.*, 159; C. PEDRAZZI, *Gli abusi, op. cit.*, 563.

In senso contrario, si è sostenuto che la previsione del dolo specifico in questo caso costituirebbe solo un “inutile doppione”: si mette in luce il fatto che la finalizzazione della condotta al perseguimento di un ingiusto profitto nulla aggiunge, in realtà, a quanto richiederebbe la norma sulla base del semplice dolo generico, cioè la rappresentazione della situazione di conflitto di interesse insieme con la consapevolezza della potenziale dannosità della condotta per il patrimonio sociale. Secondo questo orientamento, infatti, il dolo specifico, all’interno del reato di infedeltà patrimoniale, svolge un ruolo già attribuito al conflitto di interessi sul piano della selezione dei comportamenti tipici; pertanto, la presenza del dolo specifico rischierebbe soltanto di creare incertezze sul piano interpretativo⁷⁸.

L’elemento soggettivo del reato di infedeltà patrimoniale è l’aspetto maggiormente interessato dalle novità che il decreto legislativo n. 61/2002 ha apportato allo schema di base proposto dal Progetto Mirone: a parte la perseguibilità a querela della persona offesa, è stato inserito sia il riferimento ad “altro vantaggio”, quale ulteriore oggetto del dolo specifico (accanto all’ingiusto profitto), sia l’avverbio “intenzionalmente”, quale elemento di caratterizzazione del dolo rispetto alla causazione dell’evento di danno.

Per quanto riguarda il primo profilo, sembra che il legislatore abbia voluto aprire la strada anche a vantaggi di natura non patrimoniale⁷⁹, estendendo l’ambito della punibilità per ricomprensivi anche atti di disposizione mossi da scopi di altro genere: ad esempio, un maggiore prestigio personale, un incremento della propria capacità contrattuale con altri soggetti, la compiacenza verso il personaggio influente cui l’autore è legato, ecc.⁸⁰ In senso contrario si è espressa parte della dottrina, la quale dubita che

⁷⁸ L. FOFFANI, *Le infedeltà*, op. cit., 354-355; L. FOFFANI, *Art. 2634, 2521-2522*; in senso critico verso la reale selettività del dolo specifico anche V. MILITELLO, *L’infedeltà patrimoniale*, op. cit., 702.

⁷⁹ L. FOFFANI, *Le infedeltà*, op. cit., 354; L. FOFFANI, *Art. 2634, 2521*.

⁸⁰ M. BELLACOSA, *Obblighi*, op. cit., 106-107; V. MILITELLO, *I reati di infedeltà*, op. cit., 702; G. SANDRELLI, *Entra in gioco la corruzione privata*, in *Guida dir.*, 2002, n. 16, 71; R. ALAGNA, *Note sul concetto penalistico di conflitto di interessi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 757; M.N. MASULLO, *Art. 2634*, op. cit., 1310.

finalità di questo genere riescano realmente a concretizzare un precedente conflitto di interessi tra l'agente e la società⁸¹.

Con riferimento al secondo profilo, la dottrina si è mostrata particolarmente critica sulla scelta del legislatore di arricchire l'elemento soggettivo del reato di infedeltà patrimoniale con l'aggiunta del requisito dell'intenzionalità nella causazione del danno patrimoniale.

Il rischio sotteso alla previsione del dolo intenzionale è quello di restringere, forse eccessivamente, il campo di applicazione della norma, lasciando fuori dall'area della punibilità tutte quelle condotte sorrette da un dolo solo eventuale: rimarrebbero escluse tutte quelle ipotesi in cui il soggetto attivo, pur consapevole di essere titolare di un interesse in conflitto con quello della società e spinto dal perseguimento di un profitto ingiusto, accetti solamente il rischio di cagionare un danno patrimoniale alla società⁸².

La difficoltà derivante dalla singolare combinazione del dolo specifico e di quello intenzionale sta nel riscontro, tutt'altro che frequente sul piano empirico, di una condotta volta al tempo stesso al conseguimento di un ingiusto profitto o altro vantaggio per sé o per altri e, contemporaneamente, al pregiudizio per la società⁸³.

Non mancano tuttavia in dottrina proposte per un'interpretazione estensiva dell'avverbio "intenzionalmente".

In particolare, è stato messo in evidenza che la lettura seguita dalla prevalente dottrina, secondo cui l'utilizzo del termine "intenzionalmente" vale ad escludere, dall'ambito della rilevanza penale, tutte quelle condotte che siano rette da un mero dolo eventuale, non sia in realtà l'unica possibile⁸⁴.

Il presupposto di tale argomentazione è che la distinzione tra le varie categorie di dolo (diretto, eventuale, intenzionale) sono frutto di

⁸¹ P. ALDROVANDI, *Art. 2634*, 140-141.

⁸² M. BELLACOSA, *Obblighi*, *op. cit.*, 107; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, 220; L. FOFFANI, *Le infedeltà*, *op. cit.*, 354; L. FOFFANI, *Art. 2634*, 2521; R. ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, *op. cit.*, 286.

⁸³ M. BELLACOSA, *Obblighi*, *op. cit.*, 107-108; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, 220.

⁸⁴ P. ALDROVANDI, *Art. 2634*, *op. cit.*, 141.

un'elaborazione dottrinale, volta a delineare i confini di tale elemento con quello della colpa e di consentire una gradazione dell'intensità del dolo, ai fini di una corretta commisurazione della risposta sanzionatoria⁸⁵.

Premesso ciò, viene messa in dubbio la correttezza di un'interpretazione che si limiti a leggere l'avverbio "intenzionalmente" nel senso di limitare l'applicazione della categoria del dolo eventuale e si suggerisce, piuttosto, un'interpretazione *ex novo*, in chiave estensiva, che seppur incompatibile con il dolo eventuale, consenta di ricomprendere i casi in cui la condotta sia animata dal dolo diretto: il riferimento è a tutte quelle ipotesi in cui il soggetto si sia rappresentato come certa, o altamente probabile, la realizzazione del reato, "senza che tale rappresentazione abbia però esplicitato un'efficacia motivante della condotta"⁸⁶.

Si osserva, infatti, che in questi casi l'atteggiamento psicologico dell'agente è prossimo a quello di chi agisce animato da un vero e proprio dolo intenzionale, cioè di chi si determini alla realizzazione della condotta in vista dell'offesa al bene giuridico⁸⁷.

Pertanto, alla luce di tali considerazioni, si ritiene che non si possa escludere *a priori*, in applicazione di concetti elaborati autonomamente dalla dottrina, una lettura della norma che ricomprenda anche tali ipotesi e, anzi, la scelta del legislatore viene vista come un valido tentativo di porre un argine al rischio di una eccessiva criminalizzazione dell'attività gestionale⁸⁸.

Tuttavia, l'atteggiamento della dottrina prevalente è fortemente critico verso una così articolata caratterizzazione del dolo: si ritiene che l'esigenza dell'intenzionalità nella causazione del danno abbia provocato una restrizione eccessiva dell'ambito di rilevanza penale della condotta e complicato in maniera significativa l'attività di accertamento giudiziale⁸⁹, al punto che si

⁸⁵ P. ALDROVANDI, *Art. 2634, op. cit.*, 141.

⁸⁶ P. ALDROVANDI, *Art. 2634, op. cit.*, 142.

⁸⁷ P. ALDROVANDI, *Art. 2634, op. cit.*, 142.

⁸⁸ P. ALDROVANDI, *Art. 2634, op. cit.*, 142; M. ROMANO, *Lo statuto penale dell'impresa, in Scritti di diritto penale*, vol. II, Tomo II, 332.

⁸⁹ R. ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, 286;

corre il rischio di “paralizzare l’applicazione della fattispecie, vanificando i frutti di una riforma tanto attesa”⁹⁰.

6. Infedeltà patrimoniali commesse in relazione ai beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi (art. 2634, 2° comma c.c.)

Il 2° comma dell’art. 2634 c.c. estende l’ambito di operatività della norma, ricomprendendo le condotte di infedeltà commesse in relazione non solo ai beni sociali, ma anche ai beni eventualmente posseduti o amministrati dalla società “per conto di terzi, cagionando ad essi un danno patrimoniale”.

La norma realizza in questo modo un’equiparazione tra il conflitto “interno” alla società, esistente tra gli organi titolari della gestione e la società stessa, e il conflitto “esterno”, tra la società nel suo complesso e il pubblico dei risparmiatori ed investitori⁹¹.

La necessità di una norma che estendesse la tutela anche agli interessi di investitori e risparmiatori, affidati alla gestione di un intermediario professionale, era stata da tempo evidenziata dalla dottrina, in sede di critica alle scelte di fondo operate dalla Commissione Pagliaro nel ’92 per la riforma del codice civile: il riferimento limitato all’impresa, contenuto nella definizione della fattispecie di infedeltà patrimoniale proposta dalla Commissione, escludeva *a priori* la rilevanza di eventuali conflitti di interesse esterni all’ente intermediario⁹².

Il primo vero passo in questa direzione è rappresentato dalla introduzione della contravvenzione di “gestione infedele” nel settore della gestione di portafogli di investimento, dapprima con l’art. 38 del decreto legislativo n. 415/1996 (c.d. decreto Eurosim), poi con l’art. 167 del decreto

⁹⁰ E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, op. cit., 220.

⁹¹ L. FOFFANI, *Le infedeltà*, op. cit., 356; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, op. cit., 220-221; M. BELLACOSA, *Obblighi*, op. cit., 108; R. ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell’economia*, op. cit., 287-288.

⁹² M. BELLACOSA, *Obblighi*, op. cit., 73-74

legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, contenente il testo unico in materia di intermediazione finanziaria.

Con l'ingresso della nuova fattispecie di infedeltà patrimoniale di cui all'art. 2634 c.c., contenente un espresso riferimento alle condotte di *mala gestio* sui beni che la società gestisce o amministra per conto di terzi, si è posto il problema di tracciare i confini degli ambiti operativi delle due norme.

Sul punto vi sono opinioni divergenti.

Parte della dottrina ritiene che, nonostante la previsione di una fattispecie generale di infedeltà riferita ai beni gestiti per conto altrui da un soggetto costituito in forma societaria, non sia in discussione l'autonomia della contravvenzione di cui all'art 167 t.u.f., che continua ad operare in un campo specifico, sia per la materia oggetto di disciplina, sia per i soggetti attivi destinatari dell'intervento penale. Non si tratta, infatti, di un reato societario: soggetti attivi possono essere tutti coloro i quali operino all'interno di un intermediario finanziario abilitato, ovvero, secondo un'interpretazione più estensiva, anche coloro che operino abusivamente nel campo della prestazione di servizi finanziari, che, in violazione delle norme sul conflitto di interessi, pongano in essere operazioni che cagionino un danno agli investitori. Dal canto suo, l'art. 2634 c.c. delinea un reato proprio di amministratori, direttori generali e liquidatori di società commerciali; prevede che questi agiscano in presenza di un conflitto di interessi sostanziale, dotato dei requisiti dell'attualità ed effettività, laddove l'art. 167 t.u.f. si limita a richiedere la violazione solo formale delle norme regolanti il conflitto di interessi; la condotta è descritta come compimento o concorso a deliberare "atti di disposizione", a fronte di un generico riferimento, nell'art. 167, alla realizzazione di "operazioni; infine, sul piano dell'elemento soggettivo, si prevede un dolo intenzionale, non richiesto dalla norma del t.u.f.⁹³

Dunque, secondo tale orientamento, l'ambito operativo dell'art. 167 t.u.f. non risulta intaccato e consiste nello specifico settore della prestazione

⁹³ L. FOFFANI, *Le infedeltà, op. cit.*, 356.

dei servizi finanziari di gestione di portafogli di investimento su base individuale e di gestione collettiva del risparmio⁹⁴; di conseguenza, l'art. 2634, 2° comma, c.c. troverà applicazione solo quando ci si trovi al di fuori delle ipotesi specificamente riconducibili alla norma del t.u.f. e sempre sul presupposto che si tratti di condotte realizzate in un contesto di tipo societario⁹⁵.

Secondo un diverso orientamento sostenuto in dottrina, invece, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 2634, 2° comma c.c., la contravvenzione di cui all'art. 167 t.u.f. vede ridotto il suo ambito applicativo a quei soli casi di infedeltà realizzati da un intermediario non costituito in forma societaria⁹⁶.

È stato riscontrato, quale ulteriore profilo di interesse della disposizione di cui al 2° comma dell'art. 2634 c.c., un collegamento della stessa alla tematica dei gruppi di società. In particolare, alla base di tale considerazione vi è la constatazione che nell'ambito dei gruppi di società gli atti di *mala gestio* sui beni appartenenti al patrimonio della controllata, commessi nell'ottica del perseguimento dell'interesse di gruppo, non necessariamente sono realizzati solo dagli amministratori della stessa controllata, eventualmente in base a direttive della capogruppo: accade, talvolta, che vi siano delle riserve extrabilancio, afferenti alla società controllata, ma gestite direttamente dalla controllante. In questi casi, posto che ciascuna delle società appartenenti al gruppo mantiene la propria autonomia giuridica, fermo restando la direzione economica unitaria impartita dalla capogruppo; posto che la norma di cui all'art. 2634, 1° comma è volta a colpire soltanto gli atti di disposizione compiuti sui beni della singola società nell'ambito della cui gestione il soggetto attivo svolge le proprie funzioni, sarebbe applicabile la

⁹⁴ L. FOFFANI, *Le infedeltà*, op. cit., 357;

⁹⁵ R. ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, op. cit., 290.

⁹⁶ V. MILITELLO., *I reati di infedeltà*, in *Dir. proc. pen.*, 2002, 702; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, op. cit., 221; M. BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, op. cit., 109; P. ALDROVANDI, *Art. 2634*, op. cit., 143.

fattispecie di infedeltà patrimoniale sui beni posseduti o amministrati per conto di terzi⁹⁷.

Infine, un aspetto di particolare rilevanza emerge dal raffronto della fattispecie di infedeltà sui patrimoni gestiti prevista nel 2° comma della disposizione in esame con quella descritta al 1° comma. Il riferimento è alla mancata menzione, nella formula del 2° comma, del dolo intenzionale in collegamento alla causazione dell'evento di danno patrimoniale, qui a carico dei terzi titolari dei beni affidati alla gestione della società. La questione non è di poco conto: se, infatti, la non previsione del dolo intenzionale dovesse ricondursi ad una scelta mirata del legislatore e non ad una svista, ciò significherebbe ricondurre nell'area delle condotte penalmente rilevanti anche quelle rette da un mero dolo eventuale, con significativa estensione dell'ambito applicativo⁹⁸. Chi è di quest'avviso sostiene che la differenza tra le ipotesi contemplate nei due commi abbia la sua ragion d'essere in un differente approccio di tutela nei confronti dei beni appartenenti ad altri e che quindi il legislatore, solo con riferimento all'infedeltà commessa sui beni altrui, abbia voluto ampliare l'ambito di tutela, "estendendolo alla violazione del patto fiduciario esistente tra mandante e mandatario"⁹⁹.

7. L'infedeltà patrimoniale nei gruppi di società: la clausola dell'art. 2634, 3° comma, c.c.

Il 3° comma dell'art. 2634 c.c. 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*". La clausola costituisce uno degli aspetti più significativi della nuova fattispecie di infedeltà patrimoniale in quanto esprime la volontà del legislatore di tenere conto del fenomeno dei gruppi di

⁹⁷ P. ALDROVANDI, *Art. 2634, op. cit.*, 143.

⁹⁸ M. BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà, op. cit.*, 111;

⁹⁹ R. ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia, op. cit.*, 288.

società, di cui ad oggi, anche a seguito della riforma civilistica attuata con il decreto legislativo n. 6/2003, non viene data una definizione normativa all'interno del codice civile.

L'esigenza di una norma che si riferisse espressamente agli episodi di infedeltà nell'ambito delle operazioni infragruppo non è una novità, ma risale al Progetto Mirone, che a sua volta riprendeva la formula contenuta nel progetto elaborato dalla Commissione Pagliaro del 1992 per la riforma del codice civile.

Il criterio di base che ha ispirato il legislatore ad un espresso riconoscimento normativo del fenomeno dei gruppi è stato ravvisato nella individuazione di “un ragionevole asse di mediazione tra l'interesse a consentire, da un lato, una certa flessibilità ed elasticità nelle politiche di gestione del gruppo e la necessità, dall'altro lato, di impedire tecniche predatorie, per azionisti minoritari e creditori”¹⁰⁰.

L'aspetto di maggiore rilevanza della clausola di cui al 3° comma dell'art. 2634 c.c. è l'evidente accoglimento della c.d. “teoria dei vantaggi compensativi”: tale teoria si propone di individuare un punto di equilibrio tra l'interesse della singola società, sul cui patrimonio si innestano gli interessi dei soci di minoranza e dei creditori, e la politica di gruppo, secondo una logica di tipo compensativo, che non escluda *a priori* la legittimità dell'interesse del gruppo, sul presupposto che si configuri in ogni caso un conflitto di interessi¹⁰¹.

In particolare, la disposizione in esame esclude l'automatica incriminazione dell'operazione infragruppo quando questa, seppur pregiudizievole per la singola società, risulti nel complesso vantaggiosa per il gruppo; in questi casi, infatti, viene meno l'ingiustizia del profitto perseguito dal soggetto attivo, pur nell'ambito di un'operazione infedele commessa da parte dell'amministratore in conflitto di interessi.

¹⁰⁰ P. MONTALENTI, *Verso un nuovo diritto societario*, a cura di dell'Associazione Disiano Preite, Bologna, 2002, 238; L. FOFFANI, *Art. 2634, op. cit.*, 2524.

¹⁰¹ E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, 222.

Dubbi e perplessità suscita la scelta del legislatore di parametrare il vantaggio compensativo al profitto ingiusto perseguito dal soggetto attivo. Si è messo in evidenza che la compensazione per la società danneggiata dovrebbe passare dalla valutazione dell'entità del danno da questa subito e non del profitto perseguito da parte di chi pone in essere l'operazione infedele. Tale incongruenza emerge anche dal raffronto con la disciplina introdotta nel codice civile dal decreto legislativo n. 6/2003, in materia di attività di direzione e coordinamento : l'art 2497, 1 ° comma c.c. prevede infatti 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”*¹⁰².

Seguendo l'impostazione dell'art. 2634 c.c. “quello che meno rischierebbe sotto il profilo penale sarebbe il gruppo programmaticamente inefficiente, ossia quello che, pur penalizzando l'interesse sociale di una sua componente, non riveli lo scopo di perseguire, né si riveli capace di produrre, alcun profitto”¹⁰³.

Le perplessità emergono con maggiore evidenza quando vi sia un divario significativo tra il danno (ingente) subito dalla società sacrificata e il vantaggio (esiguo) conseguito o atteso dal gruppo. La logica sottesa ai gruppi di società, è proprio quella di massimizzare le attese di profitto, attese che vanno ben oltre le possibilità della singola società, e a fronte delle quali risulta giustificabile un pregiudizio contenuto e transitorio per le componenti del gruppo, singolarmente considerate; alla luce di ciò, commisurare la compensazione al profitto anziché al danno significherebbe quindi negare proprio la ragion d'essere dei gruppi di società¹⁰⁴.

¹⁰² L. FOFFANI, *Art. 2634, op. cit.*, 2525; L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto di interessi, op. cit.*, 400-401; in senso favorevole alla formulazione adottata dal legislatore V. MILITELLO, *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2000, 917-918.

¹⁰³ L. FOFFANI, *Art. 2634, op. cit.*, 2525.

¹⁰⁴ L. FOFFANI, *Art. 2634, op. cit.*, 2525-2526.

A sostegno della tesi dell'inadeguatezza del criterio delineato dal legislatore depone la circostanza che l'amministratore, nel momento in cui decide di compiere l'operazione, non può prevedere la reale portata dei profitti che ne deriveranno al gruppo e, in base a ciò, ritenere compensato o meno l'eventuale pregiudizio arrecato alla singola società. Si tratta di una valutazione che va oltre le possibilità dell'amministratore, in quanto questi non dispone degli adeguati strumenti conoscitivi, e lo identificherebbe quale "capro espiatorio di una squilibrata politica di gruppo"¹⁰⁵.

La norma di cui all'art 2634, 3° comma del c.c. non costituisce l'unico esempio del recepimento sul piano normativo della "teoria dei vantaggi compensativi": a seguito della riforma del diritto societario attuata con il decreto legislativo n. 6/2003, la norma di riferimento per la disciplina civile dei gruppi di società è l'art. 2497 del c.c., nel capo dedicato alla "Direzione e coordinamento di società", che, come già anticipato, adotta anch'esso il criterio del vantaggio compensativo, riferendolo alla mancanza del danno ("*alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento*") o alla integrale eliminazione dello stesso, anche "*a seguito di operazioni dirette a tal fine*".

Dalla circostanza che il criterio del vantaggio compensativo opera diversamente all'interno delle due disposizioni deriva la necessità di collocare la valutazione degli effetti dell'operazione infedele in momenti storici diversi¹⁰⁶.

Nella disciplina civilistica, il parametro di valutazione è dato dal "risultato complessivo" dell'attività di direzione e coordinamento, con la conseguenza che la verifica dovrà collocarsi in un momento successivo al compimento dell'operazione infedele, individuato dalla dottrina civilistica alla

¹⁰⁵ L. FOFFANI, *Art. 2634, op. cit.*, 2526; L. FOFFANI, *Le infedeltà, op. cit.*, 359-363.

¹⁰⁶ M. BELLACOSA, *Obblighi, op. cit.*, 120;

fine dell'esercizio sociale di riferimento oppure all'epoca in cui è proposta la domanda giudiziale¹⁰⁷.

Per quanto riguarda l'art 2634 c.c., il riferimento, accanto ai “vantaggi conseguiti”, anche a quelli “fondatamente prevedibili”, implica l'adozione di un parametro di valutazione diverso rispettivamente per il vantaggio quantitativo e per quello qualitativo.

Sotto il primo profilo, la verifica circa il vantaggio effettivamente conseguito non può che passare attraverso una valutazione del risultato finale dell'attività, in termini di raffronto tra perdite subite e guadagni ottenuti¹⁰⁸.

Sotto il secondo profilo, il ricorso al concetto di prevedibilità introduce un margine di incertezza ricostruttiva, in quanto inserisce nella valutazione una componente di tipo soggettivo¹⁰⁹. Di certo non può trattarsi di una verifica *ex post*, perché ciò che dev'essere valutato non è il risultato complessivo finale, positivo o negativo che sia, ma il risultato che poteva “fondatamente” prevedersi¹¹⁰; si tratterà di un “procedimento valutativo tecnico di carattere economico-funzionale e non quantitativo, reso, e perciò successivamente controllato (in sede giudiziale), in base agli elementi noti al momento in cui l'operazione intragruppo viene decisa¹¹¹”. Dunque una valutazione *ex ante*, secondo il criterio della c.d. prognosi postuma¹¹².

Dello stesso avviso è la giurisprudenza di legittimità, la quale ha affermato che l'art. 2634, 3° comma, c.c., “*trova applicazione in presenza di concreti vantaggi compensativi dell'appropriazione e del conseguente danno provocato alle singole società, non essendo sufficiente la mera speranza, ma che i vantaggi corrispondenti, compensativi della ricchezza perduta, siano «conseguiti» o «prevedibili» «fondatamente» e, cioè, basati su elementi*

¹⁰⁷ M. BELLACOSA, *Obblighi*, op. cit., 120-121.

¹⁰⁸ M. BELLACOSA, *Obblighi*, op. cit., 116; E. AMATI, *Infedeltà patrimoniale*, in *Reati societari*, a cura di A. Rossi, Torino, 2005, 423.

¹⁰⁹ M. BELLACOSA, *Obblighi*, op. cit., 116-117.

¹¹⁰ E. AMATI, *Infedeltà patrimoniale*, op. cit., 423.

¹¹¹ P. MONTALENTI, *Conflitto di interessi nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, I, p. 710 ss.

¹¹² E. AMATI, *Infedeltà patrimoniale*, op. cit., 423.

*sicuri, pressoché certi e non meramente aleatori o costituenti una semplice aspettativa: deve trattarsi, quindi, di una previsione di sostanziale certezza*¹¹³.

A tal proposito, ci si è chiesti quali siano gli indici in grado di concretizzare dei vantaggi “fondatamente prevedibili”¹¹⁴.

Sostanzialmente sono stati individuati due elementi fondamentali sulla base dei quali il giudice potrà esprimere la propria valutazione in merito alla prevedibilità del vantaggio: un primo elemento è dato dalla proporzione tra danno e vantaggio, nel senso che il vantaggio dovrà essere “non manifestamente irrisorio”; il secondo, invece, è rappresentato dalla eventuale situazione di insolvenza in cui versi la società del gruppo che ha posto in essere l’operazione¹¹⁵ e, quindi, ne ha subito le immediate conseguenze dannose¹¹⁶.

Come si desume anche dalla indeterminatezza del criterio della “sostanziale certezza”¹¹⁷, la valutazione richiesta al giudice richiede uno sforzo non indifferente, non potendo prescindere dalla considerazione, in sede probatoria, di tutti gli indizi gravi precisi e concordanti del caso concreto, secondo le indicazioni *ex art.* 192 c.p.p.¹¹⁸.

Le residue differenze tra le due disposizioni in esame sono riconducibili al carattere di *extrema ratio* della sanzione penale, che interviene in via sussidiaria rispetto ai rimedi civilistici: in questo senso va interpretata la maggiore ampiezza dell’art 2634 del c.c., il quale ricollega l’esclusione della responsabilità non solo all’esistenza di vantaggi effettivamente conseguiti, ma anche all’ipotesi in cui tali vantaggi siano solo “fondatamente prevedibili”¹¹⁹.

¹¹³ Cass. pen., sent. n. 38110 del 7 ottobre 2003.

¹¹⁴ E. AMATI, *Infedeltà patrimoniale*, op. cit., 424.

¹¹⁵ D’AVIRRO, *L’infedeltà patrimoniale*, in *I reati “d’infedeltà” nelle società commerciali*, D’AVIRRO-MAZZOTTA, Milano, 2004, 133.

¹¹⁶ E. AMATI, *Infedeltà patrimoniale*, op. cit., 424.

¹¹⁷ M. BELLACOSA, *Obblighi*, op. cit., 117.

¹¹⁸ E. AMATI, *Infedeltà patrimoniale*, op. cit., 424.

¹¹⁹ M. BELLACOSA, *Obblighi*, op. cit., 121; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, op. cit., 225; M. N. MASULLO, *Art. 2634*, op. cit., 1312.; P. MONTALENTI, *Gruppi e conflitto di interessi nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 628.

Infine, si è posta la questione sulla possibilità o meno di estendere la disposizione di cui al 3° comma dell'art. 2634 c.c. ad altre fattispecie, quale clausola di portata generale; per risolvere tale interrogativo, è tuttavia necessario risolvere la questione preliminare sulla natura giuridica della clausola in esame.

A tal riguardo, secondo l'opinione prevalente, dalla circostanza che l'esclusione della responsabilità sia collegata al venir meno dell'ingiustizia del profitto, cioè di un aggettivo dell'oggetto del dolo specifico, discende che la norma non sia classificabile come una comune causa di non punibilità o una scriminante, ma come clausola di esclusione della tipicità, essendo il dolo specifico un elemento di ulteriore tipizzazione della fattispecie¹²⁰.

¹²⁰ E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, op. cit., 225-226; M. BELLACOSA, *Obblighi*, op. cit., 115; R. ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, op. cit., 292; F. GIUNTA, *Lineamenti*, op. cit., 293; MEZZETTI, *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto societario*, *Spunti critici commerciali. Commentario del d.lgs. 11 aprile 2002, 61*, a cura di GIUNTA, Torino, 2002, 234; F. MUCCIARELLI, *Il ruolo dei «vantaggi compensativi» nel delitto di infedeltà patrimoniale degli amministratori*, in *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, *Giur. comm.*, 2002, 631.

CAPITOLO II

Infedeltà nei gruppi di società e la teoria dei vantaggi compensativi

1. Il fenomeno dei gruppi di società

I gruppi di società costituiscono un fenomeno molto complesso, tipico delle moderne imprese di dimensioni medio-grandi che svolgono attività in una pluralità di settori o mercati, e presenta profili di interesse sia da un punto di vista economico che giuridico¹²¹.

Il gruppo è una aggregazione di più imprese, normalmente costituite in forma societaria, sotto il profilo giuridico formalmente autonome ed indipendenti l'una dall'altra, ognuna dotata di una propria autonomia patrimoniale; sotto il profilo economico, tutte assoggettate alla direzione unitaria di una società “madre” o “capogruppo”¹²², che le controlla e dirige per il perseguimento di uno scopo comune (il c.d. interesse di gruppo)¹²³.

Dal punto di vista dell'organizzazione interna, i gruppi societari possono assumere diverse articolazioni. Tradizionalmente si configurano dei *gruppi verticali*, nei quali la direzione unitaria delle imprese del gruppo si fonda su un rapporto di controllo e di subordinazione di una società rispetto all'altra, in cui l'organizzazione interna può risultare più o meno accentrata¹²⁴; tuttavia, nella realtà economica più recente, si trovano anche *gruppi orizzontali o paritetici*, in

¹²¹ P. BARTOLO, *Bancarotta e infedeltà patrimoniale infragruppo. La distrazione seguita dal fallimento*, Roma, 2009, 144-145; M. BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà degli amministratori di società e sanzioni penali*, Milano, 2006, 47.

¹²² P. BARTOLO, *Bancarotta e infedeltà patrimoniale*, op. cit., 142; M. BELLACOSA, *Obblighi*, op. cit., 47; G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, Diritto delle società*, vol. 2, Torino, 2012, 289.

¹²³ G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, op. cit., 289; C. BENUSSI, *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale nei gruppi di società: limite scriminante o esegetico?* in *Studi in onore di G. Marinucci*, vol. III, Milano, 2006, 2165.

¹²⁴ P. BARTOLO, *Bancarotta e infedeltà patrimoniale*, op. cit., 142; C. BUTTÀ, *Una metodologia per l'approccio economico-aziendale allo studio dei gruppi di imprese*, in *I gruppi di società*, a cura di A. PAVONE LA ROSA, 1982, 29 ss.

cui l'interesse di gruppo viene perseguito da più società che agiscono, in virtù di un accordo contrattuale, su base paritetica¹²⁵.

All'interno, poi, delle diverse impalcature, la direzione unitaria può essere esercitata dalla capogruppo in maniera più o meno accentrata: ad esempio, nei *gruppi a catena*, la società madre controlla una società "figlia", che a sua volta controlla un'altra società e così via dicendo; nei *gruppi a raggiera*, la capogruppo esercita il controllo delle società del gruppo in modo centralizzato e contestuale¹²⁶.

Tali configurazioni possono poi combinarsi tra loro e dar vita a strutture molto complesse, al fine di massimizzare i vantaggi derivanti dall'organizzazione di gruppo, che sono fondamentalmente due: da un lato, una gestione d'impresa unitaria, la quale consente maggiore flessibilità e rapidità nell'assunzione delle decisioni¹²⁷; dall'altro, il c.d. *leverage* finanziario, che consente l'assunzione di rischi finanziari con il minor apporto del capitale di comando della controllante, con ripartizione di tali rischi in virtù dell'autonomia patrimoniale delle singole unità operative di cui si compone il gruppo¹²⁸.

In relazione al ruolo svolto dalla società capogruppo possono poi distinguersi gruppi patrimoniali, finanziari ed industriali: nei primi la società-madre si limita all'acquisizione di pacchetti azionari nelle varie società, con l'obiettivo di massimizzazione dei tassi di redditività; in quelli finanziari assume un ruolo di coordinamento delle scelte gestionali adottate all'interno delle singole società, in funzione di controllo dei risultati conseguiti dalle stesse; infine è nei gruppi industriali che la "holding" interviene tanto nella gestione finanziaria, tanto nelle scelte di politica industriale, riservandosi delle competenze gestionali all'interno delle società del gruppo¹²⁹.

¹²⁵ P. BARTOLO, *Bancarotta e infedeltà patrimoniale*, op. cit., 142; G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale* op. cit., 296.

¹²⁶ G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale* op. cit., 290.

¹²⁷ G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale* op. cit., 289-290.

¹²⁸ P. BARTOLO, *Bancarotta e infedeltà patrimoniale*, op. cit., 144.

¹²⁹ P. BARTOLO, *Bancarotta e infedeltà patrimoniale*, op. cit., 143.

Il codice del 1942, prima della riforma del diritto penale societario attuata nel 2002, non ha mai contenuto un esplicito riferimento normativo al fenomeno dei gruppi di società. In effetti, il legislatore penale, non ha esitato ad avvalersi, nell'art. 2634 comma 3 c.c., così come nel nuovo testo degli artt. 2621 e 2622, di una nozione, appunto quella di gruppo, che non trovava ancora una precisa definizione di carattere generale all'interno dell'ordinamento¹³⁰.

Difatti, l'ordinamento prevedeva, e tuttora prevede, solo definizioni di carattere settoriale, ad esempio quella di gruppo bancario (art. 60 d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385), quella di gruppo di società autorizzate nell'intermediazione finanziaria (art. 11 d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58) o, ancora, delle "imprese del gruppo" ai fini dell'estensione della procedura di amministrazione straordinaria (art. 80 comma 1 lett. b) d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270).

È lecito supporre che il legislatore si attendesse che la lacuna sarebbe stata colmata di lì a poco in sede di riforma civilistica, ma così non è stato.

Infatti, sebbene tra gli scopi della riforma del diritto societario la legge delega annoverasse espressamente quello di "*disciplinare i gruppi di società secondo i principi di trasparenza e di contemperamento degli interessi coinvolti*", il legislatore civile si è ben guardato dalla elaborazione di una definizione di gruppo. Come si evince dalla relazione governativa, si tratta di una scelta deliberata, mossa dal timore che qualunque definizione sarebbe risultata inadeguata rispetto ad un fenomeno così eterogeneo e multiforme e soggetto a continue evoluzioni¹³¹.

La difficoltà nella elaborazione di una definizione che colga i connotati tipici del gruppo di società era stata messa in luce da parte della dottrina, già prima della riforma del diritto penale societario. Data la molteplicità dei "tipi" di gruppo esistenti nella realtà economica, si avanzavano dubbi sulla possibilità di

¹³⁰V. NAPOLEONI, *Geometrie parallele, op. cit.*, 3800.

¹³¹V. NAPOLEONI, *Geometrie parallele, op. cit.*, 3800; R. ACQUAROLI, *Alcune osservazioni sul reato di infedeltà patrimoniale alla luce del nuovo diritto societario*, in *La riforma dei reati societari*, a cura di PELLEGRINI, Milano, 2004, 182;

interrogarsi in via generale su di una nozione di gruppo che fosse onnicomprensiva di tutte le possibili forme di manifestazione del fenomeno. In mancanza di una nozione legislativa, si suggeriva pertanto di focalizzare l'attenzione non tanto sulla individuazione della nozione di gruppo, quanto sulla ricerca di una soluzione ai problemi che la realtà del gruppo suscita¹³². È stato osservato, infatti, che “*se la comunità giuridica italiana non ha saputo – né sa tuttavia – dire cosa sia il gruppo come fenomeno, ha sempre saputo – e sa – quali problemi la realtà del gruppo genera e, quindi, ha sempre riconosciuto il gruppo come campo problematico*”¹³³.

Pur in assenza di una definizione normativa del fenomeno, dal '42 ad oggi sono stati compiuti dei passi significativi nell'individuazione dei tratti caratterizzanti il fenomeno, dapprima con la disciplina sul controllo societario e poi, a seguito della riforma del diritto societario attuata con il decreto legislativo n. 6/2003, con la disciplina in materia di attività di “Direzione e coordinamento”, cui è dedicato il Capo IX, del Titolo V sulle “Società”.

In materia di controllo societario la norma di riferimento è l'art. 2359 c.c. , da cui si ricavano le nozioni di società *controllata* e *collegata*, a seconda che su di esse un'altra società eserciti, rispettivamente, un' “influenza dominante” o “notevole”.

Il concetto di “influenza dominante” viene riferito alle tre forme che può assumere il controllo societario: questo può essere *azionario*, quando la società capogruppo dispone, anche indirettamente (tramite la somma dei voti spettanti a società controllate, fiduciarie o interposta persona) della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria della società controllata; *di fatto*, quando la holding possieda un numero di azioni inferiore alla maggioranza, ma che le consente comunque di esercitare un'influenza dominante sulla società controllata; *contrattuale*, quando la controllata, in virtù di determinati rapporti

¹³² P. MONTALENTI, *Conflitto di interessi*, op. cit., 82-83.

¹³³ P. SPADA, *Gruppi di società*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, II, 222.

contrattuali, si trova in una posizione di dipendenza economica rispetto ad un'altra società, da cui dipende la sua sopravvivenza economica¹³⁴.

A norma dell'ultimo comma dell'art. 2359 c.c. invece, "l'influenza notevole" si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in mercati regolamentati.

Di per sé, tuttavia, il rapporto di controllo non è sufficiente per affermare l'esistenza di un gruppo di società, ma consente di presumere l'esercizio di attività di direzione e coordinamento di società, "*in cui si concretizza l'essenza del fenomeno di gruppo*"¹³⁵. Ai fini del riconoscimento dell'esistenza del gruppo, dunque, il rapporto di controllo viene degradato a mero "*indice di presunzione*"¹³⁶: infatti, in base alla disciplina contenuta negli artt. 2497-2497 *septies* c.c., una società o un ente possono svolgere attività di direzione e coordinamento e si presume che capogruppo sia la società o ente tenuto a redigere il bilancio consolidato o che esercita il controllo su un'altra società¹³⁷.

La disciplina in tema di "direzione e coordinamento" riconosce la legittimità dell'interesse di gruppo, tentando di temperarlo con quello dei soci e degli azionisti delle singole unità del gruppo¹³⁸ e la necessità di tale temperamento deriva proprio dalla consapevolezza che, nel nostro ordinamento, le società del gruppo mantengono una distinta soggettività e sono formalmente indipendenti l'una dall'altra. Il gruppo complessivamente considerato, infatti, non costituisce un nuovo soggetto di diritto diverso e ulteriore rispetto alle società che lo compongono e l'attività d'impresa non è imputabile al gruppo in sé considerato, quale nuovo centro d'imputazione di rapporti giuridici: tali rapporti rimangono sempre riconducibili alle singole

¹³⁴ G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, op. cit.*, 293.

¹³⁵ G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, op. cit.*, 295.

¹³⁶ C. BENUSSI, *Vantaggi compensativi op. cit.*, 2167; F. GALGANO, *Le nuove società di capitali e cooperative*, in F. GALGANO – R. GHENGHINI, *Il nuovo diritto societario, Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. GALGANO, vol. XXIX, Tomo I, 2° ed., Padova, 2004, 169.

¹³⁷ C. BENUSSI, *Vantaggi compensativi op. cit.*, 2167; P. BARTOLO, *op. cit.*, 149.

¹³⁸ M. BELLACOSA, *Obblighi, op. cit.*, 49-50.

controllate; quindi, ad un'impresa unitaria dal punto di vista economico corrisponde una molteplicità di imprese dal punto di vista giuridico, tante quante sono le società del gruppo¹³⁹.

Da ciò deriva che l'appartenenza al gruppo costituisce, per le singole società che lo compongono, fonte sia di vantaggi (ad esempio, una maggiore sicurezza nelle vendite, assistenza tecnica e finanziaria da parte della controllante o di altre società del gruppo, ecc.) che di svantaggi (ad esempio, l'indipendenza formale consente di non imputare alla holding le obbligazioni assunte dalla controllata in adempimento della politica di gruppo)¹⁴⁰.

Fino alla riforma del 2003, i rimedi contro gli abusi perpetrati dalla capogruppo a danno delle controllate erano limitati ai tradizionali strumenti previsti dal diritto societario, quali la disciplina del conflitto di interessi di soci e amministratori e quella della responsabilità degli amministratori per i danni arrecati al patrimonio sociale. Tali rimedi da un lato apparivano inadeguati a fronteggiare la complessità dei meccanismi interni al gruppo e, dall'altro, rischiavano di creare un elemento di disfunzione del normale esercizio dell'attività d'impresa¹⁴¹ ogni qualvolta si ritenesse configurabile, in capo agli amministratori della controllata, un conflitto di interessi alla base di un'operazione infragruppo¹⁴².

Alla luce di tali considerazioni, un passo in avanti è rappresentato dalla previsione espressa della responsabilità diretta della holding, i cui amministratori agiscano “*nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui*”, nei confronti dei soci e dei creditori delle società controllate: rispetto ai primi per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale; rispetto ai secondi, per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio sociale (art. 2497, 1°

¹³⁹ C. BENUSSI, *Vantaggi compensativi op. cit.*, 2169; G. F. CAMPOBASSO, *op. cit.*, 301; nel senso che da tale aspetto risiede l'origine dei problemi legati al fenomeno F. GALGANO, *L'impresa*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, diretto da DI AMATO, vol. I, *I principi generali*, Padova, 1990, 92.

¹⁴⁰ G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, op. cit.*, 303.

¹⁴¹ E. MUSCO, *I nuovi reati societari, con la collaborazione di M.N. MASULLO*, III ed., Milano, 2007, 222.

¹⁴² G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, op. cit.*, 302.

comma, c.c.). Il 2° comma dell'art. 2497 prevede che risponda, in solido con la controllante, chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio, seppur nei limiti del vantaggio conseguito.

Il presupposto oggettivo di tale responsabilità è dato dalla gestione non corretta da parte degli amministratori della capogruppo, i quali abbiano agito per l'interesse imprenditoriale proprio o altrui, a danno della controllata, o per l'interesse di una controllata in danno dell'altra¹⁴³. In particolare, la norma richiede la violazione dei “*principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale*”: il riferimento è alla capacità della capogruppo di agire nell'interesse di gruppo senza tuttavia recare un pregiudizio alla controllata o comunque senza recare un pregiudizio che non si possa dire compensato alla luce dei vantaggi derivanti dalla direzione unitaria¹⁴⁴.

La responsabilità della holding è infatti esclusa quando il danno risulta mancante alla luce dei risultati dell'attività di direzione e coordinamento considerati nel loro complesso o a seguito di operazioni poste in essere specificamente a tal fine.

Si tratta di una sorta di clausola di legittimazione *a posteriori* di operazioni in realtà non consentite, alla luce della quale il compito della capogruppo è quello di valutare gli interessi di tutte le società coinvolte in una determinata operazione o strategia, cercando di evitare, per quanto possibile, di recare danno ad una sola di esse; la sua responsabilità andrà valutata anche tenendo conto dei benefici che la controllata trae dalla complessiva strategia perseguita dal gruppo e dovrà escludersi ogni qualvolta, a fronte di tali benefici, concreti e certi, il pregiudizio eventualmente subito dalla controllata possa dirsi compensato¹⁴⁵.

Quale ulteriore strumento di tutela contro gli abusi della capogruppo, al socio e al creditore sociale è attribuito il diritto agire contro la stessa per il risarcimento dei danni; tuttavia, posto che il danno subito dai soci e dai creditori è pur sempre un riflesso del danno subito dalla controllata, l'azione ad essi

¹⁴³ C. BENUSSI, *Vantaggi compensativi*, op. cit., 2173.

¹⁴⁴ C. BENUSSI, *Vantaggi compensativi*, op. cit., 2173-2174.

¹⁴⁵ C. BENUSSI, *Vantaggi compensativi* op. cit., 2194.

riconosciuta sarà esercitabile a meno che non siano già stati soddisfatti dalla controllata¹⁴⁶.

Per una maggiore trasparenza nei rapporti infragruppo, inoltre, è stato introdotto un obbligo di motivazione in capo agli amministratori riferito alle decisioni “*influenzate dalle direttive*” della capogruppo, con “*puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione*”: ne deriva che gli amministratori delle controllate dovranno astenersi dall’ eseguire, in attuazione della politica di gruppo, operazioni che si prospettino dannose per l’ interesse della singola società¹⁴⁷. L’ adempimento di quest’ obbligo di motivazione consente di verificare, *in primis*, l’ esistenza di un nesso di causalità tra quanto deliberato dalla holding nell’ esercizio della sua attività di direzione e coordinamento e il danno subito dalla controllata o dipendente; se è stata rispettata la “*corretta gestione societaria e imprenditoriale*”; se l’ operazione è stata deliberata per il perseguimento di una politica globale concreta e non, invece, nell’ esclusivo ed egoistico interesse della controllante, cui gli amministratori della controllata si sono sottomessi e dunque, in definitiva, se l’ atto di disposizione posto in essere dalla controllata in attuazione delle direttive della holding, apparentemente distrattivo o dissipativo, possa comunque ritenersi giustificato a seguito di un’ analisi generale di costi e benefici, derivanti dalla valutazione complessiva degli interessi di gruppo¹⁴⁸.

La disciplina civilistica dell’ attività di direzione e coordinamento si correda, poi, di un espresso obbligo di pubblicità (art. 2497 *bis*), volto a rendere conoscibile ai terzi l’ esistenza di un rapporto di soggezione con un’ altra società, e che dev’ essere adempiuto sia mediante indicazione dello stesso negli atti e nella corrispondenza, sia mediante iscrizione della controllata, ad opera degli amministratori, in apposita sezione del registro delle imprese. In caso di inadempimento è prevista la responsabilità degli amministratori per i danni che la mancata conoscenza del vincolo di soggezione abbia recato ai soci o terzi.

¹⁴⁶ G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, op. cit.*, 305.

¹⁴⁷ P. BARTOLO, *Bancarotta e infedeltà patrimoniale, op. cit.*, 149.

¹⁴⁸ C. BENUSSI, *Vantaggi compensativi, op. cit.*, 2178.

Vi è il riconoscimento al socio della società sottoposta ad attività di direzione e coordinamento del diritto di recesso, in alcuni casi, dalla società stessa, in presenza di eventi che direttamente riguardino la capogruppo, ma che indirettamente incidano sulle condizioni di partenza della partecipazione del socio alla controllata (ad esempio in caso di trasformazioni deliberate dalla capogruppo); infine, l'art. 2497-*quinquies* estende ai finanziamenti che la capogruppo conceda alle società controllate la regola della "postergazione" di cui all'art. 2467 c.c.

Con questa disciplina il legislatore ha riconosciuto la legittimità dell'attività di eterodirezione e coordinamento di società, in nome di una strategia d'impresa unitaria, che si esplica in due diverse forme: sia attraverso un controllo sulle decisioni assunte dagli amministratori delle controllate, affinché rispettino le direttive della holding, che stabilisce le linee di fondo della politica di gruppo; sia attraverso un controllo sulla gestione, volto ad assicurare che le singole società e il gruppo nel suo complesso mantengano le condizioni di equilibrio economico, finanziario e patrimoniale¹⁴⁹.

Al tempo stesso, tuttavia, ha posto dei limiti tesi a garantire, da un lato, che l'attività di direzione unitaria venga esercitata dalla holding per il perseguimento degli interessi del gruppo e non dei propri interessi egoistici o di singole controllate a danno di altre; dall'altro, che l'esistenza di rapporti di soggezione sia noto, al fine di proteggere soci, creditori sociali, nonché tutti coloro che entrano in contatto con le società di un gruppo¹⁵⁰.

2. Conflitto di interessi nei gruppi di società

Tra i problemi posti dal complesso fenomeno dei gruppi di società, costituisce nodo centrale la ricerca di un punto di equilibrio tra l'unitarietà del gruppo e la formale indipendenza delle singole società che lo compongono, da cui deriva la difficoltà di stabilire se e a quali condizioni determinati rapporti

¹⁴⁹ C. BENUSSI, *op. cit.*, 2179.

¹⁵⁰ C. BENUSSI, *op. cit.*, 2177-2178.

obbligatori possano ricondursi alla holding, o comunque a soggetti investiti di cariche formali all'interno di persone giuridiche diverse, rispetto a quelle cui tali rapporti sono riconducibili secondo il tradizionale diritto societario¹⁵¹.

Sebbene il legislatore della riforma abbia riconosciuto la legittimità della direzione unitaria, impartita dalla capogruppo alle controllate, purché nel rispetto dei principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria, i problemi derivanti dalla reciproca indipendenza formale delle componenti del gruppo non si possono dire, ad oggi, risolti.

In particolare, tale riconoscimento si spinge fino a “giustificare”, attraverso una legittimazione *ex post*, il compimento di operazioni in esecuzione della politica di gruppo che abbiano cagionato un pregiudizio alla controllata, attraverso il meccanismo della compensazione; tuttavia, data l'autonomia giuridica e patrimoniale dei soggetti appartenenti al gruppo, permane la difficoltà di individuare quale sia il limite alla ingerenza della capogruppo nella vita delle controllate. Se è vero, infatti, che il perseguimento di una politica di gruppo implichi necessariamente la limitazione dell'interesse delle controllate, si tratta di individuare la linea di confine tra legittimo dominio e indebita ingerenza nella sfera di autodeterminazione delle società del gruppo¹⁵².

Punto di partenza nella ricerca di una soluzione è l'analisi del concetto di conflitto di interessi e le interpretazioni dello stesso proposte dalla dottrina.

Prima dell'entrata in vigore della fattispecie di infedeltà patrimoniale, le condotte penalmente rilevanti nell'ambito dei gruppi riguardavano, infatti, la fattispecie del conflitto di interessi disciplinata dall'art. 2631 c.c., sull'applicazione del quale si erano formati tre differenti indirizzi interpretativi¹⁵³.

Un primo orientamento affermava la prevalenza dell'interesse di gruppo, quale centro di convergenza di interessi, in virtù della valorizzazione

¹⁵¹ P. MONTALENTI, *Conflitto di interessi nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi, Persona giuridica, gruppi di società, corporate governance*, Padova 1999, 86.

¹⁵² P. MONTALENTI, *Conflitto di interessi*, *op. cit.*, 92.

¹⁵³ C. BENUSSI, *Vantaggi compensativi*, *op. cit.*, 2184; E. MUSCO, *op. cit.*, 221-222.

dell'unitarietà d'impresa¹⁵⁴. Alla base di tale indirizzo vi sono preoccupazioni di ordine pratico: gli amministratori delle società figlie sono espressione della società madre, pertanto, ogniqualvolta le società del gruppo obbediscano alle direttive impartite dalla controllante, si prospetta per gli stessi un potenziale conflitto di interessi, che “rischia di risolversi in un fattore di grave disfunzione del normale esercizio dell'impresa”¹⁵⁵. Ne deriva la necessità di considerare la politica di gruppo non come interesse extrasociale, ma come ulteriore elemento da tenere in considerazione, nella valutazione dell'interesse sociale complessivamente inteso¹⁵⁶.

Un secondo indirizzo interpretativo, di stampo formalistico, invece, valorizzava le esigenze di tutela di soci di minoranza e creditori delle singole società del gruppo, la cui garanzia è costituita esclusivamente dal patrimonio afferente a ciascuna di tali società; pertanto, dall'affermazione dell'autonomia giuridica e patrimoniale di ciascuna controllata rispetto alle altre e rispetto alla holding, deriva l'affermazione della sussistenza di un conflitto di interesse alla base di ogni atto depauperativo del patrimonio della controllata, posto in essere in attuazione della politica di gruppo¹⁵⁷.

Infine, in posizione intermedia rispetto ai primi due orientamenti, si propone una valutazione degli interessi del gruppo e di quelli delle singole società in termini di bilanciamento, secondo la logica della compensazione¹⁵⁸. Nel tentativo di conciliare le contrapposte esigenze del gruppo e delle controllate, si parte dal presupposto, da un lato, che l'interesse di gruppo non può *a priori* considerarsi extrasociale, portando alla configurazione costante di situazioni di conflitto; dall'altro, che operazioni svantaggiose possono essere considerate

¹⁵⁴ C. BENUSSI, *Vantaggi compensativi*, op. cit., 2184. G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, op. cit., 302.

¹⁵⁵ E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, op. cit., 222.

¹⁵⁶ E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, op. cit., 222.

¹⁵⁷ C. BENUSSI, *Vantaggi compensativi*, op. cit., 2184; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, op. cit., 222.

¹⁵⁸ E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, op. cit., 222.

lecite se controbilanciate da altre operazioni in grado di ritrasferire alla controllata danneggiata dei vantaggi economici¹⁵⁹.

Tale orientamento si pone in contrapposizione con la concezione atomistica dell'interesse sociale, per molto tempo sostenuta anche dalla giurisprudenza. Quest'ultima si era espressa nel senso che il gruppo non costituisce un soggetto di diritto nuovo e distinto rispetto alle società che le compongono, pertanto non può considerarsi titolare di un autonomo interesse meritevole di tutela, accanto e, addirittura, a discapito dell'interesse sociale delle società controllate¹⁶⁰.

Sebbene la Cassazione, negli anni '90, riconoscesse l'ammissibilità di un'attività di direzione della capogruppo, riteneva che la legittima attuazione delle direttive impartite alle controllate trovasse un limite nel rispetto e nella tutela della società. Se l'appartenenza al gruppo rendeva legittimo il compimento di operazioni volte al perseguimento di una politica di gruppo, ciò poteva ammettersi purché tali operazioni non contrastassero con l'interesse della singola società, al punto da recarle pregiudizio¹⁶¹.

Tale impostazione veniva condivisa anche da quella dottrina che affermava la *“impermeabilità dell'interesse sociale di ogni società all'interesse di gruppo, pena, addirittura, lo snaturamento causale della società”*¹⁶².

Maggiore aderenza alla realtà economica attuale presenta l'interpretazione del concetto di interesse sociale data da Paolo Montalenti, il quale, ritenendo da tempo superata la contrapposizione tra tesi contrattualistiche e tesi istituzionalistiche, identifica il concetto di interesse sociale con quello di *“interesse aziendale”*.

L'autore parte dal presupposto che l'interesse sociale possa definirsi, intanto, come interesse degli azionisti alla realizzazione dell'utile, in una prospettiva di medio-lungo termine, che, per quanto differenziato sia

¹⁵⁹ C. BENUSSI, *Vantaggi compensativi, op. cit.*, 2185.

¹⁶⁰ C. BENUSSI, *Vantaggi compensativi, op. cit.*, 2186.

¹⁶¹ P. MONTALENTI, *Conflitto di interessi, op. cit.*, 97.

¹⁶² P. MONTALENTI, *Conflitto di interessi, op. cit.*, 98-99.

l'azionariato, è pur sempre riconducibile alla valorizzazione della partecipazione sociale e all'incremento dei dividendi¹⁶³.

Così inteso, poi, l'interesse sociale si combina con interessi "altri", appartenenti ai vari *stakeholders* in generale (dipendenti, consumatori, ecc.), che entrano in contatto con la società: pertanto, gli amministratori dovranno perseguire l'interesse dei soci alla valorizzazione della partecipazione sociale, combinandolo e omogeneizzandolo con quello di una pluralità di soggetti, nell'ambito di limiti imposti vuoi dalla legge, vuoi da determinati vincoli contrattuali, vuoi dall'adesione a determinati codici di condotta, ma agendo sempre in un'ottica *profit-oriented*¹⁶⁴.

Il passaggio successivo concerne la concreta attualizzazione dell'interesse sociale: la valutazione di conformità di una data operazione rispetto all'interesse sociale riguarda non tanto la rispondenza della stessa allo scopo di lucro astrattamente inteso, quanto la sua coerenza e razionalità economica rispetto alle strategie gestionali dell'impresa, il cui fine ultimo è sempre lo scopo di profitto. Dunque l'interesse sociale, quale perseguimento di un astratto scopo di lucro, si realizza tramite la mediazione, in concreto, dell'interesse aziendale¹⁶⁵.

Uno degli interessi-altri che emergono quando l'impresa è organizzata in forma di gruppo è proprio l'interesse di gruppo.

Nell'ambito di un gruppo di imprese, in particolare, è possibile individuare tre diversi interessi: l'interesse della controllata, l'interesse della controllante e l'interesse di gruppo, il quale costituisce "*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.*"¹⁶⁶

La ricostruzione dell'interesse di gruppo proposta da Montalenti trova conferma non solo nella realtà economica della moderna impresa medio grande,

¹⁶³ P. MONTALENTI, *Interesse sociale, interesse di gruppo e gestione dell'impresa nei gruppi di società*, in *Quaderni di giurisprudenza. La riforma del diritto societario dieci anni dopo: per i quarant'anni di Giurisprudenza commerciale : Milano, 13-14 giugno 2014*, Milano, 2015, 172.

¹⁶⁴ P. MONTALENTI, *ult. op. cit.*, 172

¹⁶⁵ P. MONTALENTI, *ult. op. cit.*, 173.

¹⁶⁶ P. MONTALENTI, *Conflitto di interessi nei gruppi di società, op. cit.*, 91.

ma anche e soprattutto sul piano normativo: l'art. 2359 c.c., legittimando l'esercizio di influenza dominante di una società sull'altra, implicitamente e in via logicamente consequenziale, legittima chi esercita tale dominio a porre in essere atti o impartire direttive che orientino la controllata; inoltre, con la disciplina in materia di attività di direzione coordinamento si consente espressamente l'eterodirezione di società, anche a costo di recare pregiudizio alla controllata, nella misura in cui tale pregiudizio possa dirsi compensato.

Alla luce di tali considerazioni e in virtù delle scelte operate dal legislatore in materia di gruppi di società, sia civile, in materia di responsabilità della capogruppo, che penale, con la disciplina dell'infedeltà patrimoniale, la soluzione al conflitto di interessi all'interno dei gruppi va ricercata nelle soluzioni offerte dalla dottrina e recepite anche dalla giurisprudenza, sul tema della compensazione: lo sforzo sarà quindi quello di individuare il discrimine tra lecito dominio e indebita ingerenza della capogruppo nella vita delle controllate attraverso un confronto dialettico tra i pregiudizi subiti dalle controllate e i vantaggi complessivamente derivanti dall'appartenenza delle stesse al gruppo.

3. La “teoria dei vantaggi compensativi”

Elaborata in sede civilistica fin dagli anni '80¹⁶⁷, la c.d. “teoria dei vantaggi compensativi” è espressione della più generale idea dell'ambivalenza del rapporto di gruppo. Come è stato osservato da autorevole dottrina, infatti, nell'ambito dell'attività d'impresa il fenomeno dei gruppi si atteggia sia come “fattore di frode” sia come “fattore di giustificazione”: nel primo caso, l'appartenenza al gruppo imprime connotati di illiceità ad operazioni pregiudizievoli per l'interesse della controllata, come in quelle situazioni che danno luogo a “*forme c.d. di vassallaggio o di spoliazione di singole società del gruppo*”, senza un'adeguata contropartita per le stesse; nel secondo caso, comportamenti di per sé illeciti possono tuttavia ritenersi “scriminati” alla luce

¹⁶⁷ C. BENUSSI, *op. cit.*, 2189.

del vantaggio che tale società consegue in virtù della sua appartenenza al gruppo, quando il pregiudizio subito possa trovare un adeguato corrispettivo nei molteplici rapporti esistenti tra le varie entità del gruppo.¹⁶⁸

Tale teoria prende atto della circostanza che, sebbene l'esistenza del gruppo non giustifichi condotte di abuso da parte della controllante nell'esercizio dell'attività di direzione unitaria, deve tuttavia riconoscersi che nel gruppo l'esercizio dell'impresa assume connotati diversi da quelli riscontrabili nella singola società, che mutino i parametri di valutazione della convenienza delle decisioni e che addirittura lo stesso concetto di pregiudizio assuma un significato diverso; data, infatti, la complessità degli scambi intercorrenti tra le unità del gruppo, la singola operazione decisa dagli amministratori della controllata, in attuazione della politica di gruppo, non può essere valutata in base ad un mero raffronto tra costi e benefici e ritenersi svantaggiosa ogniqualvolta il saldo risulti negativo. È possibile, infatti, che a seguito di una visione d'insieme l'effetto negativo venga neutralizzato a fronte degli innegabili vantaggi che la società controllata trae dall'essere parte di un'organizzazione più ampia¹⁶⁹, sia sotto il profilo dell'immagine e del credito sul mercato, sia sotto il profilo operativo (ad esempio la possibilità di sfruttare gratuitamente o a prezzi di favore *know-how* in possesso di società del gruppo, o in generale la possibilità di usufruire di servizi di comune interesse cui la società non sarebbe in grado di accedere in virtù dei costi elevati degli stessi)¹⁷⁰.

Ancora attuale risulta, a tal proposito, la formula di Mignoli, secondo cui connotato essenziale del gruppo è “*l'appartenenza ad una comunità allargata, i*

¹⁶⁸ C.BENUSSI, *op. cit.*, 2189; V. NAPOLEONI, *Geometrie parallele e bagliori corruschi del diritto penale dei gruppi (banca rotta infragruppo, infedeltà patrimoniale e «vantaggi compensativi»*, in Cass. pen 2005, 3791; su tale ambivalenza del fenomeno dei gruppi G.M. FLICK, *Gruppi e monopolio nelle nuove prospettive del diritto penale*, in *Riv. soc.*, 1988, 479 ss.; L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale*, *op. cit.*, 156 ss.; C. PEDRAZZI, *Gruppo di imprese e responsabilità penale*, in *Disciplina giuridica del gruppo di imprese. Esperienze e proposte*, (atti del convegno di Bellagio del 19-20 giugno 1981), Milano, 1982, 157 ss.

¹⁶⁹ V. NAPOLEONI, *Geometrie parallele*, *op. cit.*, 3791.

¹⁷⁰ C. BENUSSI, *Vantaggi compensativi*, *op. cit.*, 2193.

cui vantaggi devono dialetticamente confrontarsi con i sacrifici dei singoli membri”¹⁷¹.

Alla base di questa teoria vi è, quindi, la consapevolezza dell’attuale complessità ed evoluzione dell’organizzazione d’impresa, degli irriducibili benefici derivanti dalla partecipazione al gruppo societario e del superamento della concezione atomistica dell’interesse sociale, a favore di un concezione di tipo “molecolare”, oggi accolta anche dal legislatore¹⁷².

Sebbene la dottrina sia unanime sulla necessità di individuare un punto di equilibrio tra la logica di gruppo e la compromissione dell’interesse della controllata che ne subisce le conseguenze, le varie posizioni differiscono in relazione al criterio compensativo applicabile in concreto per soppesare vantaggi e svantaggi.

I vari indirizzi sono riconducibili a due contrapposte concezioni della compensazione, una “rigida” e una più “elastica”¹⁷³.

Parte della dottrina ritiene che ai fini della compensazione sia necessaria un’equa redistribuzione, tra tutte le entità del gruppo, del *surplus* derivante dall’operazione¹⁷⁴ o , addirittura, secondo un’impostazione da alcuni criticata come “ragionieristica”¹⁷⁵, una compensazione in termini risarcitori: la società colpita dovrebbe ricevere dalla capogruppo un vero e proprio indennizzo, immediato e proporzionale al pregiudizio subito, a seguito di operazioni specificamente dirette in tal senso¹⁷⁶.

Altri autori, seguendo un’impostazione definita dagli oppositori come “compensazione virtuale”, non richiedono una compensazione rigorosamente

¹⁷¹A. MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, in *Contr. e impr.*, 1986, 738.

¹⁷²S. ROSSI, *Relazione introduttiva*, in *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, *Giur. Comm.*, 2002, 613; C. BENUSSI, *Vantaggi compensativi*, *op. cit.*, 2192

¹⁷³V. NAPOLEONI, *op. cit.*, 3794.

¹⁷⁴S. ROSSI, *op. cit.*, 614.

¹⁷⁵V. NAPOLEONI, *op. cit.*, 3794.

¹⁷⁶S. ROSSI, *op. cit.*, 614; V. NAPOLEONI, *op. cit.*, 3794; favorevole all’esigenza di un indennizzo in termini più o meno espliciti, F. BONELLI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 224 ss.; P.G. JAEGER, *L’interesse sociale rivisitato*, in *Giur. comm.*, 2000, I, 811; G. SCOGNAMIGLIO, *La politica di gruppo e l’interesse delle società controllate*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 497 ss.; SPADA, *L’amministrazione delle società per azioni tra interesse sociale e interesse di gruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, 233 ss.

proporzionale al pregiudizio subito, ma ammettono che il bilanciamento tra vantaggio e svantaggio possa effettuarsi anche tenendo in considerazione benefici non ancora conseguiti ma prevedibili, sulla base di una prognosi di ragionevole probabilità¹⁷⁷.

A tale indirizzo è sicuramente riconducibile la concezione della “teoria dei vantaggi compensativi” proposta da Paolo Montalenti.

Egli, da un lato, nega la sufficienza di generici benefici derivanti dal legame di gruppo quale compensazione del danno subito dalla controllata; dall’altro, esclude che tale danno debba trovare un ristoro immediato e rigidamente proporzionale.

In particolare, considera riduttiva la tesi che subordina la legittimità di operazioni economicamente svantaggiose per la controllata ad un ritrasferimento di vantaggi specifici a essa diretti dalla controllante, in quanto tale riallocazione porterebbe ad un risultato economico equivalente a quello che la società avrebbe potuto raggiungere autonomamente¹⁷⁸.

Secondo l’autore ragionare in questi termini, infatti, significherebbe ricadere in quell’orientamento, sostenuto in passato dalla giurisprudenza, che riteneva legittimo il perseguimento della politica di gruppo solo se e nella misura in cui questa non recasse pregiudizio alla controllata¹⁷⁹.

Come abbiamo già visto, Montalenti non solo sostiene la non extrasocialità dell’interesse di gruppo, ma individua in esso il “*punto di convergenza*” tra l’interesse della controllata e quello della controllante. In particolare, il giudizio sulla non “*terzietà*” dell’interesse del gruppo rispetto all’interesse della società, a seguito del quale poter ritenere controbilanciato il pregiudizio subito dalla controllata derivante dall’operazione infragruppo, viene

¹⁷⁷ C.BENUSSI, *Vantaggi compensativi*, op. cit., 2191-2192; V. NAPOLEONI, *Geometri parallele*, op. cit., 3794; per la concezione elastica della teoria dei vantaggi compensativi P. MONTALENTI, *Conflitto di interesse*, op. cit., 99 ss.; P. FERRO LUZZI, *Riflessioni sul gruppo (non creditizio)* in *Riv. dir. comm.*, 2001, 13; A. MIGNOLI, *Interesse di gruppo*, op. cit., 735 ss.; A. PAVONE LA ROSA, *Il gruppo di imprese nella amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2000, I, 486;

¹⁷⁸ P. MONTALENTI, *Conflitto di interessi nei gruppi di società*, op. cit., 101.

¹⁷⁹ P. MONTALENTI, *Conflitto di interessi nei gruppi di società*, op. cit., 101.

definito dall'autore come un “*procedimento valutativo tecnico di carattere economico-funzionale e non quantitativo reso, e perciò successivamente controllato (in sede giudiziale), in base agli elementi noti al momento in cui l'operazione viene decisa*”¹⁸⁰.

Alla luce di tale definizione, si esclude, *in primis*, la sufficienza di una valutazione *ex-post*, in termini strettamente quantitativi e basati unicamente su un raffronto puntuale tra costi e benefici: sebbene il dato economico sia imprescindibile elemento di valutazione, ciò che rileverà ai fini della compensazione sarà il risultato complessivo che poteva ragionevolmente attendersi dall'attività di gruppo¹⁸¹.

Pertanto, dovrà trattarsi, in primo luogo, di un giudizio *ex-ante*, da effettuare, cioè, riportandosi al contesto temporale dell'operazione, tenendo in considerazione tutti gli elementi noti al momento in cui tale operazione è stata decisa; che abbia ad oggetto la non extrasocialità dell'interesse di gruppo, intesa in termini di coerenza e razionalità della scelta, seppur pregiudizievole per la società che la pone in essere, rispetto alla politica economica generale di gruppo di medio e lungo termine; che tenga conto dei risultati vantaggiosi che si possano ragionevolmente prevedere, anche se su un piano economico diverso da quello su cui si colloca il pregiudizio alla controllata, anche se conseguibili in tempi diversi rispetto a quello dell'operazione e, infine, anche se non rigidamente proporzionali al pregiudizio arrecato¹⁸².

Per quanto riguarda il fronte giurisprudenziale, un primo riferimento al criterio della compensazione è rinvenibile in un orientamento della Cassazione penale la quale, negli anni '50, in materia di conflitto di interessi dell'amministratore di società *ex art. 2631 c.c.*, affermò che “*quando le varie società sono collegate ed interdipendenti, la sfavorevole attuazione di un'operazione nell'ambito di una di esse può costituire la contropartita di un più cospicuo o più concreto risultato, raggiunto nel seno di un'altra*”. Non si tratta,

¹⁸⁰ P. MONTALENTI, *Conflitto di interessi nei gruppi di società, op. cit.*, 104.

¹⁸¹ P. MONTALENTI, *Conflitto di interessi nei gruppi di società, op. cit.*, 104.

¹⁸² P. MONTALENTI, *Conflitto di interessi nei gruppi di società, op. cit.*, 105.

tuttavia, di un dato decisivo, posto che, nell'interpretazione e applicazione della disciplina sul conflitto d'interesse, si sarebbe affermato in maniera predominante l'approccio formalistico, basato sul riscontro di una mera contrapposizione di posizioni¹⁸³.

Per molto tempo, soprattutto con riferimento alla legittimità dell'attività diretta al perseguimento dell'interesse di gruppo, la giurisprudenza è rimasta arroccata su posizioni di un certo rigore. Pur ritenendo ammissibili decisioni degli amministratori delle controllate attuative della politica di gruppo, la Suprema Corte individuava un limite nel rispetto e nella tutela dell'interesse della società: la partecipazione al gruppo rendeva ammissibile il compimento di operazioni dirette al perseguimento dell'interesse di gruppo, tuttavia non al punto da legittimare il compimento di attività che contrastassero con quelle della società, fino al punto da recarle un vero e proprio pregiudizio. Data la soggettività distinta di tutte le componenti del gruppo, l'interesse di gruppo veniva configurato come un interesse diverso e ulteriore rispetto a quello sociale, con la conseguenza che il secondo poteva essere al più coordinato, ma non sacrificato, rispetto al primo¹⁸⁴.

In epoca più recente, invece, la Cassazione sembra aver recepito l'ammissibilità del criterio dei vantaggi compensativi nella valutazione del danno recato alla società del gruppo.

Particolarmente indicativa la sentenza n. 16707 del 2004, in cui, con specifico riferimento alla teoria dei vantaggi compensativi, la Cassazione ritiene ammissibile che l'apparente pregiudizio subito dalla singola società, a seguito di un'operazione vantaggiosa per il gruppo, possa trovare compensazione nei vantaggi di cui comunque la stessa fruisce, in conseguenza della sua appartenenza ad un più ampio gruppo di imprese. In particolare, la Corte statuisce che l'autonomia soggettiva e patrimoniale della società del gruppo impone all'amministratore di agire nel perseguimento dell'interesse della stessa e

¹⁸³ V. NAPOLEONI, *Geometrie parallele*, op. cit., 3793.

¹⁸⁴ *Cass.*, 13 febbraio 1992, n. 1759

di non sacrificarlo in nome di un interesse che, per quanto riconducibile al vertice del gruppo, è estraneo a quello di soci di minoranza e creditori della controllata; al tempo stesso ritiene che ciò *“però non esclude affatto la possibilità di tener conto di valutazioni afferenti alla conduzione del gruppo nel suo insieme, purché non vengano in tal modo pregiudicati ingiustificatamente gli interessi delle singole società. E, nel valutare se un siffatto pregiudizio in concreto sussista, è doveroso tener conto che la conduzione di un’impresa di regola non si estrinseca nel compimento di singole operazioni, ciascuna distaccata dalla precedente, bensì nella realizzazione di strategie economiche destinate spesso a prender forma e ad assumere significato nel tempo attraverso una molteplicità di atti e di comportamenti. Sicché è perfettamente logico che anche la valutazione di quel che potenzialmente giova, o invece pregiudica, l’interesse della società non possa prescindere da una visione generale: visione in cui si abbia riguardo non soltanto all’effetto patrimoniale immediatamente negativo di un determinato atto di gestione, ma altresì agli eventuali riflessi positivi che ne siano eventualmente derivati in conseguenza della partecipazione della singola società ai vantaggi che quell’atto abbia arrecato al gruppo di appartenenza.”*

Nel passaggio successivo la Corte precisa, tuttavia, che la compensazione dell’atto lesivo del patrimonio della società non si può ammettere in base a benefici meramente ipotetici: sarà onere dell’amministratore, della cui responsabilità si discute, provare l’esistenza del gruppo dal quale derivino benefici connessi al vantaggio compensativo e *“la loro idoneità a compensare efficacemente gli effetti immediatamente negativi dell’operazione compiuta”*.

4. La clausola di cui all’art. 2634,3° comma, c.c. come espressione della teoria dei vantaggi compensativi

La “teoria dei vantaggi compensativi” ha ricevuto un espresso riconoscimento normativo nell’art. 2634 c.c., come riformato dal d.lgs. n. 61/2002.

La norma, oltre a prevedere la punibilità di amministratori, direttori generali e liquidatori che, in conflitto di interessi, pongano in essere o concorrano a deliberare atti di disposizione intenzionalmente dannosi alla società, per il perseguimento di un profitto ingiusto o altro vantaggio, stabilisce all'ultimo comma 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”*(art. 2634, 3° comma, c.c.).

Non si tratta tuttavia di una assoluta novità.

La genesi della clausola, infatti, risale al Progetto Mirone, il quale a sua volta traeva ispirazione dalle linee di fondo del Progetto Pagliaro del '92¹⁸⁵ per la riforma del diritto societario. L'art. 10 comma 1 lett. a) n. 12 del progetto, nel delineare la nuova fattispecie di infedeltà patrimoniale, che sarebbe poi confluita nell'attuale art. 2634 c.c., richiedeva che non si considerasse ingiusto *“il profitto della società collegata o del gruppo, se esso è compensato da vantaggi, anche soltanto ragionevolmente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo”*.

L'esigenza di una clausola di questo tipo nasce, probabilmente, dalla consapevolezza che il gruppo di società costituisce un fattore criminogeno: se l'esercizio di attività d'impresa da parte di singole società costituisce terreno fertile di comportamenti illeciti¹⁸⁶, il gruppo funge da “moltiplicatore” per tutti i rischi che si annidano nell'ambito di un'impresa organizzata in forma societaria¹⁸⁷. Tuttavia, si è messo in evidenza come una fattispecie incriminatrice

¹⁸⁵ L'art. 112 n. 2 del progetto, nel proporre l'introduzione di una fattispecie generale di infedeltà patrimoniale, consistente *“nel fatto di chi, con abuso di poteri o violazione di doveri inerenti alle funzioni esercitate nell'impresa, al fine di procurare a sé o ad altri un profitto ingiusto, cagioni all'impresa un danno patrimoniale”*, specificava, infatti, che *“non è ingiusto il profitto dell'impresa collegata, ove questo sia compensato dai riflessi favorevoli per l'impresa per il cui conto l'atto è compiuto”*

¹⁸⁶ Sui fattori criminogeni insiti nell'esercizio dell'attività d'impresa A. ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penale*, in *R.i.d.p.p.*, 2005, 534; G. MAROTTA, *Teorie criminologiche*, Milano, 2004, 176 ss;

¹⁸⁷ Sostiene che il gruppo societario può costituire “ambiente di coltura per una molteplicità indefinita di comportamenti illeciti” V. MILITELLO, *Attività di gruppo e comportamenti illeciti: il gruppo come*

volta a prevenire e sanzionare le condotte infedeli dei titolari del potere gestorio dovesse essere accompagnata, al tempo stesso, da una clausola che escludesse la responsabilità degli stessi ogniqualvolta fossero state rispettate le condizioni per un legittimo perseguimento dell'interesse di gruppo¹⁸⁸.

Come si legge nella Relazione illustrativa al Progetto Mirone, scopo della clausola è *“quello di evitare che la fattispecie si presti a qualificare penalmente, in presenza di situazioni di conflitto «formale» tra società del medesimo gruppo, operazioni che, isolatamente considerate, avvantaggino l'una società ai danni dell'altra, ma si inseriscono in un panorama di scambi intragruppo, anche in fieri, idonei ad assicurare in prospettiva un riequilibrio dei rapporti”*.

L'art. 2634, 3° comma, c.c. sembra aver recepito la versione più ampia ed elastica della “teoria dei vantaggi compensativi”: con la formula *“vantaggi conseguiti o fondatamente prevedibili”*, infatti, la norma attribuisce rilevanza, ai fini della compensazione, non solo ai benefici storicamente già conseguiti, ma anche a quelli che, pure se non ancora realizzati, è probabile che vengano conseguiti in un futuro, più o meno prossimo, secondo un giudizio di ragionevole prevedibilità¹⁸⁹.

La clausola ha dato adito ad orientamenti interpretativi dissonanti sotto molteplici profili.

Già con riferimento alle formule lessicali utilizzate dal legislatore, sicuramente ampie e generiche, sono stati espressi pareri contrastanti: secondo parte della dottrina, la vaghezza espressiva delle stesse è tale da suscitare dubbi di legittimità costituzionale sotto il profilo del principio di determinatezza¹⁹⁰,

fattore criminogeno, RTDPE, 1998, 389; P. BARTOLO, *Bancarotta e infedeltà patrimoniale infragruppo*, op. cit., 160; E. AMATI, *Infedeltà patrimoniale*, in *Reati societari*, a cura di A. ROSSI, Torino, 2005, 420.

¹⁸⁸ E. AMATI, *Infedeltà patrimoniale*, op. cit., 420.

¹⁸⁹ P. ALDROVANDI, *Art. 2634*, op. cit., 144; P. MONTALENTI, *Gruppi e conflitto di interessi nella riforma del diritto societario*, in *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, *Giur. Comm.*, 2002, 625; V. NAPOLEONI, *Geometrie parallele*, op. cit., 3796-3797; C. BENUSSI, *Vantaggi compensativi*, op. cit., 2189-2190; L. FOFFANI, *Art. 2634*, op. cit., 2524.

¹⁹⁰ V. NAPOLEONI, *Geometrie parallele*, op. cit., 3797; C. BENUSSI, *Vantaggi compensativi*, op. cit., 2197.

laddove altri vi ha individuato il giusto equilibrio tra esigenze di flessibilità nella gestione delle politiche di gruppo, da un lato, e tecniche predatorie, dall'altro¹⁹¹.

Con più specifico riferimento ai termini della compensazione, un primo elemento che ha dato luogo a indirizzi interpretativi differenti è l'individuazione del criterio di valutazione del vantaggio “*conseguito*” ai fini del bilanciamento con il pregiudizio subito dalla singola società del gruppo.

Abbiamo visto come già prima della riforma fossero rinvenibili due posizioni diametralmente opposte nelle tesi, da un lato, di chi sosteneva le teoriche dell'indennizzo e della redistribuzione del *surplus*; dall'altro, di chi, in prima linea Paolo Montalenti, proponesse una visione più elastica della “teoria dei vantaggi compensativi”.

Entrata in vigore la nuova fattispecie di infedeltà patrimoniale, il dibattito non può dirsi sopito.

Tra coloro i quali escludono che il bilanciamento tra vantaggi e svantaggi debba effettuarsi in termini di una equiparazione algebrica tra costi e benefici, vi è chi, nell'analisi della norma, individua due passaggi fondamentali.

In primis, mette in evidenza che la struttura della clausola presuppone l'esistenza del danno: se non vi fosse un danno, non potrebbe ritenersi integrato il fatto tipico, così che è la stessa ragion d'essere della clausola (che, nell'interpretazione dell'autore, costituirebbe una scriminante), a presupporre l'esistenza del danno, fronteggiato da un vantaggio derivante dall'appartenenza o dal collegamento al gruppo¹⁹².

In secondo luogo, pone l'attenzione sul concetto di compensazione, evocato dal termine “*compensato*” che figura nella norma, e puntualizza che sebbene il valore semantico del termine potrebbe far pensare alla necessità di una algebrica equiparazione del vantaggio al danno subito, ammettere una simile

¹⁹¹P. MONTALENTI, *Gruppi e conflitto di interessi nella riforma del diritto societario*, in *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, *Giur. Comm.*, 2002, 625.

¹⁹²F. MUCCIARELLI, *Il ruolo dei «vantaggi compensativi» nell'economia del delitto di infedeltà patrimoniale degli amministratori*, in *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, *Giur. Comm.*, 2002, 630.

interpretazione significherebbe negare la logica stessa del gruppo e configurare la clausola in esame come una mera causa di non punibilità¹⁹³.

L'autore, inoltre, ritiene che tali conclusioni sui termini della compensazione si impongano, a maggior ragione, in virtù dell'utilizzo del participio passato nella formula "*vantaggi conseguiti*": se si ammettesse che la compensazione di cui al 3° comma dell'art. 2634 c.c. si esaurisce in un calcolo aritmetico di ragguaglio del vantaggio al danno, il vantaggio già conseguito escluderebbe il danno derivante dall'atto di disposizione dei beni sociali nel momento stesso in cui viene posto in essere, facendo venir meno un elemento costitutivo della fattispecie¹⁹⁴. Data la presenza del participio "*conseguiti*" all'interno della norma, "*è giocoforza ammettere che la nozione di compensazione, cui la norma stessa si richiama, non può esaurirsi nella aritmetica equiparazione fra danno e vantaggio*" e che il vantaggio compensativo non deve necessariamente derivare da operazioni, già compiute o future, di segno contrario a quella che ha cagionato il danno¹⁹⁵.

Seguendo nell'analisi della disposizione, si esclude, quale ulteriore conseguenza derivante dal valore semantico del termine in esame, la necessità, ai fini della compensazione, del compimento di operazioni di segno contrario in grado di ragguagliare il danno e ritiene ad esse riconducibili tutte le possibili utilità che la società danneggiata abbia già conseguito in virtù del rapporto di appartenenza o di collegamento al gruppo¹⁹⁶, ad esempio i benefici derivanti

¹⁹³ F. MUCCIARELLI, *Il ruolo, op. cit.*, 632.

¹⁹⁴ F. MUCCIARELLI, *Il ruolo, op. cit.*, 632; P. ALDROVANDI, *Art. 2634, op. cit.*, 144; L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale, op. cit.*, 398.; la stessa conclusione, circa l'esclusione dell'elemento costitutivo del danno, giunge V. NUVOLONE, pur collegando il participio "conseguito" a "*benefici di suscettivi di immediato ragguaglio algebrico col pregiudizio*", in *Geometrie parallele e bagliori corruschi, op. cit.*, 3798;

¹⁹⁵ F. MUCCIARELLI, *Il ruolo, op. cit.*, 632.

¹⁹⁶ *In senso contrario* L. FOFFANI, il quale afferma che "*è solo un calcolo costi-benefici rapportato alla società operante in ordine ad una specifica operazione quello che può contribuire a disegnare la sfera dei poteri e dei doveri inerenti alle funzioni esercitate nell'impresa di gruppo*", Art. 2634, in *Commentario breve alle Leggi penali complementari*, a cura di PALIERO-PALAZZO, Padova, 2007,2526; L. FOFFANI, *Le infedeltà, op. cit.*, 359-363.

dalla centralizzazione degli acquisti di beni e servizi, dalla centralizzazione di servizi comuni a tutte le società del gruppo ecc.¹⁹⁷

La norma, in alternativa al vantaggio conseguito, ricollega l'esclusione dell'ingiustizia del profitto ad un altro criterio di compensazione: il legislatore, infatti, ammette che la verifica del bilanciamento tra benefici e pregiudizio possa essere condotta in relazione a vantaggi che siano anche solo “*fondatamente prevedibili*”.

La formula “*vantaggi fondatamente prevedibili*” sostituisce quella contenuta all'interno del Progetto Mirone del “*vantaggio anche ragionevolmente prevedibile*”. La modifica, probabilmente, esprime la volontà del legislatore delegato di imprimere un maggiore rigore nella valutazione dei vantaggi di cui si tratta¹⁹⁸, ma è stata comunque oggetto di critica in quanto sembra coniugare in un'unica espressione concetti apparentemente antinomici: se, da un lato, il carattere “fondato” della previsione potrà verificarsi soltanto *ex post*, il concetto di prevedibilità, al contrario, evoca una valutazione *ex ante*¹⁹⁹.

Si tratta di un parametro di valutazione sicuramente più generico, che introduce una connotazione soggettiva e che reca in sé tutta la difficoltà di accertare il criterio della prevedibilità²⁰⁰.

Vi è chi, tuttavia, non condivide la critica mossa al criterio definito “soggettivo” per determinare la liceità delle operazioni infragruppo. A tal proposito, si ritiene che alla base di tale critica ci sia un fraintendimento in ordine al concetto di interesse di gruppo che viene preso in considerazione nella materia e che, secondo tale orientamento, è sostanzialmente accolto anche dal legislatore

¹⁹⁷ F. MUCCIARELLI, *Il ruolo*, op. cit., 633.

¹⁹⁸ V. NAPOLEONI, *Geometrie parallele*, op. cit., 3799; R. SACCHI, *Conclusioni*, in *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, *Giur. Comm.*, 2002,635; non ravvisa una sostanziale differenza tra l'espressione «ragionevolmente prevedibili» e quella di «fondatamente prevedibili» utilizzata dall'art. 2634 G. COCCO, *I confini tra condotte lecite, bancarotta fraudolenta e bancarotta semplice nelle relazioni economiche all'interno dei gruppi di società*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, 1036.

¹⁹⁹ V. NAPOLEONI, op. cit., 3799.

²⁰⁰ L. FOFFANI, *Art. 2634*, op. cit., 2524; C. BENUSSI, *Vantaggi compensativi*, op. cit., 2194; M. BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà degli amministratori di società e sanzioni penali*, Milano, 2006, 116-117.

nell'art. 2634. Si afferma che il bilanciamento non debba essere effettuato tra il danno subito dalla singola società nella singola operazione ed il profitto che ne trae il gruppo., in quanto ciò non sarebbe tollerabile in un sistema nel quale possa ritenersi superata la concezione atomistica delle società del gruppo. Si critica, in particolare, chi sostiene che solo un calcolo tra costi-benefici rapportato alla società operante in ordine ad una specifica operazione contribuirebbe a individuare la sfera dei poteri e doveri inerenti alle funzioni esercitate nel gruppo²⁰¹. Si sottolinea la necessità che il calcolo costi-benefici venga effettuato sulla singola società, ma che tale calcolo non possa non tenere conto sia dei benefici da essa conseguiti, in virtù dell'appartenenza al gruppo, sia di quelli che ricadranno in futuro sulla stessa società. Quello che non si può pretendere è, cioè, la contestualità di costi-benefici ed in tale valutazione non vi sarebbe nulla di soggettivo: il bilanciamento di costi-benefici delle operazioni infragruppo in capo a ciascuna società non potrebbe effettuarsi in relazione all'operazione isolatamente considerata, ma tenendo conto della "continuità e polivalenza di rapporti tra società" che impone di valutare sia i benefici già conseguiti a seguito dell'operazione, sia quelli che verranno conseguiti, alla stregua di un giudizio di fondata prevedibilità. Al contrario, "sarebbe *contra legem* pretendere che il calcolo costi-benefici riguardi la specifica operazione perché ciò cancella il significato positivo e lecito del gruppo²⁰².

Ad ogni modo, il ricorso ad un parametro di così ampio respiro conferma la scelta del legislatore di voler aderire ad una accezione elastica del vantaggio, che tenga in considerazione anche ristori futuri, indifferentemente di medio e lungo termine, purché non meramente ipotetici. In particolare, il vantaggio fondatamente prevedibile potrà essere valutato soltanto ricorrendo ad un giudizio di prognosi postuma ed obiettiva, di natura tecnico-economica, da effettuarsi *ex ante*, cioè tenendo in considerazione tutti gli elementi noti all'agente al momento dell'operazione e il cui esito conduca a ritenere una probabilità "fondata", quasi

²⁰¹ L. FOFFANI, *Art. 2634, op. cit.*, 2526.

²⁰² G. COCCO, *I confini, op. cit.*, 1036-1037.

certezza, che il vantaggio verrà conseguito, pure se su piani diversi da quelli cui è riconducibile l'operazione pregiudizievole²⁰³. Il corrispettivo, ovviamente non irrisorio, dovrà essere idoneo a garantire un riequilibrio dei rapporti all'interno del gruppo e tale idoneità dovrà valutarsi in relazione ai vantaggi complessivamente derivanti dalla strategia imprenditoriale di gruppo, alla luce della quale potrà ammettersi l'imposizione di un sacrificio momentaneo alla controllata, in presenza della fondata previsione di un beneficio futuro. Lungi dal ritenere antinomici i termini utilizzati dal legislatore nella formula in esame, si è ritenuto che dall'accostamento dell'avverbio "*fondatamente*" al termine "*prevedibili*" derivi la non sufficienza di un vantaggio meramente prevedibile: sarà necessario, ai fini della compensazione, che sia stato "*esattamente preventivato e stimato il grado di probabilità, tenendo conto anche degli eventuali rischi che la politica di gruppo costringe a correre*"²⁰⁴. Pertanto, non sarà sufficiente sostenere sulla base di un parametro meramente soggettivo l'astratta possibilità di conseguire, in un futuro non meglio precisato, un bilanciamento tra vantaggi e svantaggi, né, dall'altro lato, effettuare un calcolo preciso in cui specifici vantaggi escludano specifici costi. Occorrerà, invece, fornire elementi idonei a conferire un sufficiente grado di certezza alla previsione sulla futura compensazione²⁰⁵.

Anche prima della riforma, si era rilevato che un'operazione pur pregiudizievole può essere considerata lecita se faccia parte di un elaborato "*piano generale di coordinamento e sviluppo delle attività del gruppo*", da rendere pubblico, ed "*in esito al quale, sia pure con la relatività propria di ogni piano economico, si confidi in un risultato capace di assorbire i sacrifici*

²⁰³ C. BENUSSI, *Vantaggi compensativi*, op. cit., 2194; E. AMATI, op. cit., 423; V. NAPOLEONI, 3799; A.L. MACCARI, *Infedeltà patrimoniale*, in AA.VV., *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, a cura di F. GIUNTA, Torino, 2002, 165.

²⁰⁴ C. BENUSSI, *Vantaggi compensativi*, op. cit., 2194.

²⁰⁵ C. BENUSSI, *Vantaggi compensativi*, op. cit., 2195-2196; S. ROSSI, *Relazione introduttiva*, in *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, *Giur. comm.*, 2002, 615, la quale si domanda anche se, ai fini della compensazione "*dovrà trattarsi di una fondatezza economica, basata su valutazioni di carattere imprenditoriale, o di una fondatezza giuridica, che si manifesti in precisi impegni formali e giuridicamente vincolanti nei confronti della società controllata*".

sopportati ed idoneo a costruire la base per ottenere una maggiore redditività del capitale”²⁰⁶.

Come già evidenziato, l’esigenza di ancorare, per quanto possibile, il giudizio previsionale sui vantaggi fondatamente prevedibili a basi solide, è stata messa in luce anche dalla Corte di Cassazione, che in una delle prime pronunce ha espresso la necessità che i vantaggi corrispondenti alla perdita subita siano “«prevedibili» «fondatamente» e, cioè, basati su elementi sicuri, pressoché certi, e non meramente aleatori o costituenti una semplice aspettativa; deve trattarsi quindi di una previsione di sostanziale certezza”²⁰⁷.

Si è ritenuto che la posizione assunta della giurisprudenza fosse, tuttavia, troppo rigorosa: autorevole dottrina ha sostenuto che enfatizzando il valore della formula relativa ai vantaggi fondatamente prevedibili, si finisce per richiedere una verifica *ex post* dei risultati della politica di gruppo, secondo lo schema del nesso causale. Sebbene, infatti, non ci si possa accontentare di vantaggi meramente ipotetici (o, come dice la Corte nella sentenza citata, di una “*mera speranza*”), pretendere di ancorare il parametro della prevedibilità al giudizio di “sostanziale certezza” cui allude la Cassazione, “*minaccia di estromettere dalla sfera di utile valutazione, in contrasto col pur trasparente intento dei conditores, tutte le operazioni caratterizzate dal rischio d’impresa, rischio peraltro immanente alle attività economiche, trasformando così l’operazione intragruppo (fisiologicamente) rischiosa in una operazione tendenzialmente abusiva.*”²⁰⁸

Non poche perplessità suscita il riferimento, contenuto nella clausola del 3° comma dell’art. 2634 c.c., all’ “*ingiustizia del profitto*”.

Dalla formulazione della norma sembra derivare la necessità di parametrare il vantaggio non al danno cagionato alla società, sacrificata dall’operazione realizzata nell’interesse del gruppo, ma al profitto ingiusto che da tale operazione sia derivato alla società collegata o del gruppo.

²⁰⁶ così V. SALAFIA, *Patologia dei gruppi di società*, in *Le Società*, 1995, 1142 ss. e 1149.

²⁰⁷ *Cass. pen.*, Sez V, 7 ottobre 2003.

²⁰⁸ V. MILITELLO, *L’infedeltà patrimoniale*, *op. cit.*, 491; V. NAPOLEONI, *Geometrie parallele*, *op. cit.*, 3804.

Diversi le posizioni della dottrina sul punto.

Autorevole dottrina ha fortemente criticato l'equivocità della formula utilizzata dal legislatore, ritenendo che ai fini del ripristino dell'equilibrio nei rapporti infragruppo, alterato dall'operazione pregiudizievole, il vantaggio debba essere rapportato al danno subito dalla società del gruppo, e non al profitto perseguito dal soggetto agente. Secondo tale opinione, sulla base della formula adottata dal legislatore, *“paradossalmente, quello che meno rischierebbe sotto il profilo penale sarebbe il gruppo programmaticamente inefficiente, ossia quello che, pur penalizzando l'interesse sociale particolare di taluna sua componente, non riveli lo scopo di perseguire, né si riveli capace di produrre, alcun profitto”*. L'incongruenza del metro di compensazione scelto dal legislatore emergerebbe in maniera ancor più evidente in caso di notevole sproporzione tra le due entità, cioè quando ad un danno significativo subito dalla società amministrata facciano fronte modeste aspettative di profitto. Si ritiene, pertanto, che se l'obiettivo del legislatore fosse stato quello di individuare “spazi di liceità” per il perseguimento di politiche di gruppo comunque pregiudizievoli per le società amministrate, la scelta più ragionevole sarebbe stata, allora, quella di delineare un meccanismo compensativo che *“operasse sul nesso fra interesse sociale-interesse di gruppo-pregiudizio per la società”*; di prevedere, cioè, che la compensazione passasse attraverso un raffronto tra danno e vantaggio e non tra questo e il profitto atteso o conseguito dal gruppo. La ragion d'essere del gruppo, infatti, sta proprio nel creare delle interazioni tra le varie entità che lo compongono, al fine di ottenere profitti di gran lunga maggiori di quelli che la singola entità, da sola, sarebbe in grado di raggiungere: proprio in virtù di tale maggior beneficio, si giustifica il sacrificio, temporaneo e contenuto, della società del gruppo stesso²⁰⁹.

Quale ulteriore argomento a sostegno di tale ricostruzione, si fa leva sulla posizione in cui verrebbe a trovarsi l'amministratore della società danneggiata, al quale si finirebbe per chiedere di valutare, *a priori*, l'entità del profitto che potrà ricavarsi dalla operazione pregiudizievole per la società da lui amministrata, e di

²⁰⁹ L. FOFFANI, *Le infedeltà, op. cit.*, 361-362; L. FOFFANI, *Art. 2634, op. cit.*, 2525-2526.

stabilire il *quantum* della compensazione necessario per risanare il sacrificio della stessa: ragionare in questi termini significherebbe trasformare “*l’ arma della pena in una spada di Damocle*”, che penderà sulla testa dell’amministratore ogni qualvolta si tratterà di decidere un’operazione di gruppo che si prospetti dannosa per la società da lui amministrata²¹⁰.

Tali rilievi sono stati criticati da altra dottrina, secondo la quale ai fini della configurazione del reato è sufficiente che la condotta sia retta da un profitto ingiusto, indipendentemente dal fatto che esso si realizzi o meno. Il riferimento testuale al “profitto” invece che al “danno” si afferma sia opportuno, sia perché consente un aggancio con il dolo specifico di cui al 1° comma dell’articolo, sia perché in questo modo verrebbe valorizzato il vero significato della teoria dei vantaggi compensativi: “*non considerare ingiusto il profitto perseguito dall’agente nell’interesse di altra società o del gruppo quando l’apparente danno immediato causato ad una società del gruppo possa essere compensato con tangibili vantaggi derivati dall’appartenenza al gruppo*”²¹¹.

In una posizione intermedia si colloca quella dottrina che attribuisce l’equivocità della formula utilizzata dal legislatore ad “inesattezze terminologiche”²¹², che è possibile superare ad una più attenta lettura della norma²¹³. Secondo questa impostazione, sebbene la formulazione della clausola risulti infelice, lascerebbe comunque intendere che la compensazione richiesta dalla norma in esame è quella tra danno patito dalla società, a seguito dell’operazione compiuta nell’interesse di gruppo e il vantaggio che la stessa società ha conseguito o è prevedibile che consegua in futuro, e non tra quest’ultimo e il profitto²¹⁴. Il richiamo al profitto sarebbe volto unicamente a sottolineare che non è ingiusto il profitto cui mira l’amministratore della società lesa, se il danno ad essa cagionato risulti, in definitiva, adeguatamente

²¹⁰ L. FOFFANI, *Le infedeltà*, op. cit., 361-362; L. FOFFANI, *Art. 2634*, op. cit., 2525-2526.

²¹¹ C. BENUSSI, *Vantaggi compensativi*, op. cit., 2198-2199.

²¹² N. ABRIANI, *Gruppi di società e criterio dei vantaggi compensativi nella riforma del diritto societario*, in *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, *Giur. Comm.*, 2002, 619.

²¹³ C. BENUSSI, *Vantaggi compensativi*, op. cit., 2199.

²¹⁴ C. BENUSSI, *Vantaggi compensativi*, op. cit., 2199; N. ABRIANI, *Gruppi di società*, op. cit., 618.

compensato²¹⁵. La clausola, pertanto, andrebbe letta nel senso che “*non si considera ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo qualora il danno patito al seguito di tale operazione da altra società del gruppo sia compensato da vantaggi conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo*”²¹⁶.

5. La controversa natura giuridica della clausola dell'art. 2634, 3° comma, c.c.

Con riferimento alla natura giuridica della clausola in esame, sono state proposte in dottrina diverse posizioni: vi è chi propone la tesi secondo cui la norma in virtù della quale non è ingiusto il profitto, quando la società danneggiata dall'operazione infragruppo possa dirsi compensata dal vantaggio conseguito o fondatamente prevedibile, presenti “le stigmate della scriminante”²¹⁷; secondo l'opinione maggioritaria, invece, la clausola opererebbe come limite del dolo specifico.

Secondo la prima tesi, la clausola esclude espressamente l'ingiustizia del profitto che pure presenti tutte le caratteristiche richieste dalla norma: in virtù della stessa, viene meno il carattere *contra ius* del profitto che abbia tipicamente tutti i connotati descritti nella disposizione e questa qualificazione del profitto come “non *contra ius*” eliderebbe, pertanto, l'antigiuridicità del fatto²¹⁸.

Secondo altra dottrina che pure si è interrogata sulla natura giuridica della disposizione, la clausola che stabilisce quali siano le condizioni per poter escludere il carattere di ingiustizia del profitto (oggetto del dolo specifico) non costituisce una mera causa di non punibilità, quanto, piuttosto, una causa di

²¹⁵ C. BENUSSI, *Vantaggi compensativi*, op. cit., 2199.

²¹⁶ N. ABRIANI, *Gruppi di società* op. cit., 618,619.

²¹⁷ F. MUCCIARELLI, *Il ruolo*, op. cit., 631.

²¹⁸ F. MUCCIARELLI, *Il ruolo*, op. cit., 631.

esclusione del dolo specifico, che svolge nella norma il ruolo di ulteriore elemento di tipizzazione del fatto²¹⁹.

Tanto la qualificazione della clausola come scriminante, tanto la sua interpretazione in termini di limite del dolo specifico sono state analizzate nelle premesse da parte della dottrina, la quale ritiene poco convincenti gli argomenti adottati a sostegno di ciascuna di esse.

Con riferimento all'inquadramento dogmatico della norma quale scriminante, viene innanzitutto messo in evidenza come la clausola sui vantaggi compensativi, a ben vedere, non operi in relazione al fatto descritto nella norma nel suo complesso, ma limitatamente all'elemento del "*profitto ingiusto*"²²⁰.

Inoltre, manca una norma che espressamente preveda il fatto di reato quale oggetto di esercizio di un diritto o adempimento di un dovere. In particolare, si fa leva sul fatto che la riforma civilistica, pur riconoscendo la legittimità della direzione unitaria impartita dalla holding, non abbia espressamente affermato la supremazia dell'interesse del gruppo rispetto all'interesse sociale delle singole società di cui il gruppo si compone. Tale interesse potrà, tutt'al più riconoscersi come interesse comune, che si affianca, non sovrappone, a quello delle singole società, nell'ottica di una maggiore valorizzazione delle stesse. Indicativo il tal senso l'art. 10, lett. a), della legge delega, in cui il legislatore delegante pone come obiettivo della disciplina civilistica quello di contemperare l'interesse di gruppo con gli interessi di società controllate e soci di minoranza. Ora, posto che la direzione unitaria può essere esercitata dalla holding solo entro certi limiti e

²¹⁹ E. MUSCO, *op. cit.*, 226; E. AMATI, *Infedeltà patrimoniale, op. cit.*, 425; A.L. MACCARI, *Infedeltà, op. cit.*, 166; C. SANTORIELLO, *Il nuovo diritto penale delle società*, Torino, 2003, 265; C. SANTORIELLO, *Questioni di diritto intertemporale con riferimento al nuovo reato di infedeltà patrimoniale*, in *Impresa*, 2003, 1468; E. VENAFRO, *Commento all'art. 2634 c.c., in Legislazione pen.* 2003, 517; R. ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia, op. cit.*, 292; A. CRISTIANI, *Commentario di diritto penale delle società e del credito*, Torino, 2003, 176; E. GIOVANARDI, *Sull'impossibilità di estendere i «vantaggi compensativi»*, in *Cass. pen.* 2005, 1371 ss.; F. GIUNTA, *Lineamenti di diritto penale dell'economia, vol. I. Delitti contro l'economia pubblica e reati societari*, II ed., Torino, 2004, 293; F. GIUNTA, *La riforma dei reati societari ai blocchi di partenza. Prima lettura del d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, in *Studium juris*, 2002, 837; A.L. MACCARI, *Infedeltà, op. cit.*, 166; nel senso che si tratti di "*inconsueta causa di esclusione del dolo specifico*", L. SCOPINARO, *Infedeltà patrimoniale, in Trattato teorico pratico delle società, Diritto penale delle società*, a cura di SCHIANO DI PEPE, II ed., Milano, 2003, 310.

²²⁰ C. BENUSSI, *Vantaggi compensativi, op. cit.*, 2204.

che le operazioni dannose per la società controllata, impartite dalla capogruppo, e di per sé non coercibili, possono giustificarsi solo nella misura in cui il danno risulti adeguatamente compensato, a tali direttive deve escludersi efficacia scriminante *ex art. 51 c.p.* : non sono configurabili né come esercizio di un diritto da parte della holding, né come adempimento di un dovere da parte della controllata²²¹.

Tuttavia, l'elemento decisivo per escludere la natura di scriminante della clausola in esame sarebbe la circostanza che, nonostante il venir meno della responsabilità penale, il fatto di aver cagionato un danno alla società controllata, pur se compensato alla luce dei vantaggi conseguiti o fondatamente prevedibili, rimane comunque soggetto a sanzione civile, a norma dell'art. 2497 c.c.: la norma, infatti, esclude la responsabilità civile solo se il danno subito dalla controllata risulti mancante, alla luce dei risultati complessivi dell'attività di direzione e coordinamento o a seguito di operazioni specificamente volte a tal fine. Secondo tale orientamento, il permanere della responsabilità civile costituisce un "*insormontabile ostacolo*" alla qualificazione della clausola dell'art. 2634, 3° comma, c.c. come scriminante: tale qualificazione, infatti, è ammissibile solo se la norma rende il fatto "lecito dappertutto", escludendo, cioè, qualsiasi profilo di responsabilità (penale, civile, amministrativa)²²².

Per quanto riguarda l'altra tesi, che inquadra la clausola quale limite del dolo specifico di procurare a sé o ad altri un "*ingiusto profitto o altro vantaggio*", sostenuta dalla dottrina maggioritaria, è stato osservato come tale interpretazione esprima un errore di fondo nella valutazione della norma²²³.

La critica parte dal presupposto che, sebbene il 1° comma dell'art. 2634 c.c. descriva un reato di dolo specifico, in cui l'ingiusto profitto costituisce solo il fine che anima il comportamento del soggetto agente, senza che sia necessario il

²²¹ C. BENUSSI, *Vantaggi compensativi op. cit.*, 2205.

²²² C. BENUSSI, *op. cit.*, 2205-2206; nel senso della necessaria "efficacia universale" della causa di giustificazione G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Milano, 2004, 149.

²²³ C. MARINI, *L'infedeltà patrimoniale e il conflitto di interessi (artt. 2629-bis, 2634 c.c., 646 c.p.)*, in *Trattato teorico pratico di diritto penale*, a cura di A. ALESSANDRI, Torino, 2012, 150.

suo effettivo conseguimento ai fini della configurazione del reato, così non possa dirsi per l'ipotesi contemplata nel 3° comma. La clausola, cioè, sembrerebbe presupporre non solo che il profitto sia perseguito, ma che sia stato effettivamente ottenuto e ne sia accertato il carattere dell'ingiustizia: il legislatore, pertanto, secondo tale indirizzo interpretativo, avrebbe inteso configurare un reato di dolo intenzionale, richiedendo per la configurabilità del reato, che l'oggetto dell'intenzione si sia verificato²²⁴.

Il risultato finale cui perviene la dottrina che definisce il dolo specifico come ulteriore elemento di tipizzazione del fatto tipico è che il venir meno di tale "segmento" di fattispecie operi come causa di esclusione della tipicità²²⁵.

Seppur con argomentazioni differenti, alla stessa conclusione perviene chi propone l'inquadramento della clausola dell'art. 2634, 3° comma, c.c. come limite esegetico del fatto tipico²²⁶.

Si parla di limite esegetico quando è la stessa norma incriminatrice a prevedere al suo interno un limite al fatto che integra l'offesa al bene giuridico. A differenza della scriminante, il limite non è previsto da una norma diversa, ma è un "*limite interno alla norma sia da un punto di vista sostanziale che da quello della mera collocazione*"²²⁷; si tratta di un limite intrinseco, collocato all'interno della stessa norma incriminatrice, che pone un confine alla rilevanza penale del fatto tipico: se, infatti, il limite non viene oltrepassato, non si configura l'offesa al bene giuridico tutelato²²⁸.

Nella clausola in esame, l'indirizzo interpretativo proposto ravvisa tutti gli elementi del limite esegetico: il fatto che si mantiene nei limiti del vantaggio compensativo non integra l'offesa al bene tutelato, in virtù dell'incompatibilità

²²⁴ C. BENUSSI, *op. cit.*, 2206; C. MARINI, *L'infedeltà patrimoniale, op. cit.*, 151.

²²⁵ E. MUSCO, *I nuovi reati societari, op. cit.*, 226-226; M. BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e sanzioni penali, op. cit.*, 115; R. ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia, op. cit.*, 292.

²²⁶ C. BENUSSI, *Vantaggi compensativi, op. cit.*, 2207; C. MARINI, *Infedeltà patrimoniale, op. cit.*, 152.

²²⁷ C. BENUSSI, *Vantaggi compensativi, op. cit.*, 2207; C. MARINI, *Infedeltà patrimoniale, op. cit.*, 152.

²²⁸ C. BENUSSI, *Vantaggi compensativi, op. cit.*, 2207.

dei due elementi di fattispecie, profitto ingiusto e vantaggio conseguito o fondatamente prevedibile. Si giunge, così, alla conclusione che *“un depauperamento episodico di una società controllata in nome di una corretta politica di gruppo, una volta che risulti adeguatamente bilanciato da mirate compensazioni o da una contropartita anche futura di vantaggi patrimonialmente tangibili assicurati dall'appartenenza al gruppo, non può affatto ledere il patrimonio. In quest'evenienza i soggetti qualificati della controllata non saranno puniti perché «il fatto non sussiste», restando l'operazione compiuta nell'ambito delle legittime ancorché opinabili decisioni gestionali.”*²²⁹

²²⁹ C. BENUSSI, *op. cit.*, 2207-2208.

CAPITOLO III

L'esportabilità della clausola dei vantaggi compensativi in ambito fallimentare

1. Le posizioni della prima giurisprudenza: l'autonomia patrimoniale come ostacolo all'applicazione del criterio del "vantaggio compensativo"

Una delle questioni più rilevanti scaturite dalla nuova formulazione della disposizione in esame è quella relativa alla effettiva portata della clausola di cui al 3° comma: se, cioè, si tratti di una norma di carattere settoriale o se, indipendentemente dalla sua collocazione all'interno dell'art. 2634 c.c., possa dirsi espressione di un principio di carattere generale. Ci si è chiesti, in particolare, se la teoria dei vantaggi compensativi sia strettamente confinata entro i limiti propri dell'infedeltà patrimoniale o se sia esportabile anche in altro ambito, nello specifico quello della bancarotta fraudolenta per distrazione.

Si tratta di verificare se la logica della compensazione e il conseguente effetto di non punibilità dell'operazione infragruppo, depauperativa per una delle società che fanno parte del gruppo, sia conciliabile con l'autonomia patrimoniale che permane in capo a ciascuna di esse e che impedirebbe ai creditori della società lesa di rivalersi sul patrimonio delle altre entità di cui il gruppo si compone.

Le pronunce più risalenti che hanno trattato l'argomento confermano un generale orientamento secondo cui il gruppo di società costituirebbe un fenomeno di rilevanza prettamente economica, ma privo di qualsivoglia valenza giuridica. Significative in tal senso le argomentazioni della Cassazione civile che, in un caso riguardante la possibile applicazione di una logica di tipo compensativo nel contesto di un gruppo di società fiduciarie, così affermava: *"è noto che nel nostro ordinamento manca una disciplina generale del gruppo di impresa in senso stretto e, dunque, del c.d. gruppo di società, al di fuori delle*

regole poste in materia di società collegate e/o controllate e si da configurare il “gruppo” come autonomo centro di imputazione di diritti, oltre che come un’aggregazione per la realizzazione di interessi economici comuni da ciò si è tratta costantemente l’affermazione che, nonostante il controllo o il collegamento, ciascuna delle società del gruppo conserva propria personalità giuridica ed autonoma qualità di imprenditore [...]e che il concetto di interesse sociale, come quello di pregiudizio a tale interesse, va visto in relazione all’autonomia delle singole società del gruppo, con l’ulteriore conseguenza, da un lato, che anche tra imprese facenti parte di un medesimo raggruppamento può sussistere un conflitto d’interessi non giustificabile in un interesse della capogruppo che si pretenda superiore e, dall’altro lato, che non è possibile stemperare la responsabilità degli amministratori in una valutazione globale, prescindendo dalla tutela del patrimonio della singola società e riguardando l’eventuale vantaggio conseguito da altra società del gruppo”; in un passaggio successivo la Corte sottolinea che “non esiste unità in senso giuridico” e in nome dell’interesse o logica di gruppo “non può essere sacrificato il patrimonio della singola società, ove questa non consegua, sia pure in via indiretta, un preciso vantaggio da un’altra operazione, posta in essere secondo l’indirizzo economico unitario”²³⁰.

Tuttavia, gli sviluppi normativi degli anni successivi hanno attribuito al fenomeno dei gruppi una sempre maggiore rilevanza anche sul piano giuridico, oltre la valorizzazione del rapporto di controllo o di collegamento. Un passo in avanti in tal senso è stato, come già visto, l’entrata in vigore della disciplina sull’“attività di direzione e coordinamento” che, sebbene entro certi limiti e a determinate condizioni, consente l’assoggettamento di una società rispetto ad un’altra, in virtù dell’indirizzo unitario impartito al gruppo dalla holding. Tale indirizzo si traduce non solo con l’imposizione di una strategia generale per la

²³⁰ Cass. civ. sez I, 21/01/1999, n. 521, Doronzo.

gestione d'impresa, ma anche nell'accentramento, in capo alla controllante, di funzioni gestorie inerenti alle singole entità del complesso²³¹.

La riconosciuta rilevanza, sotto alcuni profili, del gruppo societario anche sul piano giuridico non scalfisce il tradizionale principio dell'autonomia giuridica di ciascuna società del gruppo, il quale continua a presentarsi come un complesso economico unitario e una pluralità di società autonome allo stesso tempo²³².

Sebbene in materia civile si sia accolto ormai definitivamente il criterio del vantaggio compensativo, quale punto di equilibrio tra il sacrificio della controllata e l'attività improntata alla logica di gruppo, da cui la società stessa potrà ricavare beneficio nel medio-lungo termine, la giurisprudenza penale ha assunto un atteggiamento di maggiore rigore, escludendo, in particolare, la necessità di equilibrare vantaggi e svantaggi in materia di bancarotta fraudolenta per distrazione. Pur senza smentire l'assunto di base secondo il quale il fenomeno di gruppo esiste nella moderna realtà economica ed è formato da imprese che si condizionano reciprocamente, si ritiene non sia possibile tenerne conto nell'ipotesi in cui sia stato commesso un illecito²³³.

Diversi gli argomenti addotti a suffragio di tale conclusione. Ad esempio l'irrilevanza dei vantaggi compensativi e, dunque, dell'interesse di gruppo, è stata sostenuta facendo leva sul momento consumativo della condotta: questa si perfeziona nel momento stesso in cui viene compiuto l'atto distrattivo, essendo penalmente irrilevante la successiva reintegrazione del patrimonio, anche attraverso eventuali vantaggi derivanti dall'appartenenza al gruppo²³⁴.

L'ostacolo principale all'operatività del meccanismo della compensazione in campo fallimentare, tuttavia, è dato dalla necessità di tutelare gli interessi dei

²³¹ G. COCCO, *I confini tra condotte lecite e, bancarotta fraudolenta e bancarotta semplice nelle relazioni economiche all'interno dei gruppi di società*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, 1022.

²³² G. COCCO, *I confini*, *op. cit.*, 1025.

²³³ E. GIOVANARDI, *Sull'impossibilità di estendere i «vantaggi compensativi» ai reati fallimentari*, in *Cass. pen.*, 2005, 1367

²³⁴ E. GIOVANARDI, *Sull'impossibilità di estendere i «vantaggi compensativi» ai reati fallimentari*, *op. cit.*, 1373

creditori, soggetti estranei al gruppo, che assumono un maggiore rilievo in caso di insolvenza²³⁵.

In tale ambito il gruppo di società viene considerato come fenomeno di natura esclusivamente economica, in quanto rimangono distinti ed autonomi le personalità giuridiche delle singole società, i rispettivi patrimoni e, in caso di insolvenza, le rispettive masse fallimentari, non potendosi i creditori della singola entità del gruppo rivalere sui beni ormai fuoriusciti dal patrimonio della stessa. Mancando, infatti, una disciplina dell'insolvenza del gruppo unitariamente considerato, non sarebbe possibile sostenere che i beni trasferiti da una società all'altra sono comunque rimasti nell'ambito del gruppo a garanzia dei creditori, perché il patrimonio ed i creditori sono quelli delle singole società, non quelli delle altre società del gruppo, indipendentemente dal fatto che queste siano o meno in stato di insolvenza²³⁶.

Vi è chi ritiene che il richiamo al limite dell'autonomia giuridica in realtà non sia pertinente né esauriente ai fini dell'accertamento della responsabilità. Si critica, in particolare, la giurisprudenza che fa leva sulla necessità di tutelare il legittimo affidamento dei creditori, affidamento che, oggi direttamente tutelato dal regime di pubblicità di cui all'art. 2497-bis c.c., si sostiene sarebbe tutelato anche in via di fatto. La disciplina introdotta dalla riforma delle società di capitali consente ai creditori di essere a conoscenza dell'appartenenza della società finanziata al gruppo e dei collegamenti con le altre entità che lo compongono. È previsto, infatti, l'obbligo degli amministratori di società sottoposte all'altrui direzione e coordinamento di indicare negli atti e nella corrispondenza la società o l'ente che eserciti tale attività, nonché l'obbligo d'iscrizione nell'apposita sezione del registro delle imprese istituita a norma del 2° comma dello stesso articolo; i soci e i creditori sono tutelati, inoltre, in caso di inadempimento dell'obbligo di indicazione o di iscrizione o di illegittimo mantenimento delle stesse quando la soggezione è cessata, per i danni loro cagionati dalla mancata

²³⁵ G. COCCO, *I confini, op. cit.*, 1026.

²³⁶ G. COCCO, *I confini, op. cit.*, 1026.

conoscenza di tali fatti. Il regime di pubblicità è poi ulteriormente arricchito, da un lato, con la previsione dell'obbligo per la società di esporre, in apposita sezione della nota integrativa, un prospetto riepilogativo dei dati essenziali dell'ultimo bilancio della società o dell'ente che esercita su di essa l'attività di direzione e coordinamento; dall'altro, con l'obbligo per gli amministratori di indicare, nella relazione annessa al bilancio, i rapporti intercorsi con chi esercita l'attività di direzione e coordinamento e con le altre società che vi sono soggette, nonché l'effetto che tale attività ha avuto sull'esercizio dell'impresa sociale e sui suoi risultati²³⁷.

Tuttavia, si evidenzia come i creditori potessero comunque venire a conoscenza dell'appartenenza della società ad un gruppo già in via di fatto, a prescindere dal regime di pubblicità, e che l'esigenza di tutelare ulteriormente il loro legittimo affidamento contro gli eventuali sviluppi dannosi dei rischi d'impresa sarebbe eccessivo. Si mette in luce, infatti, che l'affidamento dei creditori *“non ha ad oggetto l'immutabilità della garanzia acquisita sul patrimonio della società”* e che con il finanziamento il creditore assume comunque una quota ineliminabile di rischio connesso alla possibilità di previsioni errate. Si ritiene, pertanto, che da tale prospettiva *“l'autonoma personalità giuridica di ciascuna società non esprime un dato significativo per circoscrivere il legittimo affidamento del creditore, né per definire il tipo di aspettativa che la legge penale tutela mediante l'incriminazione della bancarotta”*²³⁸.

Chi sostiene tale impostazione propone, allora, di non intendere il richiamo della giurisprudenza al principio di autonomia patrimoniale come espressione di un atteggiamento di estremo rigore, che escluda *a priori* la possibilità di distinguere tra fisiologia e patologia nell'ambito delle operazioni infragruppo: tale richiamo dovrebbe intendersi nel senso che, da un lato, la mera appartenenza al gruppo non può di per sé, escludere la rilevanza penale di

²³⁷ M. MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio*, Napoli, 2006, 351.

²³⁸ M. MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale, op. cit.*, 352.

distrazioni fraudolente in danno dei creditori; dall'altro, che ciò non impedisce di individuare dei limiti entro i quali poter ritenere sussistente la distrazione. Dunque, quello che si vuole impedire è che si possa far derivare dalla mera appartenenza al gruppo, quale effetto automatico, la trasformazione in lecito di ciò che in realtà integra una condotta distrattiva²³⁹.

La clausola contenuta nel 3° comma dell'art. 2634 c.c. recepisce la necessità di valorizzare, al fine di stabilire se un'operazione infragruppo sia o meno contraria all'interesse di una singola società, l'interesse che tale società abbia in collegamento all'appartenenza al gruppo: tale meccanismo si ritiene non vada ad intaccare il principio dell'autonomia delle singole società ma *“rappresenta un fondamentale strumento per l'individuazione del corrispettivo delle operazioni poste in essere da società legate da rapporti di gruppo”*²⁴⁰.

Il principio è stato tuttavia positivizzato in una norma a sua volta collocata all'interno della disposizione dedicata al reato di infedeltà patrimoniale: la questione che si pone è, allora, se tale norma possa dirsi espressione di un principio di portata generale e, in quanto tale, suscettibile di applicazione in settori diversi da quello in cui è stata collocata.

La giurisprudenza penale formatasi negli anni successivi all'entrata in vigore della norma ha escluso l'esportabilità della clausola in relazione alla bancarotta fraudolenta per distrazione. Nel ribadire la non rilevanza, sul piano penale, del gruppo societario, al di fuori delle specifiche ipotesi disciplinate dall'art. 2634 c.c., si afferma che il vantaggio compensativo presuppone un conflitto tra il soggetto che compie l'atto dispositivo e la società e che l'esistenza del conflitto di interessi non può ritenersi insito in ogni atto che vada a discapito di una società e a vantaggio di un'altra appartenente allo stesso gruppo; tuttavia, si precisa, il vantaggio compensativo *“non può andare oltre la sfera dell'infedeltà patrimoniale per la quale è previsto e non è, dunque, applicabile all'ipotesi di bancarotta fraudolenta impropria riguardante una società*

²³⁹ M. MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale, op. cit.*, 352-353.

²⁴⁰ G. COCCO, *I confini, op. cit.*, 1027.

collegata od appartenente al gruppo, in quanto il fenomeno del collegamento societario non vulnera il principio dell'autonomia soggettiva delle società interessate ed il fallimento di una di esse prescinde dalla considerazione degli interessi del gruppo societario."²⁴¹

In una delle sentenze maggiormente indicative in tale senso, la Suprema Corte ravvisa il reato di bancarotta fraudolenta per distrazione nel compimento di operazioni finanziarie a favore di altre società collegate che abbiano determinato l'insolvenza della società emittente ed esclude l'applicabilità dell'art. 2634, 3° comma, c.c. alla materia fallimentare in virtù delle diversità intercorrenti tra la fattispecie di infedeltà patrimoniale e la bancarotta fraudolenta per distrazione. La Corte *in primis* definisce il reato di bancarotta quale fattispecie di pericolo, ritenendo sufficiente ai fini dell'integrazione della stessa che il patrimonio sociale, garanzia dei creditori, venga messo in pericolo con operazioni prive di adeguata contropartita e che esolino dalla realizzazione degli scopi sociali. Il bene giuridico tutelato dalla norma va individuato nell'interesse dei creditori alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale ed il reato si configura sia in caso di effettivo danno economico, sia se la condotta dell'agente, pur non causando un danno, abbia comunque provocato una lesione del diritto di garanzia del creditore²⁴².

Con specifico riguardo, poi, ai rapporti tra società collegate, la Corte si sofferma sulla portata della clausola di cui al 3° comma dell'art. 2634 c.c., della quale i ricorrenti invocano l'applicabilità ritenendo che la norma abbia comportato un mutamento nei rapporti infragruppo, nel senso di far venir meno ogni ipotesi di distrazione in caso di finanziamento di una società del gruppo da parte di un'altra. La Cassazione ritiene infondato il motivo di discussione, argomentando sulla portata soltanto economica del gruppo o del collegamento societario e sostiene che sul piano giuridico la rilevanza del fenomeno sia limitata ai soli effetti della disciplina del codice civile o di alcune leggi speciali,

²⁴¹ Cass. pen., Sez. V, 27/05/2003, n. 2341, Tavecchia, in Cass. pen., 2004.

²⁴² Cass. pen., 5/05/2003, in Cass. pen. 2005, 1359 ss., con nota adesiva di E. GIOVANARDI.

ma in nessun caso può ritenersi dia vita ad un soggetto dotato di autonoma personalità giuridica, la quale rimane in capo alle singole società componenti, né tantomeno ad un nuovo centro di imputazione. Il gruppo viene pertanto definito come *“aggregazione di unità produttive, giuridicamente autonome, ma collegate sul piano organizzativo al fine di una migliore attuazione degli obiettivi perseguiti dal complesso”*, con la conseguenza che l’interesse sociale di ciascuna componente del gruppo deve essere valutato tenendo conto dell’autonomia giuridica di ognuna; a ciò va aggiunto che non è consentito al creditore di *“inseguire”* i beni fuoriusciti dal patrimonio della società debitrice, pur se nella disponibilità di un’altra controllata del medesimo gruppo. Pertanto, a prescindere dalla circostanza che nel caso di specie la Corte non abbia ravvisato un vero rapporto di collegamento, deve ritenersi che le operazioni di finanziamento a società collegata senza contropartite e/o garanzie costituiscano condotta dissipativa e distrattiva²⁴³.

Per quanto riguarda il rapporto tra le fattispecie di bancarotta ed infedeltà patrimoniale, la Cassazione esclude che alla clausola di cui al 3° comma dell’art. 2634 c.c. possa attribuirsi portata generale. Le argomentazioni fornite fanno leva sia sul dato testuale, sia sulle differenze strutturali tra le due fattispecie. Da un lato, la Corte ritiene che la locuzione *“in ogni caso”*, posta all’inizio della disposizione, non abbia nessuna valenza generale, a dispetto di quanto sostenuto dai concorrenti, ma è ancorato alle disposizioni contenute nei commi precedenti ed è volto a delimitare il concetto di ingiusto profitto ai sensi e per gli effetti previsti nell’art. 2634 c.c.; la formula deve, pertanto, intendersi con il significato dell’avverbio *“comunque”*, senza possibilità di assumere un senso differente. Dall’altro lato, sottolinea come tutto ciò non abbia nulla a che vedere con la bancarotta per distrazione; le due norme, infatti, hanno finalità diverse: *“quella societaria mira a tutelare i soci da atti di disposizione di amministratori infedeli e, quindi, la limitazione del concetto di ingiusto profitto quando vi sia compensazione del danno appare plausibile, mentre la norma fallimentare tutela*

²⁴³ Cass. pen., 5/05/2003, cit.

i creditori della società fallita e richiede che le garanzie poste a tutela del credito non vengano messe in pericolo"; la Corte ribadisce che il danno non è elemento costitutivo del delitto di bancarotta, essendo lo stesso un reato di pericolo, ma è elemento costitutivo del reato di infedeltà patrimoniale disciplinata dall'art. 2634 c.c., pertanto la clausola contenuta in tale disposizione “ *non può dispiegare effetto nelle ipotesi di bancarotta per distrazione, che non richiedono il danno come elemento costitutivo*”²⁴⁴.

In una pronuncia di poco successiva, la Cassazione sembra porre le basi per un «cambiamento di rotta» senza tuttavia spingersi fino in fondo ad ammettere, come ci si sarebbe aspettato dalle premesse, l'estensibilità della clausola dei vantaggi compensativi al settore fallimentare²⁴⁵. La sentenza²⁴⁶ interviene su un caso riguardante un soggetto detentore del settantacinque per cento del capitale sociale di due società a responsabilità limitata ed amministratore di fatto di entrambe, il quale pone in essere atti depauperatori del relativo patrimonio, consistenti, in parte, nel pagamento di debiti di un'altra società tramite *datio in solutum* di merci dell'altra. La Suprema Corte conferma la condanna per bancarotta fraudolenta per distrazione, rigettando le argomentazioni del ricorrente secondo cui l'operazione doveva ritenersi giustificata alla luce di un supposto interesse di gruppo. Nel caso di specie, si esclude possa ravvisarsi un vero e proprio gruppo, ritenendo insufficiente a tal fine il mero possesso in capo alla medesima persona fisica delle partecipazioni di controllo in più società e richiedendosi, invero, l'esercizio in concreto di una vera e propria “*funzione imprenditoriale di indirizzo e coordinamento delle società controllate (c.d. holding pura), eventualmente accompagnata anche da attività di natura ausiliaria e finanziaria (c.d. holding operativa), dotandosi, a tal fine, di una apposita organizzazione con uffici e dipendenti a ciò destinati*”, tutti elementi non riscontrati nel caso di specie.

²⁴⁴ Cass. pen., 5/05/2003, cit.

²⁴⁵ V. NAPOLEONI, *Geometrie parallele e bagliori corruschi del diritto penale dei gruppi (bancarotta infragrupo, infedeltà patrimoniale e «vantaggi compensativi»)*, in Cass. pen., 2005, 3806 ss.

²⁴⁶ Cass. pen., Sez. V, 18/03/2005, n. 10688, in Cass. pen., 2005, 3781 ss.

L'aspetto di maggiore rilevanza, tuttavia, consiste nel fatto che la Corte, nel vagliare la tesi proposta dal ricorrente, esordisce con una riconsiderazione dell'orientamento fino ad allora sostenuto dalla giurisprudenza di legittimità sulla importanza solo economica, non anche giuridica, dei gruppi societari, valorizzando la portata della riforma del diritto societario. Si mette in evidenza come prima dell'entrata in vigore delle disposizioni del d.lg. n. 6 del 2003, mancasse una disciplina della c.d. "impresa di gruppo", che consentisse di superare l'ostacolo della personalità giuridica delle singole entità tra loro collegate e derogare allo statuto dettato dal codice civile in materia di responsabilità degli amministratori; mancava, aggiunge la Corte, una disciplina per la quale il gruppo potesse considerarsi un autonomo centro di imputazione di rapporti giuridici, e per la quale potesse invocarsi l'esistenza di un interesse di gruppo superiore a quello delle singole società che lo compongono; non era possibile, pertanto, ritenere sacrificabile il patrimonio delle controllate a seguito di operazioni poste in essere nell'interesse di gruppo, laddove alle stesse non avesse fatto seguito il conseguimento di un vantaggio, diretto o indiretto, volto specificamente a reintegrare il pregiudizio subito.

Tuttavia, la Corte ritiene che tale orientamento giurisprudenziale, "*con la novella sul diritto societario portata dal d.lg. n. 6 del 2003, sia rimasta radicalmente superata*" e nonostante né la disciplina civile, né quella penale contenuta nell'art. 2634 c.c. contengono una definizione di "gruppo", a seguito delle novità introdotte in materia di direzione e coordinamento, assume ruolo determinante, ai fini della configurazione del gruppo, la circostanza che una pluralità di società o imprese siano sottoposte alla guida unitaria di una di esse. Nell'analizzare i rapporti tra la bancarotta fraudolenta per distrazione di cui all'art. 216 l.f. e l'infedeltà patrimoniale in relazione all'art. 223 comma 2, n. 1 l.f. la Cassazione, si sofferma sulla clausola di cui all'art. 2634, 3° comma c.c. nella quale ravvisa il riconoscimento di un "*pieno diritto di cittadinanza penalistica*" alla c.d. teoria dei vantaggi compensativi.

Senonché, ritiene di dover ribadire, ad ulteriore dimostrazione della infondatezza dei motivi addotti dal ricorrente, alcune affermazioni di principio volte a delimitare il campo applicativo della norma: in primo luogo conferma la necessità di ancorare il giudizio sui vantaggi “fondatamente prevedibili” ad un canone di sostanziale certezza; in secondo luogo, ritiene l’esonero da responsabilità connesso al criterio del vantaggio compensativo circoscritto alla fattispecie dell’infedeltà patrimoniale, per la quale è stato espressamente previsto, escludendo, pertanto, la possibilità di una sua eventuale estensione in ambito fallimentare.

Sebbene, dunque, la Corte sembrava porre le basi per un vero e proprio “mutamento di sentiero”, con una premessa tutta incentrata sull’abbandono del principio ormai consolidato della valenza solo economica del gruppo societario, non compie il passo decisivo, tenendo ferma l’impossibilità di attribuire efficacia “legittimante” ad una politica di gruppo ispirata al riequilibrio dei rapporti tra le società consociate²⁴⁷.

2. Le posizioni della dottrina: la rilevanza penale delle operazioni infragruppo e la “non settorialità” dell’art. 2634, 3° comma, c.c.

La soluzione di chiusura adottata dalla giurisprudenza in tema di applicabilità del criterio del “vantaggio compensativo”, positivizzato dall’art. 2634 c.c., è accolta da parte della dottrina.

Vi è, infatti, chi sostiene non sia condivisibile l’opinione secondo cui la clausola dei vantaggi compensativi abbia una valenza generale e sia, pertanto, suscettibile di applicazione anche al di fuori dei confini dell’infedeltà patrimoniale. Un argomento contrario a tale estensione viene ravvisato nella stessa formulazione della fattispecie e nelle ragioni della sua introduzione, in virtù del fatto che la figura di infedeltà patrimoniale sarebbe diretta contro gli atti di malversazione dei beni sociali, in sostituzione delle incriminazioni per

²⁴⁷V. NAPOLEONI, *Geometrie parallele, op. cit.*, 3808.

appropriazione indebita e conflitto di interessi: disciplina ritenuta da più parti inadeguata ad una tutela effettiva del patrimonio sociale²⁴⁸.

Sulla scia di tali considerazioni si ritiene pertanto che la portata della norma possa comprendersi davvero solo in relazione all'infedeltà patrimoniale alla quale deve ritenersi "*inscindibilmente connessa*"²⁴⁹.

A maggior ragione, si afferma, è da escludere l'estensibilità della clausola al reato di bancarotta fraudolenta per distrazione. In primo luogo, in ragione della eterogeneità dei beni giuridici tutelati dalle due norme: se la fattispecie di cui all'art. 2634 c.c. è posta a tutela del patrimonio sociale, la disciplina dei reati fallimentari è volta alla tutela dei creditori, i quali, a norma dell'art. 2740 c.c. hanno diritto a che le loro ragioni non vengano pregiudicate con atti di distrattivi dei beni sociali, indipendentemente dal fatto che vengano posti in essere nell'interesse della società stessa o di altre ad essa collegate²⁵⁰.

In secondo luogo, si evidenzia la rilevanza del momento consumativo del reato di bancarotta fraudolenta per distrazione: esso coincide con il compimento dei singoli atti distrattivi, a nulla rilevando eventuali reintegrazioni *post factum*, quali vantaggi compensativi derivanti dall'appartenenza ad un gruppo.²⁵¹

Infine, quale ulteriore ostacolo alla esportabilità della clausola di cui al 3° comma dell'art. 2634 c.c., si mette in luce la ontologica differenza tra le due fattispecie in relazione all'elemento del danno: se ai fini dell'infedeltà patrimoniale il danno rappresenta elemento costitutivo del reato, essenziale, dunque, ai fini dell'integrazione della fattispecie, lo stesso non può dirsi per la bancarotta, essendo sufficiente per la configurabilità della stessa che sussista il mero pericolo di una lesione alla garanzia dei creditori. Pertanto, sarebbero da condividere le conclusioni cui è pervenuta la giurisprudenza di legittimità sulla

²⁴⁸ E. GIOVANARDI, *Sull'impossibilità*, op. cit., 1372-1373.

²⁴⁹ E. GIOVANARDI, *Sull'impossibilità*, op. cit., 1373.

²⁵⁰ E. GIOVANARDI, *Sull'impossibilità*, op. cit., 1373.

²⁵¹ E. GIOVANARDI, *Sull'impossibilità*, op. cit., 1373.

impossibilità, per la norma in esame, di dispiegare effetti anche nelle ipotesi di bancarotta fraudolenta, ipotesi che non esigono l'elemento del danno²⁵².

In senso decisamente contrario si esprime la dottrina maggioritaria, che propende per l'esportabilità della clausola del 3° comma dell'art. 2634 c.c. quale strumento di carattere generale per l'individuazione di un *discrimen* tra operazioni infragruppo lesive del patrimonio di una delle controllate, integranti una distrazione, e quelle giustificabili dall'appartenenza o collegamento al gruppo, a prescindere dalla materia dell'infedeltà patrimoniale²⁵³.

Secondo alcuni autori, tuttavia, prima ancora di affrontare la questione dell'estensibilità o meno della norma contenuta nel 3° comma dell'art. 2634 c.c., bisogna chiedersi, se vi fosse la reale necessità di una un'apposita traduzione sul piano normativo dell'effetto giustificativo che deriverebbe dall'appartenenza al gruppo, o se invece, il legislatore abbia positivizzato, con la clausola in esame, un principio già desumibile in via interpretativa²⁵⁴.

Vi è chi individua la premessa del percorso argomentativo che porta ad escludere la rilevanza penale delle operazioni infragruppo depauperative per il patrimonio della controllata, ma giustificate in virtù della logica della compensazione, nella corretta individuazione del soggetto destinatario del beneficio compensativo. Fermo restando il principio dell'autonomia patrimoniale della singola società, che comunque non viene scalfito dal riconoscimento della rilevanza anche giuridica del fenomeno di gruppo dall'art. 2497 c.c., si afferma che la incompatibilità tra tale principio e il riconoscimento dell'effetto di non punibilità, non sussista quando il vantaggio sia volto a compensare la stessa società che abbia subito il pregiudizio per effetto dell'operazione infragruppo²⁵⁵.

²⁵² E. GIOVANARDI, *Sull'impossibilità*, *op. cit.*, 1373.

²⁵³ E. AMATI, *Infedeltà patrimoniale*, in *Reati societari*, a cura di A. ROSSI, *I grandi temi*, Torino, 2004, 425; M. BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà dell'amministratore*, *op. cit.*, 152 ss.; L. FOFFANI, *Art. 2634 c.c.*, *op. cit.*, 1882; M. MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio*, *op. cit.*, 316; G. COCCO, *I confini*, *op. cit.*, 1033 ss.; A.F. TRIPODI, *La rilevanza penale delle condotte distrattive infragruppo*, in *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, a cura di N. PISANI, 2010, Torino, 170 ss.

²⁵⁴ G. COCCO, *I confini*, *op. cit.*, 1028; A.F. TRIPODI, *La rilevanza penale delle condotte distrattive infragruppo*, *op. cit.*, 170; NAPOLEONI, *Geometrie parallele*, *op. cit.*, 3808-3809.

²⁵⁵ A.F. TRIPODI, *La rilevanza penale*, *op. cit.*, 171.

Non si nega, dunque, che le singole entità del gruppo mantengano ciascuna la propria autonomia patrimoniale e che, di conseguenza, le prospettive di tutela delle ragioni dei creditori della società fallita vadano sempre apprezzate con riferimento alla società considerata in chiave “atomistica”²⁵⁶.

Nessun dubbio sussiste, infatti, sulla rilevanza penale dei trasferimenti di beni realizzati dall’amministratore di società del gruppo senza adeguato corrispettivo della controllata di volta in volta considerata: tale operazione sarebbe «neutra» per i vertici del gruppo, ma non per chi, come i creditori della società colpita, nel momento in cui vengono in esame le prospettive di soddisfacimento, si scontrano con l’ostacolo dell’autonomia patrimoniale²⁵⁷.

Al tempo stesso, tuttavia, al contrario di quanto affermato dalla giurisprudenza²⁵⁸, si esclude la necessità di una “rincorsa” ai beni ormai fuoriusciti dal patrimonio della società finanziata, in ragione del fatto che il meccanismo della compensazione debba operare proprio in relazione al patrimonio della società danneggiata. Con riferimento, poi, alle caratteristiche dell’utilità economica costituente il “vantaggio compensativo”, si richiede che questo venga individuato all’esito di un giudizio *ex ante*, che rappresenti un beneficio economicamente tangibile, effettivamente in grado compensare gli effetti negativi dell’operazione infragruppo e che sia destinato, anche indirettamente, alla società depauperata, non potendosi far leva sui vantaggi genericamente derivanti dal rapporto di gruppo²⁵⁹.

Alla stregua di tali considerazioni si esclude, pertanto, che un’operazione infragruppo avente le caratteristiche descritte possa ritenersi penalmente rilevante come distrazione.

Occorre, a tal proposito, soffermarsi sulla nozione di distrazione.

Secondo l’orientamento consolidato, si ha distrazione (rilevante ai fini della configurazione del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale) quando il

²⁵⁶ A.F. TRIPODI, *La rilevanza penale*, op. cit., 172; NAPOLEONI, *Geometrie parallele*, op. cit., 3809.

²⁵⁷ V. NAPOLEONI, *Geometrie parallele*, op. cit., 3809.

²⁵⁸ Cass. pen., 5/05/2003, cit.

²⁵⁹ A.F. TRIPODI, *La rilevanza penale*, op. cit., 172.

soggetto agente imprime al bene patrimoniale una destinazione diversa rispetto alla finalità d'impresa, quale strumento essenziale per la funzionalità della stessa e garanzia per soggetti terzi²⁶⁰.

La condotta di distrazione implica un'idea di vantaggio, diretto o indiretto, da parte del soggetto agente (in caso contrario potrebbe configurarsi, al più, una dissipazione) e vi rientrano, *in primis*, gli atti a titolo gratuito o privi di una seria contropartita. Se, al contrario, nell'operazione è presente un corrispettivo, sarà necessario valutarne la congruità, tenendo in considerazione l'intera vicenda negoziale nel suo complesso²⁶¹.

Non si avrà distrazione, allora, se alla fuoriuscita del bene dal patrimonio non segua un corrispettivo adeguato o se l'atto di disposizione possa comunque ricondursi ad un interesse economicamente valutabile dell'imprenditore, in modo da poter ritenere compensato il sacrificio patrimoniale. A tal proposito, occorrerà verificare che vi sia stato un effettivo ed integrale rapporto sinallagmatico, che non sussisterebbe, ad esempio, in caso di cessione apparente del bene, occultato da parte dell'imprenditore, o di apparente conseguimento del corrispettivo o, ancora, nell'ipotesi in cui il vantaggio derivante dal trasferimento sia solamente parziale. La distrazione, invece, non si configura tutte quelle volte in cui all'atto di disposizione segua un vantaggio equivalente alla spesa (in questo senso anche una vendita sottocosto può, ad esempio, ritenersi compensata alla luce dei vantaggi che l'impresa ne tragga in termini di avviamento)²⁶².

Ne deriva, pertanto, la necessità di tenere in considerazione, nel valutare la congruità del corrispettivo, sia della situazione nella quale l'operazione è stata posta in essere, sia delle previsioni ragionevolmente formulabili in quel momento, così che la distrazione possa dirsi integrata soltanto quando si sia in presenza di uno squilibrio privo di giustificazione economica²⁶³.

²⁶⁰ A.F. TRIPODI, *La rilevanza penale*, op. cit., 172; V. NAPOLEONI, *Geometrie parallele*, op. cit., 3809; G. COCCO, *I confini*, op. cit., 1033.

²⁶¹ G. COCCO, *I confini*, op. cit., 1029.

²⁶² G. COCCO, *I confini*, op. cit., 1030.

²⁶³ G. COCCO, *I confini*, op. cit., 1030; A.F. TRIPODI, *La rilevanza penale*, op. cit., 172; V. NAPOLEONI, *Geometrie parallele*, op. cit., 3809-3810; C. BENUSSI, *La Cassazione ad una svolta: la*

Con specifico riguardo al tema dei gruppi di società, il problema si pone, in particolare, in caso di concessione a terzi di prestiti o finanziamenti. Si tratta di operazioni di per sé lecite, in quanto a fronte di esse l'imprenditore ottiene un diritto di credito tale da far risultare comunque equilibrata la situazione patrimoniale dell'impresa, in virtù di un tasso di interesse congruo o di una garanzia adeguata. Allo stesso modo, si ritiene, la distrazione è da escludersi quando il finanziamento viene concesso ad una delle società del gruppo in momentanea difficoltà economica in quanto anche la società finanziatrice beneficia, seppur indirettamente, della fuoriuscita di una delle società del gruppo da una situazione di crisi²⁶⁴.

Si afferma, infatti, che la linea di confine con i comportamenti di bancarotta fraudolenta patrimoniale si possa individuare nel "*beneficio economicamente valutabile che, direttamente o indirettamente, refluisca sulla singola società, volta a compensare la subordinazione dei suoi interessi a quelli del gruppo cui appartiene, espressa in una singola operazione o in una pluralità di operazioni, in modo da ristabilire un sostanziale equilibrio*"²⁶⁵.

L'utilità del criterio emerge proprio quando si affronta il delicato problema della rilevanza penale dei finanziamenti a società del gruppo in crisi. Sul punto occorre precisare che il tentativo di salvare una società da un dissesto sicuro ed irreversibile non basta, di per sé, ad escludere l'elemento oggettivo, né tantomeno il dolo della distrazione, laddove tale tentativo si traduca in operazioni rovinose per la società finanziatrice²⁶⁶.

È possibile, tuttavia, riconoscere la legittimità di interventi di sostegno a titolo gratuito volti a prevenire il c.d. effetto domino, in modo da impedire che gli effetti negativi del dissesto di una società del gruppo possano riflettersi sulle altre²⁶⁷. Sarà, dunque, necessario valutare l'operazione di salvataggio nel suo

clausola dei vantaggi compensativi è esportabile nella bancarotta per distrazione, in Riv. it. dir. proc. pen., 2007,426.

²⁶⁴ G. COCCO, *I confini, op. cit.*, 1031.

²⁶⁵ G. COCCO, *I confini, op. cit.*, 1038.

²⁶⁶ G. COCCO, *I confini, op. cit.*, 1041.

²⁶⁷ V. NAPOLEONI, *Geometrie parallele, op. cit.*, 3811; G. COCCO, *I confini, op. cit.*, 1038.

complesso, sotto il profilo sia oggettivo che soggettivo, in relazione al momento in cui essa è stata compiuta e alle prospettive di vantaggio che ne sarebbero potute derivare, e non con riferimento agli esiti negativi riscontrati *ex post* e che non avrebbero potuto essere oggetto di ragionevole previsione²⁶⁸.

Pertanto, dovrà escludersi l'incriminazione a titolo di bancarotta fraudolenta patrimoniale laddove ricorrano due condizioni: da un lato, che la società beneficiaria del finanziamento versi una situazione di difficoltà economica che appaia, ad una valutazione *a priori*, temporanea e reversibile, grazie anche l'intervento di supporto; dall'altro, che la società finanziatrice a sua volta non sia in una situazione di crisi o, peggio, non entri in tale stato proprio a seguito dell'operazione²⁶⁹. In queste ipotesi, allora, della fuoriuscita dalla crisi beneficerà non solo la società direttamente interessata, ma anche, seppur indirettamente, la società che ha compiuto l'operazione e il gruppo nel suo complesso²⁷⁰.

Da qui l'affermazione di chi sostiene che sia proprio lo stato di insolvenza a definire il *dicrimen* tra le operazioni "fisiologiche", inserite in "corrette dinamiche compensative", e le operazioni "patologiche", che realizzano un trasferimento fraudolento di valori²⁷¹.

Più in generale, alla luce di quanto precede, se da un lato il mero legame di gruppo non può operare di per sé, quale elemento di giustificazione del sacrificio degli interessi dei creditori della singola controllata, dall'altro ciò non implica che l'appartenenza al gruppo non sia un dato rilevante da tenere in considerazione nel momento in cui si tratta di stabilire se il trasferimento avuto di mira sia privo di un adeguato corrispettivo²⁷². Anzi, nel caso in cui l'operazione si inserisce in un contesto di gruppo, che, secondo una prognosi postuma, implica un bilanciamento tra svantaggi e vantaggi, si pone come un "costo" che la società

²⁶⁸ G. COCCO, *I confini*, op. cit., 1041.

²⁶⁹ V. NAPOLEONI, *Geometrie parallele*, op. cit., 3811; C. BENUSSI, *La Cassazione ad una svolta*, op. cit., 426.

²⁷⁰ G. COCCO, *I confini*, op. cit., 1041.

²⁷¹ V. NAPOLEONI, *Geometrie parallele*, op. cit., 3812.

²⁷² V. NAPOLEONI, *Geometrie parallele*, op. cit., 3809.

è chiamata a sostenere per poter usufruire dei benefici derivanti dall'appartenenza ad un complesso unitario: in questo senso il trasferimento perde i connotati di un atto depauperatorio e viene a mancare la stessa condotta distrattiva tipica²⁷³.

Dunque, non si tratta tanto di verificare se ci siano i presupposti per un'applicazione estensiva della clausola in esame, dando vita ad un'interpretazione in *bonam partem*: la soluzione secondo cui il rapporto di gruppo rientra tra gli elementi da tenere in conto, in sede di verifica del carattere distrattivo o meno di una determinata operazione, si ritiene fosse già evincibile in via interpretativa²⁷⁴, non potendosi procedere, in tale materia, ad un'analisi giuridica che prescindia dal dato economico, se non al costo di “*isterilirsi in schemi formali amputati di ogni valenza offensiva*”. Pertanto, la norma del 3° comma dell'art. 2634 c.c., in linea con la riconosciuta valenza giuridica del gruppo a seguito del d.lg. n. 6 del 2003, non rappresenterebbe altro che un “*segnale sistematico*” della validità di tale soluzione, dando così valore normativo a risultati ai quali si poteva pervenire prima ancora della riforma²⁷⁵.

Al fine di individuare la linea di demarcazione tra operazioni fraudolente ed operazioni che concretizzano un interesse di gruppo, parte della dottrina fa leva sull'elemento soggettivo della bancarotta fraudolenta patrimoniale. Questo viene individuato nella volontà di ledere la garanzia o gli interessi dei creditori²⁷⁶.

In primo luogo, si pone la questione se, ai fini dell'integrazione del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale sia necessario il dolo intenzionale o sia sufficiente il dolo eventuale. Da un lato, si ritiene che la prima soluzione sarebbe quella più confacente alla pregnanza soggettiva delle condotte descritte nella norma; dall'altro, laddove si accogliesse la tesi della sufficienza del dolo solo

²⁷³ V. NAPOLEONI, *Geometrie parallele*, op. cit., 3809-3810; A.F. TRIPODI, *La rilevanza penale delle condotte distrattive infragruppo*, op. cit., 172-173; G. COCCO, *I confini*, op. cit., 1033 ss.

²⁷⁴ M. MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio*, op. cit., 316-317; G. COCCO, *I confini*, op. cit., 1028; A.F. TRIPODI, *La rilevanza penale delle condotte distrattive infragruppo*, op. cit., 175; V. NAPOLEONI, *Geometrie parallele*, op. cit., 3809.

²⁷⁵ NAPOLEONI, *Geometrie parallele*, op. cit., 3808-3809.

²⁷⁶ G. COCCO, *I confini*, op. cit., 1049.

eventuale, si imporrebbe una distinzione tra le condotte descritte nella norma: quelle di cui alla prima parte del n. 1, in cui la volontà potrebbe presentarsi con minore grado di intensità, in termini di accettazione del pregiudizio ai creditori, e quelle previste nell'ultima parte, che richiederebbero il dolo quantomeno diretto²⁷⁷.

Si afferma, tuttavia, che aderendo a tale ultimo orientamento per l'integrazione dell'elemento soggettivo della distrazione si debba richiedere la volontà di rendere i beni oggetto dell'atto di disposizione indisponibili ai creditori, con rappresentazione dell'offesa che a questi ne deriva. Al tempo stesso, si sottolinea che la rilevanza del dolo in materia di bancarotta patrimoniale fraudolenta vada ridimensionata alla luce del raffronto con le fattispecie di bancarotta semplice, disciplinate dall'art. 217 n. 1,2,3. Si afferma, cioè, che le tre ipotesi attraggano il dolo di pericolo nell'ambito della bancarotta semplice, laddove il dolo di danno reca già in sé l'elemento della fraudolenza; al di fuori di tali ipotesi, il dolo di pericolo dovrà ritenersi di per sé sufficiente ad integrare l'elemento soggettivo della bancarotta fraudolenta²⁷⁸.

Date tali premesse, la corretta individuazione del dolo della bancarotta fraudolenta, attraverso la distinzione dall'elemento soggettivo della bancarotta semplice, si ritiene costituisca un utile strumento nella determinazione del confine tra operazioni integranti una distrazione ed operazioni infragruppo dotate una certa razionalità economica, pur se accompagnate dalla consapevolezza dell'elevato rischio di lesione per la garanzia dei creditori²⁷⁹.

La giurisprudenza, dal canto suo, pur affermando in più occasioni che basterebbe ai fini della bancarotta fraudolenta la coscienza e volontà di commettere fatti distrazioni, che reca già in sé il connotato della frode ai creditori, ritiene che il dolo generico possa dirsi integrato solo quando l'imprenditore ponga in essere atti diretti alla realizzazione di un interesse proprio o di terzi con coscienza e volontà dell'incompatibilità di tali atti con

²⁷⁷ G. COCCO, *I confini*, op. cit.1050.

²⁷⁸ G. COCCO, *I confini*, op. cit.1050.

²⁷⁹ G. COCCO, *I confini*, op. cit.1050.

l'interesse sociale, in quanto aventi l'effetto di ledere il patrimonio aziendale e, di conseguenza, diminuire la garanzia dei creditori²⁸⁰.

In realtà, si fa notare come chi sostiene la necessità di riscontrare il dolo intenzionale e chi (dottrina e giurisprudenza) ritiene sufficiente anche il mero dolo eventuale, esprimono in modo diverso la stessa esigenza di fondo. Occorre, cioè, che oggetto di rappresentazione e volontà siano tutti gli elementi dell'atto distrattivo tipico, non essendo sufficiente la mera rappresentazione e volontà di porre in essere un'operazione (finanziamento o garanzia) a favore di una società del gruppo, ma tale atteggiamento psicologico deve completarsi con la “*consapevole volontà di compiere un fatto di distrazione, accettando il risultato pregiudizievole per i creditori*”. Ne deriva che dovrà escludersi la colpevolezza, a titolo di bancarotta fraudolenta, di chi ponga in essere l'operazione infragruppo nel rispetto dei principi di corretta gestione, pur mutando la destinazione dei beni patrimoniale della società, mancando in questo caso il pregiudizio agli interessi dei creditori²⁸¹.

Vi è chi ritiene, inoltre, che la conclusione secondo cui debba escludersi la pericolosità della condotta rispetto agli interessi dei creditori ogniqualvolta l'operazione risponda ai canoni di razionalità economica, si risolva in un giudizio sulla fondatezza della previsione avente ad oggetto il vantaggio. In particolare, con riguardo alle due letture della teoria dei vantaggi compensativi, *ex post* ed *ex ante*, rispettivamente riconducibili ai vantaggi conseguiti o a quelli solo “fondatamente prevedibili”, si osserva che tale ultimo richiamo avrebbe un ruolo assorbente. Si propone, cioè, di immaginare che il criterio del vantaggio conseguito possa operare quando, in base al giudizio di prognosi postuma, risulti debole la fondatezza della previsione del vantaggio futuro: l'effettivo conseguimento del vantaggio consentirà, allora, di rettificare il giudizio negativo

²⁸⁰ G. COCCO, *I confini*, op. cit.1050-1051.

²⁸¹ G. COCCO, *I confini*, op. cit.1051-1052.

sulla fondatezza della previsione ovvero, se il conseguimento sia anteriore alla previsione stessa, di escludere *a priori* l'esigenza di verificarla²⁸².

Al contrario, secondo tale opinione, laddove si volesse prescindere dalla valutazione dell'atteggiamento psicologico riferibile al vantaggio, che non si risolva nella mera prevedibilità riferibile ad un agente modello, si darebbe vita ad una sorta di “*irresponsabilità oggettiva*”, in quanto si ricollegerebbe la non punibilità ad un evento del tutto estraneo alla sfera intellettuale-rappresentativa del soggetto che compie l'operazione²⁸³.

Al di là delle considerazioni sulla individuazione di una soluzione “a monte” al problema²⁸⁴, come già anticipato, la dottrina prevalente ritiene vi siano i presupposti per l'esportabilità della clausola in commento.

Vi è chi ritiene che già la norma, per il modo in cui è formulata, fornisca un indice testuale della “non settorialità”²⁸⁵ del criterio del “vantaggio compensativo”. Si critica, in particolare, l'interpretazione data dalla giurisprudenza²⁸⁶ all'*incipit* “in ogni caso”, secondo cui il termine non costituisce nient'altro che una delimitazione del concetto di profitto ingiusto ai sensi e per gli effetti previsti dall'art. 2634 c.c. e dovrebbe essere intesa con il significato di “comunque”.

Al contrario, si ritiene che già tale locuzione sia espressione della volontà del legislatore di attribuire validità generale al principio, per estendere il criterio della “non ingiustizia” del profitto a norme incriminatrici diverse ed evitare, così, di incorrere nella contraddizione di considerare le stesse condotte non punibili a titolo di infedeltà patrimoniale, ma integranti una responsabilità ad altro titolo²⁸⁷.

Secondo tale dottrina, che condivide l'assunto per il quale la formula recepisce sul piano normativo un principio già desumibile dall'interpretazione di altre fattispecie, quali l'appropriazione indebita o la bancarotta patrimoniale, la

²⁸² A.F. TRIPODI, *La rilevanza penale delle condotte distrattive infragruppo*, op. cit., 174-175.

²⁸³ A.F. TRIPODI, *La rilevanza penale delle condotte distrattive infragruppo*, op. cit., 174-175.

²⁸⁴ A.F. TRIPODI, *La rilevanza penale delle condotte distrattive infragruppo*, op. cit., 170 ss.

²⁸⁵ M. MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio*, op. cit. 316.

²⁸⁶ Cass. pen., 5/05/2003, cit.

²⁸⁷ M. MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio*, op. cit. 316.

limitazione della degli effetti della clausola al solo reato di infedeltà patrimoniale è smentita, intanto, da quelle norme che richiamano espressamente l'art. 2634 c.c. nella sua interezza, *in primis* l'art. 223, 2° comma l.f. Si fa leva, a tal riguardo, su un argomento di natura sistematica: il reato di infedeltà patrimoniale rientra tra quei “fatti” che, ai sensi dell'art. 223, 2° comma, n. 1, l.f., possono dare origine alla bancarotta. Ora, secondo la prevalente dottrina, il termine “fatti” rinvia al reato al completo dei suoi elementi costitutivi, soggettivo ed oggettivo, pertanto, anche la stessa bancarotta societaria da infedeltà patrimoniale dovrebbe richiedere il dolo specifico di cui all'art. 2634 c.c. e la sua assenza, nei termini del 3° comma, dovrebbe determinare il venir meno della condotta²⁸⁸.

Ma a prescindere da un espresso richiamo, si sostiene che laddove volesse precludersi una portata incondizionata della regola sui gruppi, si verrebbe ad un inevitabile conflitto tra norme: quella che facoltizza il fatto e quelle che lo vietano, conflitto che dovrebbe risolversi dunque a favore della soluzione liceista²⁸⁹.

La stessa dottrina, poi, esclude che la limitazione degli effetti della clausola sia riconducibile alla natura di norma eccezionale della stessa, non essendo individuato, dalla giurisprudenza favorevole a tale interpretazione, il fondamento dell'eccezione. Secondo l'opinione qui riportata, la norma non sarebbe ispirata da un atteggiamento di *favor* legislativo per l'introduzione di limiti all'incriminazione, altrimenti sussistente in sua assenza; essa sarebbe, piuttosto, espressione di un “limite fisiologico del sistema”²⁹⁰.

Altra dottrina, pur non condividendo le considerazioni sul significato della locuzione “in ogni caso” ed escludendo, quindi, che questa possa dirsi indicativa della volontà del legislatore di attribuire portata generale alla norma²⁹¹,

²⁸⁸ E. CODAZZI, *Bancarotta fraudolenta e vantaggi compensativi: alcune riflessioni sul concetto di “distrazione” nei gruppi*, in *Giur. Comm.*, 2008, 777.

²⁸⁹ M. MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio*, *op. cit.* 317-318.

²⁹⁰ M. MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio*, *op. cit.* 318-319.

²⁹¹ E. CODAZZI, *Bancarotta fraudolenta e vantaggi compensativi*, *op. cit.*, 777.

ritiene sussistano tutti i requisiti per poterne estendere l'applicabilità in via analogica²⁹².

Si criticano le argomentazioni giurisprudenziali basate sulla eterogeneità strutturale e teleologica delle norme sulla infedeltà patrimoniale, da un lato, e sulla bancarotta fraudolenta per distrazione, dall'altro²⁹³.

Abbiamo visto, infatti, come la Cassazione abbia individuato un limite alla valenza in campo fallimentare del criterio dei vantaggi compensativi nella circostanza che l'art. 2634 c.c. sia posto a tutela del patrimonio sociale, in relazione al quale la logica compensativa del danno "appare plausibile", mentre la norma della legge fallimentare sarebbe posta a tutela delle ragioni dei creditori rispetto a condotte che espongono a mero pericolo la loro garanzia²⁹⁴.

In primo luogo, si mette in luce la difficoltà di ammettere una tutela del patrimonio sociale che non sia al tempo stesso anche tutela dei creditori, posto che tale patrimonio costituisce la garanzia delle prospettive di soddisfazione delle loro ragioni²⁹⁵.

Soprattutto, non si ritiene convincente la distinzione tra reato di danno e reato di pericolo ai fini della determinazione del campo di applicazione della disposizione. Si sostiene che il ragionamento proposto dalla giurisprudenza, secondo cui la compensazione sarebbe "plausibile" solo per l'ipotesi in cui si sia verificato un danno, non anche nel caso di mero pericolo, sarebbe viziato da un errore di prospettiva²⁹⁶. Escluso il danno, perché l'equilibrio patrimoniale non è stato intaccato, a maggior ragione dovrebbe escludersi che vi sia la possibilità che il danno si verifichi, essendo il pericolo una situazione prodromica rispetto alla lesione vera e propria. Venendo meno la sussistenza del danno, pertanto, non

²⁹² A.F. TRIPODI, *La rilevanza penale delle condotte distrattive infragruppo*, op. cit., 176.

²⁹³ A.F. TRIPODI, *La rilevanza penale delle condotte distrattive infragruppo*, op. cit., 176-177.

²⁹⁴ Cass. pen. 5/06/2003, cit.

²⁹⁵ A.F. TRIPODI, *La rilevanza penale delle condotte distrattive infragruppo*, op. cit., 177; G. SANDRELLI, *Fallimento e vantaggi compensativi. Due termini difficilmente compatibili*, in *Il fallimento*, 2009, 320.

²⁹⁶ M. MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio*, op. cit., 363.

residuerrebbe spazio per la configurazione del pericolo, “*essendo innegabile che nel più stia il meno*”²⁹⁷.

Più in generale, poi, sono state messe in luce le incongruenze, di carattere logico-sistematico, che si ritiene deriverebbero dall’affermazione dell’inesportabilità della clausola nel settore della bancarotta²⁹⁸.

In primis ne scaturirebbe una contraddizione nella misura in cui un medesimo fatto potrebbe risultare lecito nell’ambito della vita societaria ed illecito dopo la dichiarazione di fallimento, indipendentemente dalla possibilità di controllo da parte del soggetto attivo sulla verifica dell’evento²⁹⁹.

Inoltre, lo stesso atto che abbia cagionato il danno patrimoniale rischia di risultare lecito in sede civile, in virtù della logica compensativa accolta dall’art. 2497 c.c., ed illecito in sede penale, facendo venir meno anche l’equilibrio nei rapporti tra sanzione civile e penale ed il carattere di quest’ultima quale *extrema ratio*³⁰⁰.

Infine, negare l’estensibilità della clausola comporterebbe che uno stesso atto, posto in essere da un amministratore di società in conflitto di interessi, sarebbe punibile laddove abbia esposto le ragioni dei creditori ad una situazione di pericolo, non anche quando abbia cagionato un danno patrimoniale. A quest’ultimo proposito, in particolare, si esclude che la diversità dei beni giuridici tutelati dalle due norme, invocata dalla giurisprudenza quale ostacolo all’applicazione estensiva del criterio dei vantaggi compensativi, sia determinante: si ribadisce, infatti, come, da un lato, sia difficile immaginare una tutela dei creditori che prescindere dalla tutela del patrimonio sociale; e, dall’altro,

²⁹⁷ A.F. TRIPODI, *La rilevanza penale delle condotte distrattive infragruppo*, op. cit.,177; M. MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio*, op. cit., 363-364.

²⁹⁸ A.F. TRIPODI, *La rilevanza penale delle condotte distrattive infragruppo*, op. cit.,177.

²⁹⁹ A.F. TRIPODI, *La rilevanza penale delle condotte distrattive infragruppo*, op. cit.,177; M. MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio*, op. cit.,364.

³⁰⁰ A.F. TRIPODI, *La rilevanza penale delle condotte distrattive infragruppo*, op. cit.,177; E. CODAZZI, *Bancarotta fraudolenta e vantaggi compensativi*, op. cit., 778.

come lo stesso atto integrante la fattispecie di infedeltà patrimoniale di cui all'art. 2634 c.c. difficilmente non configuri anche una distrazione³⁰¹.

In ultima analisi, si fa notare che negare l'estensione dell'art. 2634, 3° comma, c.c., ad altre condotte, sempre sussumibili sotto il *genus* della bancarotta patrimoniale, dunque, connotate dallo stesso gradi di disvalore, metterebbe in crisi la stessa ragionevolezza sistematica del legislatore e si darebbe vita ad una situazione di disparità di trattamento rilevante *ex art. 3 Cost*³⁰².

3. Gli ultimi sviluppi giurisprudenziali

Riassumendo quanto detto finora, la giurisprudenza penale, esclusa un'eccezione molto risalente³⁰³ è stata costante nel negare l'operatività del meccanismo compensativo in ambito fallimentare e nell'escludere, a seguito della riforma del 2002, l'esportabilità della clausola di cui all'art. 2634, 3° comma, c.c. ad altri settori che nulla abbiano a che vedere con l'infedeltà patrimoniale.

Tratto comune alle sentenze che hanno affrontato l'argomento è l'affermazione dell'incompatibilità tra la teoria dei vantaggi compensativi e l'autonomia patrimoniale delle singole società del gruppo³⁰⁴, cui si aggiungono, dopo la riforma, le argomentazioni sulla eterogeneità, sotto vari profili, tra la fattispecie di nuovo conio e la bancarotta fraudolenta per distrazione.

Da un lato, si collocano coloro i quali condividono gli assunti giurisprudenziali, ritendendo che l'atto di disposizione di beni sociali, che abbia cagionato un danno patrimoniale ad una controllata, provocandone il dissesto, integrerà sempre un'ipotesi di bancarotta fraudolenta patrimoniale, pure nel caso in cui il danno risulti compensato alla luce di vantaggi conseguiti, o

³⁰¹ A.F. TRIPODI, *La rilevanza penale delle condotte distrattive infragruppo*, *op. cit.*, 177-178.; G. SANDRELLI, *Fallimento e vantaggi compensativi*, *op. cit.*, 320.

³⁰² E. CODAZZI, *Bancarotta fraudolenta e vantaggi compensativi*, *op. cit.*, 778; M. MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio*, *op. cit.*, 318 ss.

³⁰³ Cass., Sez. III, 25/02/1959, in *Riv. it., dir., proc. pen.*, 1960, 939.

³⁰⁴ A.F. TRIPODI, *La rilevanza penale delle condotte distrattive infragruppo*, *op. cit.*, 179.

fondatamente prevedibili, che derivino dalla appartenenza o dal collegamento al gruppo³⁰⁵.

Dall'altro, si pongono coloro i quali criticano, pur se con argomentazioni in parte differenti, la posizione della giurisprudenza, rinvenendo nella norma introdotta con la riforma del diritto societario una clausola di portata generale, espressione di principi già ricavabili in via interpretativa dall'assetto normativo vigente e, in conclusione, suscettibile di applicazione in altri settori che non afferiscono alla materia dell'infedeltà patrimoniale³⁰⁶.

In un quadro così delineato, si colloca una importante sentenza della Corte di Cassazione che, sulla scia di un percorso argomentativo già tracciato in una pronuncia del 2005, segna una "svolta" rispetto all'orientamento fino a quel momento sostenuto³⁰⁷.

Come abbiamo visto, già nella sentenza del 2005 la Corte giungeva ad affermare che la posizione assunta dalla giurisprudenza fino ad allora, in relazione alla rilevanza solo economica del fenomeno dei gruppi, dovesse ritenersi ormai superata a seguito della riforma attuata con il d.lg. n. 6 del 2003. In quella sede, seppure la Cassazione metteva in evidenza la mancanza di una definizione normativa del gruppo societario (la quale, si sottolinea, sarebbe stata comunque inadeguata data l'incessante evoluzione della realtà sociale, economica e giuridica) ravvisava l'essenza del fenomeno nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento da parte di una società controllante su

³⁰⁵ E. GIOVANARDI, *Sull'impossibilità di estendere i vantaggi compensativi ai reati fallimentari*, *op. cit.*, 1366 ss.

³⁰⁶ E. AMATI, *Infedeltà patrimoniale*, in *Reati societari*, a cura di A. ROSSI, *I grandi temi*, Torino, 2004, 425; M. BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e sanzioni penali*, Milano, 2006, 152 ss; L. FOFFANI, *Art. 2634 c.c.*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. PALAZZO- C.E. PALIERO, Padova, 2003, 1882; M. MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio*, *op. cit.*, 316; G. COCCO, *I confini*, *op. cit.* 1033 ss. ;A. TRIPODI, *La rilevanza penale delle condotte distrattive infragruppo*, *op. cit.*, 170-178; C. BENUSSI, *La Cassazione ad una svolta: la clausola dei vantaggi compensativi è esportabile nella bancarotta per distrazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 426 ss.

³⁰⁷ C. BENUSSI, *La Cassazione ad una svolta*, *op. cit.*, 428 ss; A. TRIPODI, *La rilevanza penale delle condotte distrattive infragruppo*, 178.

una o più società controllate, inteso come centro autonomo di imputazione e quale sviluppo di un unico disegno imprenditoriale³⁰⁸.

La Corte sembrava lasciare aperto uno spiraglio per ammettere l'estensibilità della clausola dei vantaggi compensativi alla fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione, sottolineando la necessità di rivedere, a fronte della riforma, il proprio precedente orientamento che negava riconoscimento al gruppo e alla teoria dei vantaggi compensativi. Tuttavia, in quell'occasione, la Cassazione non compì il passo decisivo, ribadendo comunque che *“il vantaggio compensativo non può, in ogni caso, andare oltre la sfera dell'infedeltà patrimoniale per la quale è previsto”*³⁰⁹.

Con una sentenza del 2006³¹⁰ la Sezione quinta della Cassazione, pur escludendo nel caso di specie l'applicazione della norma di cui al 3° comma dell'art 2634 c.c., per non avere conseguito la società fallita nessun beneficio idoneo a compensare gli effetti dell'atto pregiudizievole, ammette l'estensione della clausola a fatti distrattivi o dissipativi di bancarotta³¹¹.

Nella motivazione, la Corte osserva che con riferimento a fatti di disposizione patrimoniale contestati come distrattivi o dissipativi, *“è da ritenere in astratto possibile”* l'eventualità che da un'operazione decisa dalla controllante e che si suppone vantaggiosa per il gruppo derivi per la controllata una indiretta utilità, idonea a compensare l'apparente pregiudizio ad essa arrecato.

Nel descrivere poi il concetto di distrazione, ne fornisce un'interpretazione in chiave di reale offensività³¹².

Afferma, infatti, che la distrazione integrante il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale consiste nel *“distoglimento”* di beni rispetto alla loro naturale destinazione a garanzia dei creditori e che la richiesta *“fraudolenza”*,

³⁰⁸ Cass., pen., Sez. V, 18 marzo 2005, G., in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 747 con commento di F. LEMME, vedi nota n. 13, in C. BENUSSI, *La Cassazione ad una svolta*, op. cit., 428.

³⁰⁹ C. BENUSSI, *La Cassazione ad una svolta*, op. cit., 428, nota n. 13.

³¹⁰ Cass. pen., Sez. V, 24/05/ 2006, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 421 ss.

³¹¹ C. BENUSSI, *La Cassazione ad una svolta*, op. cit., 428-429.

³¹² A. TRIPODI, *La rilevanza penale delle condotte distrattive infragruppo*, op. cit., 180; C. BENUSSI, *La Cassazione ad una svolta*, op. cit., 429;

intesa quale connotato interno alla distrazione, comportamenti che ai fini dell'integrazione di una distrazione costitutiva della bancarotta sarà necessario riscontrare una diminuzione della consistenza patrimoniale determinante uno squilibrio tra attività e passività, in grado di esporre a pericolo le ragioni creditizie, interesse tutelato dalla norma.

Chiariti i connotati della nozione di distrazione, la Cassazione affronta due questioni, la prima delle quali riguardante il rapporto tra la fattispecie di cui all'art. 2634 c.c. e quella di cui all'art. 216, 1° comma, n. 1, l.f. Sul punto la Corte ritiene debba escludersi l'esistenza, tra le due norme, di un rapporto di specialità/consunzione: le due condotte materiali descritte dalle due disposizioni non coincidono, mancando nel fatto di infedeltà patrimoniale, che consiste in un atto di disposizione patrimoniale cagionato di danno, il connotato tipizzante la condotta distrattiva, cioè la "frode ai creditori"; dal canto suo, l'infedeltà patrimoniale, presenta elementi che non consentono di ritenerla generale: essa presuppone, infatti, il dolo intenzionale, dal punto di vista soggettivo e una situazione di conflitto di interessi, dal punto di vista oggettivo.

Con specifico riferimento, poi, alla fattispecie di cui all'art. 2634 c.c., la Corte si sofferma sulla reale portata della clausola sui vantaggi compensativi, affermando che la previsione contenuta nel 3° comma della disposizione *“conferisce valenza «normativa» a principi già desumibili dal sistema, in punto di necessaria considerazione della reale offensività della condotta tanto gravemente sanzionata dalle norme fallimentari. A conferma della necessità di inserire (come è già stato rilevato dalla dottrina) il rapporto di gruppo «nella lista delle circostanze da ponderare in sede di verifica della sussistenza della condotta tipica di distrazione, non potendo in materia, l'analisi giuridica andare comunque distinta dall'analisi economica» della vicenda”*³¹³.

Al tempo stesso, si premura di precisare che proprio la necessità di una verifica in concreto della reale offensività della condotta distrattiva impone di accertare che gli ipotizzati benefici diretti alla controllata danneggiata siano, da

³¹³ Cass. pen., Sez. V, 24/05/2006, cit.

un lato, effettivamente riconducibili ad un vantaggio derivante dall'appartenenza al gruppo; dall'altro, concretamente idonei a compensare gli effetti negativi immediatamente subiti dalla società a seguito dell'operazione, *“in guisa tale da non renderla capace d'incidere (perlomeno nella ragionevole previsione dell'agente) sulle ragioni dei creditori”*. Non potrebbe ritenersi sufficiente, al contrario, al fine di escludere la rilevanza penale dell'atto di disposizione come dissipativo o distrattivo, il mero riferimento ad una ipotetica sussistenza di vantaggi compensativi.

Come si evince dai passi successivi della motivazione, la Corte condivide l'opinione secondo cui ai fini del corretto funzionamento della logica della compensazione, gioca un ruolo determinante l'individuazione del soggetto destinatario del vantaggio compensativo. Abbiamo visto come parte della dottrina ritenga conferente l'assunto giurisprudenziale sulla incompatibilità del vantaggio compensativo con l'autonomia patrimoniale solo a due condizioni: che si attribuisca rilevanza unicamente al beneficio destinato alla società pregiudicata, non anche a vantaggi conseguiti da altre società del gruppo, ad esempio la controllante; che si tratti di benefici economicamente tangibili, o comunque non irrisonanti (pur senza richiedere un pareggio in termini rigidamente proporzionali tra pregiudizio e vantaggio)³¹⁴.

La Corte osserva, infatti, che in virtù dell'autonomia giuridica e patrimoniale di ciascuna società del gruppo non può ammettersi che l'interesse della singola controllata venga sacrificato per il perseguimento dell'interesse di gruppo, rispetto al quale i creditori rimangono terzi estranei. Ribadisce che dalla necessità di tenere in considerazione l'interesse di gruppo, quale ulteriore elemento di valutazione dell'operazione nel suo complesso, non può derivare la possibilità che *“vengano in tal modo pregiudicati ingiustificatamente gli interessi delle singole società”*³¹⁵. Ne consegue che potrà attribuirsi valore compensativo soltanto a quel vantaggio che sia destinato alla società cui sia riconducibile l'atto

³¹⁴ A.F. TRIPOLI, *La rilevanza penale delle condotte distrattive infragruppo*, op cit., 179.

³¹⁵ La Corte si rifà a *Cass. civ.*, 24/08/2004, n. 16707.

depauperativo, dovendosi escludere, soprattutto in ambito fallimentare, l'operatività del meccanismo della compensazione attraverso il riferimento al vantaggio percepito da altra società del gruppo.

Ciò comunque non esclude la possibilità di tenere in considerazione gli aspetti relativi alla gestione di gruppo. A tal riguardo, la Cassazione sottolinea l'importanza che riveste, nella valutazione degli effetti positivi o negativi dell'operazione, la complessiva strategia di gruppo. Puntualizza che la conduzione di un'impresa non si concretizza nel compimento di singole operazioni, ma consiste nell'attuazione di una strategia più complessa caratterizzata dalla realizzazione di più atti tra loro connessi. Per tale ragione, *“il pregiudizio non può essere apprezzato per segmenti”*, perché la valutazione degli effetti dannosi o benefici per l'interesse sociale non può prescindere dal tenere in considerazione, insieme agli effetti immediatamente negativi, anche gli effetti positivi che siano derivati alla controllata in virtù della partecipazione al vantaggio del gruppo.

Dunque si ammette, per la prima volta, che la corretta gestione unitaria, impartita dal gruppo, in vista di uno scopo comune, possa impedire l'incriminazione per bancarotta societaria con riferimento a tutte quelle operazioni infragruppo che, apparentemente distrattive, ad uno sguardo d'insieme risultano giustificabili alla luce di vantaggi economici in grado di neutralizzare gli effetti distrattivi dell'atto³¹⁶.

Tuttavia, l'affermazione secondo cui il pregiudizio subito dalla società trovi compensazione in vantaggi derivanti dall'appartenenza al gruppo non può essere espressa in termini meramente ipotetici.

A tal proposito, vengono ribadite le conclusioni cui la Cassazione era già pervenuta nel 2004 sull'onere della prova: l'amministratore della società che abbia posto in essere un atto non corrispondente all'interesse sociale, dal quale sia derivato un danno alla società stessa, potrà/dovrà dare dimostrazione dell'esistenza di un gruppo al quale la società appartiene e alla luce del quale

³¹⁶ C. BENUSSI, *La Cassazione ad una svolta*, op. cit., 431;

“anche quell’atto è destinato ad assumere una coloritura diversa e quel pregiudizio a stemperarsi; ma occorre che una tal prova egli la dia. Non può sostenersi, al contrario, che la mera appartenenza al gruppo renda plausibile l’esistenza di detti benefici compensativi”³¹⁷.

Proprio al fine di evitare il rischio che la valorizzazione della politica di gruppo potesse costituire una facile scappatoia, la riforma attuata con il d. lg. 6 del 2003 ha introdotto il limite “esterno” alla discrezionalità della capogruppo, imponendole il rispetto dei principi di “corretta gestione societaria ed imprenditoriale” nell’impartire al gruppo la direzione unitaria; limite il cui rispetto è stato rafforzato con la previsione, in caso di inosservanza dell’obbligo, di una diretta responsabilità della controllante per i danni cagionati ai soci e ai creditori della società controllata. Al contrario, in tutti quei casi in cui la società controllata, continuamente sacrificata, non ottenga mai nessun beneficio di ritorno dall’appartenenza al gruppo, in grado di compensarla dei pregiudizi che le siano stati cagionati, si avrà una distrazione rilevante ai fini del reato di bancarotta³¹⁸.

Con la sentenza del 2006, dunque, la Corte di Cassazione sembra accogliere le posizioni di quella dottrina che, a prescindere dalla estensibilità o meno della clausola di cui al 3° comma dell’art. 2634 c.c., esclude la rilevanza penale di tutte quelle condotte che, alla luce del meccanismo compensativo, non configurino una distrazione tipica³¹⁹: gli effetti depauperatori, derivanti dall’estromissione di un bene dal patrimonio della controllata, vengono neutralizzati dai benefici che consentono di ripristinare l’equilibrio della garanzia patrimoniale dei creditori. In tutti questi casi, dunque, è lo stesso concetto di distrazione che non si concretizza, perché manca una diminuzione della garanzia

³¹⁷ Questo passo è tratto da *Cass. civ.*, 24/08/2004, n. 16707.

³¹⁸ C. BENUSSI, *La Cassazione ad una svolta*, op. cit., 430-431.

³¹⁹ A.F. TRIPODI, *La rilevanza penale delle condotte distrattive infragruppo*, op. cit., 180; C. BENUSSI, *La Cassazione ad una svolta*, op. cit. 431.

dei creditori offerta dal patrimonio della società autrice dell'atto apparentemente distrattivo³²⁰.

Dalla ammessa estensibilità della clausola del 3° comma, poi, deriva che ai fini della compensazione assumeranno rilevanza non solo i vantaggi già conseguiti, ma anche quelli non ancora realizzati che siano fondatamente prevedibili dal soggetto agente.

Come abbiamo visto, la Corte sottolinea la necessità che tali vantaggi siano idonei a *“compensare efficacemente gli effetti immediati negativi dell'operazione compiuta: in guisa tale da non renderla capace di incidere (perlomeno nella ragionevole previsione dell'agente) sulle ragioni dei creditori”*. Ne derivano due esigenze: che i vantaggi non siano meramente irrisonori, in modo da garantire un'effettiva neutralizzazione della lesione recata alla controllata; che tali vantaggi refluiscono sulla società cui afferisce l'atto distrattivo³²¹.

Nonostante i risultati cui sia pervenuta la Suprema Corte con tale sentenza-“svolta”, che può essere definita come un vero e proprio “mutamento di rotta”³²², una pronuncia di poco successiva sembra smentire gli assunti interpretativi cui essa era approdata. Ivi si afferma che *“il trasferimento di risorse infragruppo, ovvero tra società appartenenti allo stesso gruppo imprenditoriale, specialmente quando venga effettuato a vantaggio di una società già in difficoltà economiche, non è consentito e deve essere qualificato come vera e propria distrazione ai sensi e per gli effetti previsti dall'art. 216 l.f.”*³²³.

La Corte richiama ancora una volta la circostanza che le singole società del gruppo costituiscono in ogni caso persone giuridiche distinte e che i creditori della società depauperata non potrebbero mai rivalersi delle proprie ragioni inseguendo i beni ormai fuoriusciti dal patrimonio sociale inseguendoli presso un'altra società, perché inevitabilmente si scontrerebbero con l'autonomia giuridica di quest'ultima.

³²⁰ C. BENUSSI, *La Cassazione ad una svolta*, op. cit. 431.

³²¹ C. BENUSSI, *La Cassazione ad una svolta*, op. cit. 431.

³²² A.F. TRIPODI, *La rilevanza penale delle condotte distrattive infragruppo*, op. cit., 178.

³²³ Cass. Sez. V, 29/01/2008, n. 4410, in *Giur. Comm.*, 2008, 764, con nota di E. CODAZZI.

Nel passaggio immediatamente successivo dà conto della corretta obiezione secondo cui “*se la prognosi dell’operazione è fausta, nel senso che ne potrebbero trarre benefici entrambe le società, con conseguente beneficio anche dei creditori, non vi sono gli estremi, alla luce del nuovo diritto societario, per considerare quella operazione come distrattiva*”. Al tempo stesso, tuttavia, sminuisce in parte tale ragionamento, ritenendo che sebbene esso sia dotato “*di una qualche consistenza*”, non può essere invocato quando il trasferimento di beni venga effettuato da una società in stato di insolvenza ad una società che a sua volta si trovi in una situazione di difficoltà economica: “*Invero in siffatte situazioni nessuna prognosi positiva, anche a voler ammettere la bontà dell’impostazione indicata, è possibile e, quindi, l’operazione di trasferimento di risorse non potrà che essere considerata distrattiva*”.

Da un lato, in virtù dell’affermazione secondo cui il trasferimento infragruppo non sarebbe consentito e a maggior ragione quando venga posto in essere a favore di una società in crisi, configurandosi in questo caso la condotta distrattiva rilevante *ex art 216 l.f.*, la Corte non sembra accogliere la tesi liceista. Dall’altro, si preoccupa di verificarne l’applicabilità in concreto, giungendo ad un esito senso negativo³²⁴.

Alla luce della pronuncia esaminata, pertanto, sembrava essere prevalso l’atteggiamento della giurisprudenza improntato ad una certa cautela nell’ammettere la rilevanza del fenomeno di gruppo e l’effetto di “giustificazione” che ne deriverebbe rispetto ad operazioni *prima facie* distrattive.

Senonché, di recente, la Corte è ritornata sulla questione³²⁵, riconfermando le argomentazioni fornite nella sentenza del 2006, favorevoli all’esportabilità della clausola in esame.

Nel caso di specie, l’imputato era stato condannato nel 2011 in grado d’appello per bancarotta fraudolenta per dissipazione, in qualità di consigliere di

³²⁴ A.F. TRIPODI, *La rilevanza penale delle condotte distrattive infragruppo*, *op. cit.*, 180-181.

³²⁵ *Cass. pen., Sez. V., 5/06/2013, n. 49787*

amministrazione di una società dichiarata fallita nel '92. In sede di ricorso in cassazione, il ricorrente invoca l'applicazione dell'art. 2634, 3° comma, c.c., affermando che inserendosi le operazioni da lui commesse nel contesto di rapporti tra gruppi di società collegati, la corte territoriale non avrebbe spiegato quali fossero gli elementi per poter ritenere che l'imputato non potesse valutare *ex ante* le conseguenze dannose della sua condotta.

In particolare, nella prospettiva dell'imputato, considerato che alcune delle condotte di cui si trattava risalivano al settembre 1990, data in cui egli non aveva neppure assunto la carica di membro del consiglio di amministrazione, il giudice d'appello avrebbe dovuto dimostrare che l'imputato fosse consapevole della effettiva portata dissipatrice della propria condotta o quantomeno che questa potesse ledere o esporre a pericolo le ragioni dei creditori. Al contrario il ricorrente sostiene di essersi trovato in una situazione tale da poter legittimamente attendersi che le operazioni si inserissero in una più complessa strategia a lungo termine, in grado di fruttare dei vantaggi per l'intero gruppo.

La Corte, pur non accogliendo il motivo di ricorso, affronta la questione sulla portata della clausola invocata. *In primis*, ribadisce le conclusioni cui era pervenuta nella sentenza del 2006, ritenendo che la norma di cui all'art. 2634 c.c., nell'escludere la rilevanza dell'atto infragruppo depauperatorio in presenza dei "vantaggi compensativi" della quale la società sarebbe stata in grado di fruire, in virtù dell'appartenenza ad un più ampio gruppo di società, non avrebbe fatto altro che conferire valenza normativa a principi "già *desumibili dal sistema, in punto di necessaria considerazione della reale offensività*".

L'aspetto, tuttavia, più significativo della sentenza è che oltre a ravvisare nella clausola di cui al 3° comma dell'art. 2634 c.c. il recepimento sul piano normativo della "teoria dei vantaggi compensativi", sembra abbandonare l'atteggiamento "prudente" che aveva caratterizzato le pronunce precedenti sul tema, ammettendo a chiare lettere e senza esitazione che i principi codificati nella clausola sono "*sono senz'altro applicabili alle condotte sanzionate dalle norme*

fallimentari e, segnatamente a fatti di disposizione patrimoniale contestati come distrattivi o dissipativi”.

In conseguenza di ciò, ribadisce il Collegio, accertato che l’atto non risponde al diretto interesse della società e che ne sia scaturito un danno immediato al patrimonio della stessa, potrà ammettersi che l’amministratore autore dell’atto dia la prova dell’esistenza del contesto di gruppo alla luce del quale l’atto assumerà una “coloritura” diversa e il pregiudizio potrà stemperarsi.

Si tratta di un passaggio sicuramente fondamentale, posto che con la sentenza del 2008 la Corte sembrava esser ritornata sui suoi passi, realizzando un vero e proprio *revirement* rispetto ai risultati raggiunti nella tanto attesa “svolta” del 2006³²⁶.

Nel passo successivo, la Corte ribadisce l’esigenza di una valutazione della condotta in termini di reale offensività, affermando che non sarà sufficiente, per escludere la riconducibilità di un’operazione apparentemente distrattiva o dissipativa, la mera prospettazione ipotetica di vantaggi compensativi; deve potersi affermare che i benefici, che l’amministratore ha l’obbligo di allegare e privare, risultassero effettivamente connessi ad un vantaggio complessivo del gruppo nonché idonei a neutralizzare gli effetti negativi immediatamente riconducibili all’operazione, “*in guisa tale da non renderla capace di incidere (perlomeno nella ragionevole previsione dell’agente) sulle ragioni dei creditori della società*”.

La Corte conclude, pertanto, ammettendo che il criterio del vantaggio compensativo possa operare quale fattore di giustificazione anche in campo fallimentare, fermo restando, tuttavia, che l’operazione inerente i rapporti infragruppo, temporaneamente svantaggiosa per la società colpita, potrà ritenersi legittima e dunque non integrante la fattispecie di bancarotta fraudolenta “*solo in caso di saldo positivo delle operazioni compiute nella logica e nell’interesse del gruppo*”.

³²⁶ A.F. TRIPODI, *La rilevanza penale delle condotte distrattive infragruppo*, op. cit., 180.

In conclusione, se nella sentenza-“svolta” era possibile individuare i presupposti per affermare che l’atteggiamento di cautela della Corte fosse destinato ad essere superato, per lasciare il posto ad una maggiore apertura all’operatività del meccanismo compensativo³²⁷, tali affermazioni sono da condividere a maggior ragione alla luce degli ultimi risvolti giurisprudenziali. È possibile, dunque, confidare sul mantenimento della linea interpretativa di recente intrapresa, con cui sembra essersi preso atto, anche sul piano giurisprudenziale, del moderno atteggiarsi delle imprese organizzate in forma societaria e che ammette, quale ultimo approdo, l’esportabilità della clausola sui vantaggi compensativi anche al settore penalfallimentare.

³²⁷ A.F. TRIPODI, *La rilevanza penale delle condotte distrattive infragruppo*, op. cit.,181.

Bibliografia

ABRIANI N., *Gruppi di società e criterio dei vantaggi compensativi nella riforma del diritto societario*, in *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, *Giur. comm.*, 2002, 618 ss.

ACCINNI G.P., *Profili penali del conflitto di interessi nei gruppi di società*, in *Riv. soc.*, 1991, 1010 ss..

ACQUAROLI R., *Alcune osservazioni sul reato di infedeltà patrimoniale alla luce del nuovo diritto societario*, in *La riforma dei reati societari*, a cura di PELLEGRINI, Milano, 2004, 182.

ALAGNA R., *Note sul concetto penalistico di conflitto di interessi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 757.

ID., *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 743 ss.

ALDROVANDI P., *Art. 2634*, in *I nuovi reati societari. Commentario al decreto legislativo 11 aprile 2002, n. 61*, a cura di LANZI-CADOPPI, Padova, 2002, 126 ss.

ALESSANDRI A., *Alcune considerazioni generali sulla riforma*, in *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di ALESSANDRI, Milano, 2002, 8.

ID., *Attività d'impresa e responsabilità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 534.

AMATI E., *Infedeltà patrimoniale*, in *Reati societari*, a cura di A. Rossi, Torino, 2005, 423 ss.

BARTOLO P., *Bancarotta e infedeltà patrimoniale infragruppo. La distrazione seguita dal fallimento*, Roma, 2009.

BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e sanzioni penali*, Milano, 2006.

BENUSSI C., *La Cassazione ad una svolta: la clausola dei vantaggi compensativi è esportabile nella bancarotta per distrazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 424 ss.

ID., *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale nei gruppi di società: limite scriminante o esegetico?* in *Studi in onore di G. Marinucci*, vol. III, Milano, 2006, 2157 ss.

BONELLI F., *Conflitto di interesse nei gruppi di società*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 224 ss.

BRICOLA F., *Il diritto penale del mercato finanziario*, in AAV VV., *Mercato finanziario e disciplina penale*, Milano, 1993, 27.

BUTTÀ C., *Una metodologia per l'approccio economico-aziendale allo studio dei gruppi di imprese*, in *I gruppi di società*, a cura di A. PAVONE LA ROSA, 1982, 29 ss.

CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale, Diritto delle società*, vol. 2, Torino, 2012 .

COCCO G., *I confini tra condotte lecite, bancarotta fraudolenta e bancarotta semplice nelle relazioni economiche all'interno dei gruppi di società*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, 1021 ss.

CODAZZI E., *Bancarotta fraudolenta e vantaggi compensativi: alcune riflessioni sul concetto di "distrazione" nei gruppi*, in *Giur. comm.*, 2008, 766 ss.

CRISTIANI A., *Commentario di diritto penale delle società e del credito*, Torino, 2003, 176.

D'AVIRRO, *L'infedeltà patrimoniale*, in *I reati "d'infedeltà" nelle società commerciali*, D'AVIRRO-MAZZOTTA, Milano, 2004, 133.

FERRO LUZZI P., *Riflessioni sul gruppo (non creditizio)*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, 13.

FLICK G.M., *Gruppi e monopolio nelle nuove prospettive del diritto penale*, in *Riv. soc.*, 1988, 479 ss.

FOFFANI L., *Art. 2634*, in *Commentario breve alle Leggi penali complementari*, a cura di PALIERO-PALAZZO, Padova, 2007, 1875 ss.

ID., *Infedeltà patrimoniale e conflitto di interessi nella gestione d'impresa. Profili penalistici*, Milano, 1997.

ID., *Le infedeltà*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di ALESSANDRI, Sez. VI, Milano, 2002.

ID., *Prospettive di armonizzazione europea del diritto penale dell'economia: le proposte del progetto «Eurodelitti» per la disciplina penale delle società commerciali, del fallimento, delle banche e dei mercati finanziari*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. DOLCINI- C. PALIERO, vol. III, Milano, 2006.

GALGANO F., *L'impresa*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, diretto da DI AMATO, vol. I, *I principi generali*, Padova, 1990, 92.

GALGANO F., *Le nuove società di capitali e cooperative*, in F. GALGANO – R. GHENGHINI R., *Il nuovo diritto societario, Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. GALGANO, vol. XXIX, Tomo I, 2° ed., Padova, 2004, 169.

GIOVANARDI E., *Sull'impossibilità di estendere i vantaggi compensativi ai reati fallimentari*, in *Cass. pen.*, 2005.

GIUNTA F., *La riforma dei reati societari ai blocchi di partenza. Prima lettura del d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, in *Studium juris*, 2002, 837.

ID., *Lineamenti di diritto penale dell'economia, vol. I. Delitti contro l'economia pubblica e reati societari*, II ed., Torino, 2004.

JAEGER P.G., *L'interesse sociale rivisitato*, in *Giur. comm.*, 2000, I, 811.

LIONETTI N., *Analisi critica del delitto di infedeltà patrimoniale*, in *Diritto penale dell'economia*, a cura di CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA, Torino, 2016, 231.

MACCARI A.L., *Commento all'art. 2634*, in *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, a cura di F. GIUNTA, Torino, 2002, 150.

ID., *Infedeltà patrimoniale*, in AA.VV., *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, a cura di F. GIUNTA, Torino, 2002, 165.

- MARINI C., *L'infedeltà patrimoniale e il conflitto di interessi (artt. 2629-bis, 2634 c.c., 646 c.p.)*, in *Trattato teorico pratico di diritto penale*, a cura di A. ALESSANDRI, Torino, 2012, 77 ss.
- MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Milano, 2004
- MARINUCCI G., *Gestione d'impresa e pubblica amministrazione: nuovi e vecchi profili penalistici*, in *Riv. it. proc. pen.*, 1988, 425.
- MAROTTA G., *Teorie criminologiche*, Milano, 2004.
- MASUCCI M., *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio*, Napoli, 2006.
- MASULLO M.N., *Art. 2634*, in *Le fonti del diritto italiano, Leggi penali d'udienza*, a cura di PADOVANI, Milano, 2003, 1307.
- MEZZETTI E., *Riv. it. dir. proc. pen.* 2004, 223-225.
- MIGNOLI A., *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, in *Contr. e impr.*, 1986, 738.
- MILITELLO V., *Attività di gruppo e comportamenti illeciti: il gruppo come fattore di criminogeno*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, 389.
- ID., in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2000, 917-918.
- ID., *Infedeltà patrimoniale e corruzione nel futuro del diritto societario*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2009, 905 ss.
- MONTALENTI P., *Conflitto di interessi nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi. Persona giuridica, gruppi di società, corporate governance*, Padova, 1999, 86.
- ID., *Gruppi e conflitto di interessi nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 628.
- ID., *Verso un nuovo diritto societario*, a cura dell'Associazione Disiano Preite, Bologna, 2002, 238.
- MUCCIARELLI F., *Il ruolo dei «vantaggi compensativi» nel delitto di infedeltà patrimoniale degli amministratori*, in *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, *Giur. comm.*, 2002, 630 ss.
- MUSCO E., *Diritto penale societario*, Milano, 1999.

ID., *I nuovi reati societari, con la collaborazione di M.N. MASULLO*, III ed., Milano, 2007.

NAPOLEONI V., *Geometrie parallele e bagliori corruschi del diritto penale dei gruppi (bancarotta infragruppo, infedeltà patrimoniale e «vantaggi compensativi»*, in *Cass. pen.*, 2005, 3787 ss.

PAVONE LA ROSA A., *Il gruppo di imprese nella amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2000, I, 486.

PEDRAZZI C., *Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1953, 548.

ID., *Gruppo di imprese e responsabilità penale*, in *Disciplina giuridica del gruppo di imprese. Esperienze e proposte*, (atti del convegno di Bellagio del 19-20 giugno 1981), Milano, 1982, 157 ss.

ID., *Sui limiti dell'«appropriazione»*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1997, 1445.

ROMANO M., *Lo statuto penale dell'impresa*, in *Scritti di diritto penale*, vol. II, Tomo II, 332.

ROSSI A., *Premesse ad uno studio sui reati societari*, in *Reati societari*, a cura di A. Rossi, Torino, 2005.

ROSSI S., *Relazione introduttiva*, in *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, *Giur. Comm.*, 2002, 613 ss.

SALAFIA V., *Patologia dei gruppi di società*, in *Le Società*, 1995, 1142 ss.

SAMORI' S., *Conflitto di interessi ed illeciti rapporti patrimoniali*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa, Vol. II. I reati societari*, diretto da A. DI AMATO, a cura di N. MAZZACUVA, 203.

SANDRELLI G., *Entra in gioco la corruzione privata*, in *Guida dir.*, 2002, n. 16, 71.

ID., *Fallimento e vantaggi compensativi. Due termini difficilmente compatibili*, in *Il fallimento*, 2009.

SANTORIELLO C., *Il nuovo diritto penale delle società*, Torino, 2003, 265.

ID., *Questioni di diritto intertemporale con riferimento al nuovo reato di infedeltà patrimoniale*, in *Impresa*, 2003, 1468.

SCOGNAMIGLIO G., *La politica di gruppo e l'interesse delle società controllate*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 497 ss.;

SCOPINARO L., *Infedeltà patrimoniale*, in *Trattato teorico pratico delle società, Diritto penale delle società*, a cura di SCHIANO DI PEPE, II ed., Milano, 2003, 310.

SPADA P., *Gruppi di società*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, II, 222.

ID., *L'amministrazione delle società per azioni tra interesse sociale e interesse di gruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, 233 ss.

TRIPODI A.F., *La rilevanza penale delle condotte distrattive infragruppo*, in *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, a cura di N. Pisani, 2010, Torino, 170 ss.

VENAFRO E., *Commento all'art. 2634 c.c.*, in *Legislazione pen.* 2003, 517.

ZANNOTTI R., *Il nuovo diritto penale dell'economia. Reati societari e reati in materia di mercato finanziario*, II ed., Milano, 2008.