

GARANZIA E COLPA NEI GRUPPI SOCIETARI

di Rocco Blaiotta

Il lavoro si propone di analizzare la applicabilità delle categorie giuridiche della posizione di garanzia, della garanzia-competenza e della colpa nell'ambito della fenomenologia costituita dai gruppi societari. L'indagine parte dalla disciplina civilistica: la direzione ed il coordinamento, le regole istituzionali, la responsabilità. E proietta nel campo del diritto penale le diverse morfologie riscontrate nella prassi e la regolamentazione legale, al fine di coglierne le implicazioni nel giudizio di responsabilità relativo agli illeciti colposi.

SOMMARIO: 1. Temi. – 2. Fenomenologia. – 3. Disciplina. – 4. Regole istituzionali. – 5. Direzione e coordinamento: significati. – 5.1. Effettività e varietà. – 6. Responsabilità. – 7. Regolamentazioni. – 8. Complessità nella complessità. – 9. Causalità commissiva ed omissiva: responsabilità dei vertici. – 9.1. Causalità omissiva. – 10. Garanzia-competenza. – 11. Approdi giurisprudenziali per concludere.

1. Temi.

Gli studiosi e la giurisprudenza si sono da tempo occupati del tema della responsabilità penale nell'ambito delle organizzazioni complesse, che mostra peculiari difficoltà nel campo degli illeciti colposi¹.

Alcuni esiti appaiono conseguiti anche nella giurisprudenza delle Sezioni unite. In breve, ai fini di preliminare chiarificazione, occorre rammentare che l'espressione *posizione di garanzia* ha assunto un significato diverso ed aggiuntivo rispetto a quello desunto dall'art. 40 cpv c.p. relativo all'imputazione oggettiva nei reati commissivi mediante omissione. Essa riguarda tanto gli illeciti commissivi quanto quelli omissivi. Il nuovo significato intende definire la relazione tra lo svolgimento di una determinata attività, di uno specifico ruolo e la responsabilità connessa alla gestione del rischio pertinente, ancor prima che si apra l'indagine propriamente causale.

Lo scopo di tale innovazione è dichiaratamente selettivo. Si vuole limitare la indiscriminata forza espansiva del condizionalismo puro attingendo alla teoria del rischio, di cui si coglie un importante frammento: dall'evento si risale al rischio che vi si è realizzato ed all'agente competente alla sua gestione. Sinteticamente, si parla di criterio della competenza. Qui di seguito si parlerà di *garanzia-competenza* per denominare il criterio in questione.

¹ Da ultimo, sul tema, DE FRANCESCO (2020); GARGANI (2017), p. 508 ss.

Sebbene il criterio della *garanzia-competenza* abbia mostrato notevoli prestazioni nell'analisi della realtà, non manca la consapevolezza che gli aspetti relazionali della colpa e la complessità di istituzioni spesso grandiose, caratterizzate nella loro attività e nella organizzazione da procedure e regolamentazioni di vario genere che coinvolgono diversi plessi dell'apparato, ostacolano l'astratto ideale di una paradigmatica, lineare definizione di ruoli, competenze, responsabilità.

Questa situazione di indubbia difficoltà indica a chi si inoltri in questa scena di complicate relazioni l'itinerario di una paziente analisi, all'interno di ciascuna vicenda processuale, degli intrecci sia sul piano istituzionale che su quello personale: regole dell'organizzazione e condotte individuali. Posizione di garanzia e colpa costituiscono gli strumenti giuridici cui viene affidato l'ambizioso e forse impari compito di catalogare e qualificare le condotte nel giudizio di responsabilità.

Si tornerà su questi temi cui si è qui fatta menzione solo per introdurre gli interrogativi e le considerazioni cui qui ci si dedica. In breve, si vuol tentare d'intendere se il paradigma indicato risulti modificato, integrato o sostituito nell'ambito di una importante fenomenologia delle organizzazioni complesse: il gruppo di società.² Qui alle già indicate complessità se ne aggiunge una dovuta al fatto che il reticolo di relazioni si muove in una scena in cui figurano diversi soggetti giuridicamente distinti, ma avvinti da una relazione imbevuta di nessi organizzativi e finalistici.

2. Fenomenologia.

Quello dei gruppi societari è tema ampiamente studiato dalla dottrina civilistica ed assai meno da quella penalistica, per la semplice ragione che la materia è disciplinata dal codice civile per corrispondere ad esigenze tutte proprie di quel ramo dell'ordinamento. Dunque, non si può fare a meno di volgere lo sguardo a quel campo.

La fenomenologia, come è noto, è costituita da un modello organizzativo in cui diverse società, ciascuna con una propria identità giuridica, agiscono in modo coordinato e virtualmente unitario dal punto di vista economico ed imprenditoriale. Tale modello assume configurazioni operative di volta in volta differenti. Esso corrisponde ad esigenze ampiamente riconosciute dall'ordinamento che, tuttavia, si è limitato a disciplinare solo alcuni aspetti.

Il gruppo è, nel suo nucleo, caratterizzato dal fatto che ogni ente mantiene la propria identità ed autonomia giuridica, e quindi la propria responsabilità nei confronti dei creditori e dei soci; e che, nel contempo, alla autonomia giuridica si affianca la unitaria politica di gruppo. Il modello ha al vertice dell'organizzazione una società capogruppo che esercita in vario modo e con differenziata intensità il ruolo di governo unitario, indirizzando l'attività delle società eterodirette per dare coerente corpo finalistico alla compagine. Tale interazione tra diversi organismi, come si vedrà, pone

² Per accenti generali MILITELLO (1998), p. 366; SCAROINA (2006).

delicati problemi che riguardano soprattutto le responsabilità connesse agli esiti dannosi, nei confronti dei soci e dei creditori delle eterodirette, dell'attività di indirizzo posta in essere dalla capogruppo.

Questo intreccio di diversità giuridica ed unità economico-imprenditoriale ha condotto alla configurazione della discussa figura dell'interesse di gruppo, cui si farà un cenno più esteso nel prosieguo. L'espressione, come si vedrà, sembra evocare, senza tuttavia definirlo univocamente, il complessivo finalismo che muove e caratterizza la costruzione multisocietaria.

3. Disciplina.

Il legislatore ha esplicitamente ritenuto di non tentare una definizione del gruppo di società a causa della incessante evoluzione economica, giuridica e sociale del fenomeno³. Si è piuttosto individuata la mera situazione di fatto che incarna l'essenza della variegata fenomenologia in questione: la "direzione e coordinamento" evocata dall'intitolazione del capo IX del titolo V del libro V del codice civile novellato dal d. lgs. n. 6 del 2003⁴.

Vi è tra gli studiosi accordo sul fatto che tale attività è lecita, funzionale, si muove in uno spazio libero da regolamentazione legale, eccezion fatta per alcuni aspetti di disciplina della corretta gestione delle società controllate. Parimenti, è priva di rilievo la base giuridica dalla quale trae origine il potere di indirizzo. Pure consonanti sono le notazioni che pongono in luce le fisiologiche finalità del modello: si parla di coerenza, efficienza, sinergia, integrazione ecc.

La disciplina, in effetti, tace a proposito degli aspetti istituzionali, organizzativi del gruppo. Nulla si dice sulle regole nel rispetto delle quali esso dovrebbe formarsi ed operare, sulla individuazione degli interessi guida, sulle competenze e gli obblighi degli amministratori della capogruppo e delle controllate⁵. Anche se non manca chi individua nel Capo IX frammenti di disciplina di qualche interesse ai fini dell'individuazione indiretta di un abbozzo di regolamentazione generale. Da rimarcare subito, dunque, che

³ Il paragrafo 13 della Relazione Illustrativa allo Schema di decreto legislativo n. 6 del 2003, recante "Riforma organica della disciplina delle società di capitale e delle società cooperative", spiega che "all'art. 2497 si è innanzi tutto ritenuto non opportuno dare o richiamare una qualunque nozione di gruppo o di controllo, e per due ragioni: è chiaro da un lato che le innumerevoli definizioni di gruppo esistenti nella normativa di ogni livello sono funzionali a problemi specifici; ed è altrettanto chiaro che qualunque nuova nozione si sarebbe dimostrata inadeguata all'incessante evoluzione della realtà sociale, economica e giuridica. Sotto altro aspetto si è ritenuto che il problema centrale del fenomeno del gruppo fosse quello della responsabilità, in sostanza della controllante, nei confronti dei soci e dei creditori sociali della controllata. Per dare corretta impostazione e soluzione a questi problemi di responsabilità occorreva porre a base della disciplina il "fatto" dell'esercizio di attività di direzione e coordinamento di una società da parte di un diverso soggetto, sia esso una società o un ente, e la circostanza che l'azione fosse comunque riconducibile al perseguimento di un interesse imprenditoriale proprio o altrui, sebbene svolto in violazione dei corretti principi di gestione societaria".

⁴ SCOGNAMIGLIO (2003), p. 202; TOMBARI (2004), p. 62; GIORGIANNI (2005), p. 2753; GALGANO – SBISÀ (2014), p. 122; BIANCHI (2013), p. 428.

⁵ RONDINONE (2017), p. 207.

l'autonomia privata è libera di articolare l'organizzazione del gruppo in forme semplici oppure caratterizzate da una direzione penetrante.

La novella coglie temi attinenti alla responsabilità ed è focalizzata sulla tutela delle controllate, dei loro soci e dei loro creditori. Il fulcro è costituito dall'art. 2497 c.c. Le società che, esercitando attività di direzione e coordinamento, operano in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci delle controllate per il pregiudizio recato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società. Tale responsabilità è tuttavia esclusa quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento o integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette. Come si vede, tutto ruota attorno al danno ed alle situazioni che tale danno elidono in una chiave di ponderazione complessiva o per effetto di specifiche azioni di ristoro.

Tale disciplina, come è unanimemente riconosciuto, attua in forma condensata la teoria dei vantaggi compensativi. Si abbozza l'idea che possa prevalere l'interesse di gruppo a condizione che il pregiudizio subito dalla affiliata riceva compensazione.

La regolamentazione è completata da altre disposizioni. In breve. Sono previsti strumenti informativi sulla morfologia del gruppo e sulle regolazioni intercorse tra le sue componenti al fine di dare trasparenza alla compagine (art. 2497 *bis*). Vi è l'obbligo di motivazione delle decisioni delle controllate, quando influenzate dalla controllante (art. 2497 *ter*). Si definiscono le condizioni che possono determinare il diritto di recesso dei soci delle controllate (art. 2497 *quater*). Si tutela il patrimonio delle eterodirette (Art. 2497 *quinquies*). Si prevede che la direzione ed il coordinamento possano avvenire per disposizioni statutarie o per contratto (art. 2497 *septies*).

La disciplina è stata nel complesso valutata positivamente dalla dottrina civilistica; ed ha generato, naturalmente, un vasto dibattito di cui non è qui interessante dare conto. È tuttavia utile prender nota delle discussioni sul concetto di "interesse di gruppo", che esercita un importante ruolo nelle analisi teoriche; visto che l'espressione compare anche negli approdi della giurisprudenza penale. Da più parti è stato espresso il timore che si tratti di espressione vuota ed ambigua. Si considera che il gruppo non ha autonomia soggettiva mentre l'interesse, nel mondo del diritto, si rapporta tipicamente al grado di soddisfacimento dei bisogni di un soggetto. "L'interesse di gruppo rappresenta puramente un'ipostatizzazione, indicando in senso traslato, l'obiettivo della massimizzazione dei risultati complessivi di tutte le imprese componenti il gruppo". Inoltre l'attività di direzione e coordinamento non è affatto ispirata dall'interesse di gruppo bensì, in ultima analisi, dall'interesse patrimoniale della *holding*. Infine, l'interesse di gruppo non è necessariamente un interesse comune cui partecipa ciascuna impresa; ben potendosi verificare il caso di un'operazione vantaggiosa per il complesso ma pregiudizievole per una singola controllata⁶.

⁶ RONDINONE (2017), p. 237 ss.

4. Regole istituzionali.

Sebbene la disciplina del Capo IX sia sostanzialmente silente sugli aspetti organizzativi ed istituzionali del gruppo, diverse norme sparse enunciano alcuni importanti principi generali che si proiettano esplicitamente o implicitamente nel nostro campo ed aiutano il penalista a cogliere la trama delle relazioni che deve essere alla base della dogmatica della posizione di garanzia nel senso indicato all'inizio. Si tratta di norme – lo si anticipa – che hanno valenza organizzativa e coinvolgono precipuamente la funzione di controllo. È utile tentare una sintetica ricognizione.

L'art. 2381 c.c., dedicato ai ruoli del consiglio d'amministrazione e degli amministratori delegati, reca disposizioni di grande interesse. Vediamolo telegraficamente. Il CdA determina contenuto, limiti e modalità delle deleghe. Può impartire direttive ed avocare operazioni comprese nella delega. Valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile. Esamina i piani strategici, industriali e finanziari. Valuta il generale andamento della gestione. Gli organi delegati riferiscono al CdA ed al Collegio sindacale sull'andamento della gestione. Essi riferiscono pure sulle operazioni di maggior rilievo effettuate dalla società e dalle controllate: enunciato di grande importanza, collocato nel quinto comma dedicato alla adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile. D'altra parte gli amministratori sono tenuti ad agire in modo informato. E possono chiedere informazioni agli organi delegati.

Parallelamente l'art. 2403 *bis* prevede che il Collegio sindacale possa chiedere agli amministratori notizie sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari, anche con riferimento a società controllate; e possa scambiare informazioni con i corrispondenti organi delle controllate in merito ai sistemi di amministrazione e controllo ed all'andamento generale dell'attività sociale.

Ancora, l'art. 2409 prevede che i soci di minoranza possono denunciare al tribunale irregolarità nella gestione in grado di arrecare danno alla società o ad alcuna delle controllate. Allo stesso modo può agire il collegio sindacale.

Infine, a mente dell'art. 2428, la relazione sulla gestione riguarda anche le controllate.

Un fugace sguardo alla letteratura mostra che tale disciplina ha importanti, e forse non adeguatamente approfondite implicazioni sul piano che qui ci interessa e che riguarda la posizione di garanzia. Il nesso è stato colto precocemente quando si è affermato che l'amministratore "appare investito di una posizione di garanzia rispetto alla legalità dell'azione societaria". E ciò in un duplice senso: l'amministratore è il destinatario dei precetti che si rivolgono alla società; ed al contempo deve far sì che la società sia dotata di un'organizzazione intesa a limitare il rischio di violazioni di leggi o dell'atto costitutivo⁷. Tale esito, a seguito della riforma del 2003, è rapportato al criterio

⁷ MUCCIARELLI (2002), p. 219.

della adeguatezza dell'organizzazione al raggiungimento dello scopo di una complessiva conformità alla legge ed alle regole⁸.

Gli assetti organizzativi, che naturalmente includono i controlli interni, come si è visto, coinvolgono il CdA, gli amministratori delegati ed il collegio sindacale. L'organo collegiale si pone in posizione sovraordinata (*valuti*) rispetto a quello delegato cui compete la costruzione dell'assetto organizzativo (*curino*): si configura una funzione di alta supervisione, che implica una competenza di rilievo nell'organizzazione dei controlli interni, compreso quello di conformità. Tale ruolo si può anche esprimere in interventi correttivi e sostitutivi, ma non manca di valenze operative, di supervisione e di garanzia che possono essere liberamente articolate. Il ruolo dell'organo di vertice nella predisposizione di presidi di *compliance* ed in genere dei controlli interni è unanimemente riconosciuto dagli studiosi che si sono occupati della materia. Forse si può in breve parlare di informata supervisione critica sull'assetto organizzativo e gestionale da parte del CdA nei confronti degli amministratori delegati.

Si è tenuto per ultimo l'art. 6 del Decreto legislativo n. 231 che si occupa del controllo di conformità più pregnante, quello sull'osservanza della legge penale. Sebbene la disciplina si inserisca in un distinto sistema di regolamentazione afferente alla responsabilità dell'ente, essa trasmette un importante messaggio sulla dimensione organizzativa della legalità e sull'importante ruolo di un organismo indipendente che vigila e presidia l'autodifesa dell'istituzione. A scanso di equivoci: l'organismo di vigilanza è strumento interno al sistema della responsabilità "amministrativa" dell'Ente e non può essere traslato, senza snaturarlo, sul piano della responsabilità penale individuale. È tuttavia importante l'intreccio che anche qui emerge tra governo e vigilanza.

Il dato più interessante, da sottolineare vigorosamente, è che la configurazione istituzionale qui tratteggiata si proietta sulla disciplina del gruppo. Il legislatore, laconico quanto alla conformazione delle attività di direzione e coordinamento, è stato più incisivo per ciò che attiene al controllo, presumibilmente sul presupposto che questo campo fosse più idoneo a determinare l'applicazione di norme a carattere strutturale. Anche qui con la doverosa brevità: la sostanza è che, quale che sia la configurazione della *governance* del gruppo, la capogruppo non può disinteressarsi delle controllate, quantomeno per ciò che attiene alle "operazioni di maggior rilievo". In sintesi, sembra di poter cogliere una linea di transitività che proietta, ma in modo solo abbozzato, nel governo delle eterodirette le regole ed i principi espressi dall'art. 2381: un tema da approfondire nel prosieguo.

5. Direzione e coordinamento: significati.

La disciplina del gruppo ruota attorno all'espressione "direzione e coordinamento", sicché è utile qualche notazione esegetica alla ricerca degli elementi

⁸ SPOLLIDORO (2017), p. 193 ss.; BUONOCORE (2006) p. 5; MONTALENTI (2013), p. 3.

distintivi della fattispecie fattuale che è oggetto della regolamentazione. Il tema ha speciale interesse dal punto di vista penalistico. In molti casi di gruppi legali o contrattualizzati non sussistono dubbi circa l'esistenza della compagine. Le regole che strutturano il gruppo presentano interesse ai fini della definizione delle procedure e dei ruoli che consentono di individuare le posizioni di garanzia. Ma lo scenario mostra anche situazioni nelle quali il gruppo è una entità di mero fatto. Qui si insedia la necessità pratica di chiarificare il significato dell'espressione di cui si parla. Al riguardo la letteratura mostra diverse sfumate accezioni. Tuttavia non vi sono molti dubbi su alcune essenziali connotazioni. In particolare, l'idea di direzione implica lo svolgimento di una attività sistematica, costante: atti di indirizzo idonei ad incidere sulle decisioni gestorie dell'impresa, cioè sulle scelte strategiche ed operative di carattere finanziario, industriale, commerciale che attengono alla conduzione degli affari sociali. In breve, una non effimera influenza dominante. Si richiede una ingerenza incisiva e sistematica e non la semplice enunciazione di obiettivi generici o di condizionamenti episodici di atti gestionali delle società sottoposte⁹. Forse meno condiviso è il significato del termine *coordinamento* da qualcuno riferito a sinergie tra le diverse società ed altri invece al coordinamento tra i differenti interessi riferibili ai diversi soggetti giuridici. Ma si tratta – pare – di soluzioni interpretative non incompatibili ed anzi da integrare.

Per ciò che riguarda l'ambito nel quale l'attività di direzione e coordinamento fisiologicamente si esplica, un'opinione ritiene che essa si riferisca a tutte le funzioni di organizzazione e controllo delle eterodirette¹⁰. Ma è pure diffusa l'opposta tesi secondo cui rileva la sola attività d'indirizzo relativa alla gestione dell'impresa: finanza, vendite, acquisti ecc. Il tema è di grande importanza.

La prima tesi sembra decisamente preferibile. Si è osservato che anche gli adempimenti societari relativi all'organizzazione, compresa la conformazione delle funzioni di controllo interno, sono pur sempre destinate ad incidere sull'attività d'impresa di ciascuna società del gruppo. Dunque, non si può escludere che da non adeguati assetti organizzativi o da un negligente esercizio delle funzioni di controllo possano discendere conseguenze pregiudizievoli alla cui riparazione e prevenzione è preposta la regola di responsabilità di cui all'articolo 2497¹¹.

D'altra parte è sufficiente riandare a quanto si è esposto a proposito della disciplina che impone alla controllante di valutare e controllare l'attività delle altre società, quantomeno per ciò che riguarda le operazioni maggiori, per trarne la conclusione che tale supervisione non può prescindere dall'organizzazione della funzione di controllo, anche alla luce delle responsabilità che ne possono derivare. In particolare, l'art. 2403 *bis*, tratteggiando un collegio sindacale che si interessa dell'andamento delle operazioni sociali oltre che di affari determinati; e che scambia informazioni con i corrispondenti organi delle controllate sui sistemi di amministrazione e controllo oltre che sull'andamento generale delle stesse controllate, dice molto sul nesso di controllo che lega capogruppo ed eterodirette.

⁹ MONTALENTI (2007), p. 321; GALGANO – SBISÀ (2014), p. 108. BIANCHI (2013); RONDINONE (2017), p. 216.

¹⁰ NIUTTA (2004), p. 996; RONDINONE (2017), p. 218 ss.

¹¹ RONDINONE (2017), p. 220.

5.1. Effettività e varietà.

Quanto si è sin qui accennato a proposito del substrato fattuale e relazionale che caratterizza la direzione ed il coordinamento presenta interesse pure per un altro importante aspetto rilevante, condensato nel principio di effettività. Ai fini dell'esistenza del gruppo non è sufficiente la astratta, statica, possibilità di esercizio delle funzioni descritte, ma occorre l'esercizio effettivo e non occasionale del ruolo di indirizzo¹². Si tratta di un aspetto che si è affermato sia nella giurisprudenza civile che in quella penale ove ha un non trascurabile rilievo¹³.

Per tentare di condensare quanto si è sin qui esposto, si può concludere che la funzione di direzione e coordinamento, che incarna l'assetto societario in forma di gruppo, può avere diverse fonti, legali, statutarie, negoziali. Può anche manifestarsi come dato di mero fatto. Si caratterizza empiricamente nell'esercizio di una significativa e non contingente attività d'indirizzo da parte della capogruppo che copre o può coprire tutti gli aspetti gestionali, organizzativi e di controllo. L'ordinamento nulla dice sulle forme di tale attività che è dunque rimessa alla libera iniziativa dei soggetti coinvolti. Le uniche norme vincolanti riguardano l'obbligo di interessarsi alla regolarità gestoria delle controllate e di organizzare ed esperire forme di controllo commisurate alle peculiarità dell'intreccio tra capogruppo e società eterodirette. Si richiede come minimo un controllo focalizzato sulle operazioni più importanti e sul generale andamento gestorio. Ma nulla esclude che siano concepite articolazioni dei controlli interni di maggiore spessore.

Si tratta di una soluzione che trova riscontro nell'ambito di diversi gruppi che hanno elaborato ed attuato *compliance* di gruppo. Si tratta di scelta astrattamente libera, ispirata da obiettivi di risparmio, efficienza, vantaggi anche economici, patrimoniali e reputazionali determinati dalla minimizzazione di eventi pregiudizievoli.

Ciò che in conclusione preme di mettere in rilievo è che la funzione di direzione e coordinamento può fisiologicamente implicare un intervento polimorfo e penetrante

¹² TOMBARI (2010), p. 18.

¹³ Cass. 8 gennaio 2021, n. 24943, Castaldo, RV 281997: in tema di responsabilità per reati colposi d'evento commessi nell'ambito dell'attività di una società facente parte di un gruppo di imprese, in relazione all'evento che costituisce concretizzazione del rischio connesso all'attività esercitata direttamente da una società controllata, è configurabile la responsabilità dell'amministratore di diritto della società capogruppo, per l'esercizio colposo dei poteri di direzione e coordinamento, ove tali poteri, sulla base del reale assetto dei rapporti correnti tra la società capogruppo e le controllate, per il loro concreto contenuto, siano in grado di incidere sulla gestione del rischio affidata sul piano operativo alle società controllate. Nella giurisprudenza civile Cass. 7 ottobre 2019, n. 24943, Rv. 655621: in tema di responsabilità da attività di direzione e coordinamento ex art. 2497 c.c., ai fini della configurazione di un gruppo è certamente necessaria la presenza di più società, ma le formalità attinenti alla loro costituzione, come pure l'iscrizione e le altre forme di pubblicità previste dall'art. 2497-bis c.c., non hanno efficacia costitutiva del gruppo, per l'esistenza del quale non è neppure necessario che le società unitariamente controllate operino simultaneamente. Ciò che prevale è, invece, il principio di effettività, in virtù del quale assume rilievo la situazione di fatto esistente al momento dell'inizio, dello svolgimento e della cessazione dell'attività del gruppo.

nella attività e nell'organizzazione della controllata, insomma una ingerenza anche incisiva¹⁴.

D'altra parte, come pure si è accennato, tale coordinamento non implica un vincolo giuridico nei confronti della controllata, che conserva autonomia giuridica e quindi il potere di disattendere direttive che considera pregiudizievoli. Anche se è stato da più parti realisticamente ravvisato che, per effetto della relazione di cui si parla, l'autonomia giuridica e gestionale della controllata non è incondizionata¹⁵. In tali situazioni assume rilievo la specifica e concreta regolamentazione dell'attività infragruppo; che può andare, come si è accennato, da situazioni nelle quali la *holding* delega alle controllate le strategie operative, limitandosi a decisioni strategiche relative alle acquisizioni e dismissioni delle partecipazioni, a situazioni nelle quali l'autonomia della controllata è in varia misura ridotta e può essere limitata all'ordinaria amministrazione.

È chiaro che in questo intreccio tra autonomia giuridica della controllata ed ingerenza della capogruppo si agitano importanti interrogativi che riguardano i ruoli dei soggetti che agiscono in complicati snodi, che attendono di essere ponderati e qualificati alla stregua della metaforica unità di misura costituita dalla posizione di garanzia.

6. Responsabilità.

Attorno ai temi accennati si agitano anche vari problemi che riguardano gli aspetti di responsabilità, naturalmente (per ora) nell'ottica civilistica. Basti evocare l'art. 2409, comma 1 che, come si è visto, conferisce ai soci di minoranza della controllante il potere di agire in proprio anche a fronte del compimento di gravi irregolarità gestionali nelle controllate. Rileva soprattutto l'art. 2497, che consente di ipotizzare responsabilità degli amministratori esecutivi della *holding* qualora gravi irregolarità nella controllata derivino dall'esercizio abusivo dell'attività di direzione e coordinamento e quindi in primo luogo dalle direttive nei confronti delle controllate. Tali direttive sono in effetti lo strumento più caratteristico col quale si agisce il potere-dovere di amministrare le partecipazioni sociali.

Ma, come si è accennato, la responsabilità può ipotizzarsi pure in relazione alla configurazione degli assetti organizzativi e di controllo, compresa la conformazione delle funzioni di controllo interno (la *compliance* in primo luogo).

Carenze organizzative e soprattutto l'assenza di funzioni di controllo minimamente efficienti potrebbero innescare una deriva di illegalità, di conclamato malgoverno dei presidi cautelari pertinenti alle diverse sfere di rischio, da cui potrebbero derivare eventi dannosi, con le connesse responsabilità *ex art. 2497*, ma non solo. Vi è

¹⁴ SCOGNAMIGLIO (2003), p. 202.

¹⁵ MONTALENTI (2007), p. 334; GUERRERA (2009), p. 507.

infatti pure la prospettiva di eventi di rilievo penale: una scaturigine che è prossima ai temi della garanzia e della colpa, come si vedrà nel prosieguo.

Si tratta di conclusione aderente all'idea, già accennata, che la funzione di controllo è parte dell'attività di direzione e coordinamento. E d'altra parte tale funzione, come pure si è visto, fa idealmente capo anche (e soprattutto) al consiglio di amministrazione, nell'ambito del ruolo dialettico e di supervisione nei confronti degli amministratori delegati. È infatti comunemente riconosciuto tra gli studiosi che la predisposizione di presidi di *compliance* ed in genere dei controlli interni rientra nei compiti specifici degli organi di vertice.

La *compliance* di gruppo, come si è accennato, non è strettamente necessaria all'esercizio dei controlli di cui agli artt. 2381, commi 3 e 5, 2403 e 2403 *bis*, che riguardano le operazioni di rilievo. Tuttavia, come è stato considerato, andrebbe in ogni caso assicurato un corretto ed ordinato governo del gruppo, anche per ciò che riguarda la strutturazione dei controlli interni. Le eterodirette dovrebbero a loro volta assicurare l'assetto organizzativo in conformità al ruolo loro attribuito nell'ambito del gruppo¹⁶. Quali implicazioni si possano trarre sul piano delle responsabilità da tale doveroso assetto è tema da trattare nel prosieguo.

7. Regolamentazioni.

Gli spazi dell'autonomia privata nell'autorganizzazione del gruppo sono fortemente limitati nei settori vigilati¹⁷, nei quali si manifesta un preminente interesse alla stabilità della compagine e alla sua prudente gestione. A tal fine le autorità di vigilanza hanno suggerito ai gruppi creditizi, finanziari e assicurativi l'adozione di strumenti volti alla formalizzazione della direzione unitaria e dei processi decisionali. Ma anche in altri importanti settori si è spontaneamente prodotta una autonormazione volta a disciplinare razionalmente i rapporti tra i centri decisionali e organizzativi, nonché a procedimentalizzare le direttive e i flussi informativi. Si parla di codici di gruppo, di regolamenti di gruppo, di contratti di servizio infragruppo ecc. che in vario modo modellano e limitano l'autonomia delle controllate¹⁸.

In particolare nel settore creditizio le disposizioni di vigilanza della Banca d'Italia richiedono che la capogruppo doti il gruppo di un sistema unitario di controlli interni che incida sia sulle scelte strategiche del gruppo nel suo complesso, sia sull'equilibrio gestionale delle singole componenti. A livello di gruppo vanno anche stabilite e definite procedure formalizzate di coordinamento e collegamento tra le società per tutte le aree di attività. A tali fini l'organo con funzione di supervisione strategica della capogruppo approva un apposito documento di coordinamento del controllo nell'ambito del gruppo. Le funzioni aziendali di controllo della capogruppo devono presentare agli organi

¹⁶ GUERRERA (2012), p. 597 ss.

¹⁷ Sul tema RONDINONE (2017), p. 212 ss., note 47 e 48.

¹⁸ GALGANO (2005), p. 86 e s.; MONTALENTI (2007), p. 328; SCOGNAMIGLIO (2009), p. 778; TORCHIA (2017), p. 151.

aziendali relazioni per illustrare le verifiche effettuate, i risultati emersi, i punti di debolezza rilevati con riferimento oltre che alla capogruppo medesima, anche al gruppo bancario nel suo complesso; e devono proporre gli interventi da adottare per la rimozione delle carenze rilevate. L'organo con funzione di controllo della società capogruppo vigila anche sul corretto esercizio delle attività di controllo svolte dalla capogruppo sulle società del gruppo. D'altra parte, ciascuna società si deve dotare di un sistema dei controlli interni che sia coerente con la strategia e la politica del gruppo in materia.

Analogamente nell'ambito dei gruppi assicurativi le istruzioni dell'autorità di vigilanza prescrivono un penetrante sistema di controlli interni. Si richiede un insieme di regole, procedure e strutture organizzative. Si prefigura l'accentramento della funzione di *compliance* in una unità specializzata a condizione che in ciascuna impresa del gruppo sia individuato un referente che curi i rapporti con il responsabile della funzione di gruppo e siano adottate adeguate procedure per garantire che le politiche di gestione del rischio di non conformità definite a livello di gruppo siano adeguatamente calibrate rispetto alle caratteristiche operative della singola società¹⁹.

Meno penetrante, ed estremamente interessante in riferimento ai temi che qui interessano, è la regolamentazione espressa nel Codice di *corporate governance* delle società quotate²⁰. L'organo di amministrazione:

- Definisce le strategie della società e del gruppo e ne monitora l'attuazione.
- Valuta il generale andamento della gestione.
- Definisce il sistema di governo societario della società e la struttura del gruppo ad essa facente capo e valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società e delle controllate aventi rilevanza strategica, con particolare riferimento al sistema di controllo interno, tenendo conto degli spazi di autonomia offerti dall'ordinamento.
- Delibera in merito alle operazioni della società e delle controllate che hanno un significativo rilievo strategico, economico, patrimoniale o finanziario.
- Definisce le linee di indirizzo del sistema di controllo interno e ne valuta annualmente l'adeguatezza e l'efficacia, coordinando anche i flussi informativi tra i diversi soggetti coinvolti.

¹⁹ Ciascuna impresa del gruppo si deve dotare di un proprio sistema di controllo e gestione dei rischi e resta impregiudicata la responsabilità dell'organo amministrativo di ciascuna impresa relativamente alla propria *governance*, al sistema dei controlli interni e di gestione dei rischi. In particolare sono previste procedure formalizzate di coordinamento e collegamento anche informativo tra le società appartenenti al gruppo e la capogruppo in tutte le aree di attività; meccanismi di integrazione dei sistemi contabili; flussi informativi periodici; procedure di segnalazione; procedure che assicurino la coerenza tra i dati e le informazioni. Inoltre, la capogruppo deve garantire che la politica della gestione del rischio sia attuata in modo coerente e continuativo all'interno dell'intero gruppo tenendo conto dei rischi di ciascuna impresa, al fine di verificare la rispondenza dei comportamenti delle controllate agli indirizzi della capogruppo e l'efficacia dei sistemi di controllo interno. La *holding* si attiva affinché siano effettuati accertamenti periodici nei confronti delle società che compongono il gruppo.

²⁰ Il Codice è frutto di intesa tra ABI, ANIA, Assonime, Borsa italiana, ed Assogestioni.

Il comitato controllo e rischi, nel coadiuvare l'organo di amministrazione, tra l'altro valuta, nel caso di gruppi, l'omogeneità dei documenti contabili ai fini della redazione del bilancio consolidato.

Il *chief executive officer* dà esecuzione alle linee di indirizzo definite dall'organo di amministrazione, curando la progettazione, realizzazione e gestione del sistema di controllo interno, verificandone costantemente l'adeguatezza, l'efficacia e l'adattamento alla dinamica delle condizioni operative e del panorama legislativo e regolamentare.

Si tratta di una autoregolamentazione che sembra attentamente modellata sui tratti standard della direzione e coordinamento delineati dal codice civile. E pure qui non manca un vistoso accento sulla funzione di controllo (anche nei rapporti con le controllate), che a questo punto può essere ritenuta una componente importante anche all'interno del gruppo societario.

8. Complessità nella complessità.

Dopo le incursioni nell'ordinamento civile conviene tornare nell'arena domestica. L'approccio classico del diritto penale²¹ alle implicazioni connesse all'attività nei gruppi è ancorato all'idea che il ruolo di direzione e coordinamento non determini di per sé l'insorgenza di una posizione di garanzia *ex art. 40 capoverso c.p.* a carico di figure della capogruppo, correlata ad eventi illeciti verificatisi nelle controllate. Non si rinviene un organico obbligo di vigilanza in capo alla capogruppo proiettato nel perimetro delle controllate, dal quale possa trarsi l'obbligo di impedire l'evento. L'unica fonte della garanzia potrebbe essere semmai rinvenuta nell'ingerenza nella gestione della controllata. Profili di responsabilità possono delinearsi solo a fronte dell'individuazione di un definito centro d'imputazione collocato in seno alla *holding*.

Tale visione chiama problematicamente in causa precipuamente gli amministratori e le loro responsabilità. Per entrare *in medias res*: è l'esistenza di un obbligo di vigilanza che potrebbe coinvolgere gli organi di vertice nel ruolo di garanti e quindi candidarli alla responsabilità.

Il tema merita di essere riconsiderato alla luce del dibattito successivo alla novella del 2003 ed alle innovazioni che, come si è visto, incidono sulla responsabilità *ex art. 2497*, ma al contempo tenendo in conto l'intreccio tra controllante e controllate nel segno dell'informazione e della supervisione, nonché il farsi della funzione di controllo nella prassi.

Nelle organizzazioni complesse vi è un aspetto di classica complessità. Particolarmente nei reati colposi, l'esperienza giuridica mostra la presenza di numerosi attori a differenti livelli dell'organizzazione e con ruoli e competenze diverse. Si parla da tempo ormai di "parcellizzazione dei poteri" nei contesti organizzati²²; di "dominante collettiva", che complica l'ascrizione degli eventi²³.

²¹ PEDRAZZI (1996), p. 1794 s.; ALESSANDRI (2000), p. 94.

²² PALIERO (2000), p. 466.

²³ PIERGALLINI (2004), p. 301 ss.;

L'intreccio tra diverse figure è talora imposto dalla legge, tal altra dalla regolamentazione organizzativa della società. A tale ultimo riguardo occorre pure considerare che le attività organizzative, gestionali, di controllo e di spesa sono processualizzate, cioè codificate in rigide procedure interne che perseguono diversi scopi: uniformare e rendere virtuose le decisioni e le azioni, coinvolgere nei processi diverse sfere di competenza, segregare le diverse funzioni e frammentare le cadenze dell'azione, conferirle coralità in vista di una minimizzazione del rischio di eventi avversi determinati da irregolarità di diverso genere.

Questo stato delle cose, naturalmente, ostacola l'ideale accennato all'inizio di individuare una la figura competente in relazione ad una determinata attività ed al rischio connesso, e quindi candidata all'imputazione oggettiva dell'evento.

Questa complessità non esaurisce la sfera delle complicazioni. Nei gruppi la sfuggente trama delle relazioni, come si è accennato, si muove insidiosamente tra la indiscussa autonomia giuridica delle controllate e l'altrettanto fisiologica attività di governo da parte della *holding* che si caratterizza per ingerenze spesso penetranti. Questo contrastato connubio di autonomia e dipendenza sembra chiamare l'interprete al difficile compito di metter pace in quella che a prima vista parrebbe una vera e propria antinomia. La situazione, se possibile, diviene ancora più complicata nei gruppi multinazionali ove si intrecciano diverse fenomenologie e regolamentazioni²⁴. Il problema è che questa trama di indipendenza giuridica ed influenza gestionale, mentre è chiara sul piano descrittivo, è difficile da collocare all'interno delle coordinate della dogmatica penale.

Ma vi è una ulteriore peculiarità. Si è visto che la funzione di direzione e coordinamento si muove in uno spazio in larga misura libero da preconstituire regolamentazioni; e può essere costruita ed agita in modalità innumerevoli. Orbene, l'individuazione dello stile dell'aggregazione specifico di ciascun contesto si candida ad essere operazione preliminare in qualunque indagine sulla responsabilità che mostri aspetti di trasversalità. Si tratta, in breve, di cogliere le coordinate della *governance* del gruppo. Statuti, contratti di gruppo, regolamentazione legali servono. E serve pure, come si è visto, la considerazione dello stato di fatto delle relazioni. Tuttavia, questo non basta. Il fatto è che le interazioni protocollari che si sono viste in ambito societario si estendono alla relazione tra capogruppo e controllate. La *holding* spesso interagisce con le controllate con direttive ed altre iniziative formali che non riguardano solo cruciali atti decisori, scelte strategiche, ma si estendono alla regolamentazione tendenzialmente uniforme di molteplici profili organizzativi, gestionali e di controllo. Non solo. Vi sono procedure che coinvolgono direttamente sia la capogruppo che le eterodirette, come quando, ad esempio, la *holding* richiede di svolgere una supervisione o altra forma di interazione in una determinata categoria di processi. Le varianti sono innumerevoli. Ma la conclusione è che l'indagine di cui si parla non può limitarsi alla generica considerazione della forma della *governance*, ma deve scendere a cogliere le cadenze dell'interazioni all'interno della procedura che regola l'attività considerata, nella

²⁴ PIERGALLINI (2020), p. 152 ss.

speranza di rinvenirvi la trama delle relazioni tra gli apparati e tra le persone che vi agiscono. Questa trama di relazioni riguarda la garanzia *ex art. 40 cpv c.p.*, la *garanzia-competenza* nonché gli aspetti relazionali della colpa. Con la precisazione doverosa che si tratta di nessi che, nella maggior parte dei casi, non è possibile leggere nei termini della relazione eziologica condizionalistica ma piuttosto nei termini di una “influenza” nel contesto che ben si addice alla figura della cooperazione colposa.

Con questo bagaglio di esplorazioni e sperate chiarificazioni è il momento di entrare nella materia penale. I temi da affrontare riguardano: 1) la responsabilità omissiva *ex art. 40 cpv* dei vertici societari della capogruppo quali garanti *ex art. 40 c.p.*; 2) la *garanzia-competenza* delle persone coinvolte nell’intreccio infragruppo.

9. Causalità commissiva ed omissiva: responsabilità dei vertici.

L’idea che la presenza di diverse entità giuridiche costituisca un ostacolo ontologico alla transitività della responsabilità costituisce una semplificazione difficile da accettare. Scendendo subito sul tangibile piano di realtà, se l’organo amministrativo della capogruppo esprime una direttiva che riguarda la commercializzazione di un dispositivo pericoloso o di una sostanza lesiva, pare evidente che si tratti di una condotta attiva foriera di una palpabile influenza nella spiegazione di eventi avversi dovuti proprio alla realizzazione del rischio. Parimenti, se la capogruppo dispone che le controllate mettano mano con decisione alla lotta agli incendi, mettendo a disposizione le risorse finanziarie occorrenti (è il caso ThyssenKrupp) è altrettanto chiaro che è esclusa la possibilità di configurare l’imputazione di un evento drammatico a quel vertice.

Si è in presenza di processi decisionali a cascata che determinano i corrispondenti, distinti e logicamente autosufficienti ruoli sul piano dell’imputazione eziologica condizionalistica. La controllata ha autonomia giuridica. È chiamata ad attuare la direttiva ed ha quindi uno spazio di libertà di scelta. Opportunamente l’art. 2497 *ter* cod. civ. prevede che la decisione che attua la direttiva sia motivata. Ciò, come è naturale, favorisce la trasparenza delle relazioni ed ha un grande peso nell’emersione della distinta e non obbligata condotta attribuibile all’organo amministrativo della controllata. In questo scenario, in fin dei conti, non vi è alcuna deviazione rispetto al paradigma dell’imputazione oggettiva dell’evento colposo: non solo la direttiva che attiva ed indirizza, ma anche la determinazione della controllata che attua in una sfera di autonomia formalmente piena ma senza dubbio orientata.

9.1. Causalità omissiva.

Il discorso diventa assai più complicato per ciò che riguarda l’imputazione per omissione di condotte che avrebbero potuto evitare che in seno alle controllate si producesse l’evento illecito. Qui, per ciò che riguarda il vertice societario, senza scomodare la categoria della *garanzia-competenza* cui si farà cenno nel seguito, è sufficiente chiamare in campo il criterio normativo d’imputazione connesso all’obbligo

di impedire l'evento di cui all'art. 40 cpv c.p. L'interrogativo cruciale è se un obbligo del genere possa configurarsi nel campo di cui ci occupa.

Si è visto che in ambito civile la possibilità di ipotizzare un danno per effetto del difettoso esercizio dell'attività di direzione e coordinamento è plausibile. Nel campo del diritto penale le cose sono meno semplici. Nel contesto colposo di cui ci si occupa la condotta omissiva ipoteticamente rilevante chiama in campo, ma in modo altamente problematico, la costruzione dei sistemi di controllo interno e la supervisione o la vigilanza sulla loro efficace attuazione: in breve, temi di carattere organizzativo.

L'esperienza giuridica mostra tematizzazioni del genere nel campo del diritto penale del lavoro. Un accadimento puntiforme generato dalla violazione di una regola cautelare può essere fatto risalire verso la sfera di governo dell'organizzazione quando in essa si riscontrino carenze sistemiche che hanno avuto una palpabile incidenza sullo stato delle cose. Solitamente, in casi del genere entra in campo la colpa generica: si parla sistematica e non contingente assenza di vigilanza sullo svolgimento dell'attività operativa o di informazione sui rischi connessi. Si tratta di un approccio che diviene tanto meno plausibile quanto maggiore è la complessità dell'organizzazione e maggiore, quindi, la distanza tra l'attività di alta direzione e la contingente temperie nella quale la catena causale si è sviluppata. Tuttavia, la ipotizzabilità di tale risalita è realistica e corretta dal punto di vista dei principi, come testimoniato, ad esempio dal noto caso ThyssenKrupp nel quale una sciagurata scelta di minimizzazione della sicurezza si era tradotta in una serie di minuti frammenti eziologici riconducibili alle sfere della gestione, del controllo, dell'informazione. Va subito aggiunto, tuttavia, che si tratta di un caso alquanto straordinario, tanto che – come è noto – nel giudizio di merito era stata ritenuta la responsabilità dolosa dell'amministratore delegato. In linea di principio è ben difficile che da un deficit organizzativo possa inferirsi, con la certezza della causalità condizionalistica, la violazione di una specifica cautela in una contingenza determinata e la produzione di un evento avverso.

Molto più frequentemente l'evocazione dell'obbligo di vigilanza nella sfera organizzativa compare in giurisprudenza per attribuire al garante un ruolo totemico che evoca la figura della responsabilità di posizione. Si tratta di una distorsione cui nella stessa giurisprudenza si è tentato di ovviare con l'espressione "*alta vigilanza*" che in alcuni campi serve a chiarire che si tratta di una vigilanza non rivolta al singolo atto ma al complessivo andamento della gestione del rischio. .

Con questa consapevolezza di possibili distorsioni, occorre guardare alla configurazione della relazione di controllo tra capogruppo ed eterodirette. In breve, l'interrogativo sulla plausibilità di una risalita delle responsabilità richiede l'analisi del ruolo istituzionale della *holding* in senso ad uno specifico gruppo. Qui si possono delineare diversi scenari.

Il primo scenario è quello tratteggiato dal codice civile. Senza ripetersi è qui sufficiente richiamare che, come del resto testimoniato operativamente dal citato Codice di *corporate governance*, compete all'AD curare la realizzazione e la gestione del sistema di controllo interno, mentre il CdA definisce le linee di indirizzo del controllo interno e ne valuta l'adeguatezza e l'efficacia. Dunque, non propriamente un ruolo di vigilanza ma, lo si ripete, di informata supervisione critica.

Questa configurazione si riflette transitivamente, ma solo in parte, nella sfera delle relazioni con le controllate. Sono stati già indicati i frammenti di disciplina che, come ritenuto da molti studiosi, configurano un abbozzo di regolamentazione istituzionale focalizzata sulla funzione di controllo.

Questo microsistema, sembra, costruisce uno standard basico, non eludibile, di coinvolgimento nella sfera organizzativa delle controllate. Si richiede che, nel rispetto delle autonomie giuridiche, la *holding* esprima direttive sulla configurazione dei sistemi di controllo interno e ne verifichi l'attuazione. È quanto solitamente accade nella prassi ora codificata nell'autoregolamentazione delle società quotate. È (come minimo) la funzione di Audit della controllante che verifica il rispetto delle direttive, la correttezza metodologica dei controlli e la loro concreta attuazione. Nulla, naturalmente, che ricada nel merito di singoli accadimenti.

In tale configurazione non è possibile parlare di vigilanza ma solo di un ruolo di indirizzo e supervisione. Considerando le cose con lo sguardo della sensatezza, la responsabilità dei vertici della controllante potrebbe essere configurata solo nel caso estremo in cui l'attività rischiosa fosse esercitata in seno alla controllata in un modo completamente avulso dall'appropriato regime cautelare e ciò avvenisse in un regime di assenza di strumenti organizzativi e di controllo; e la situazione fosse accettata o comunque non ostacolata dalla capogruppo. Naturalmente, andrebbe dimostrato il nesso condizionalistico della causalità omissiva che, come è noto, attinge alla regola della sicura evitabilità dell'evento da dimostrare alla stregua della elevata probabilità logica del relativo ragionamento predittivo. Si tratterebbe, cioè, di dimostrare che direttive appropriate ed una accurata azione di verifica in ordine alla loro attuazione da parte della capogruppo avrebbe consentito di instaurare un regime di governo delle regole cautelari che avrebbe certamente evitato accadimenti del genere di quello verificatosi.

L'altro scenario è più complesso e variegato. Le relazioni tra le società sono più stringenti nell'ambito dei settori vigilati. Ancora, come pure si è già ricordato, gli spazi di libertà nella strutturazione della *governance* di gruppo consentono di immaginare innumerevoli assetti implicanti diversificate relazioni anche molto penetranti. Infine, come pure si è evidenziato, può essere non privo di interesse l'assetto fattuale della relazione, a prescindere dalla disciplina statutaria e regolamentare.

Orbene, in tutte tali situazioni per procedere nell'imputazione oggettiva dell'evento è richiesta la lettura della generale relazione di indirizzo e controllo che normalmente diverge dallo standard basico cui si è fatto cenno sopra ed assume configurazioni diversificate e più incisive. Qui la trama si infittisce. Come si è accennato, entrano in campo procedure, protocolli o semplicemente prassi che coinvolgono diversi dipartimenti, diversi agenti all'interno delle organizzazioni. Il diaframma tra controllante e controllate si assottiglia. Si instaurano procedure trasversali. La accennata difficoltà nel cogliere i ruoli dei diversi agenti tipica delle organizzazioni complesse si enfatizza. Questa complessità chiama in campo una nuova figura giuridica, un diverso strumento di analisi che qui piace denominare "*garanzia-competenza*".

9. Garanzia-competenza.

Come è noto, la distinzione tra reati commissivi ed omissivi ha un'enorme importanza per diverse ragioni: muta radicalmente, infatti, lo strumentario concettuale necessario ad articolare il giudizio sulla causalità e sulla colpa e soprattutto vi è una radicale diversità dei relativi ragionamenti probatori. Tuttavia, come si è accennato all'inizio, nel campo del diritto penale si assiste ad un fenomeno culturale radicato ma non sempre chiarito e tuttavia di notevole rilievo teorico ed applicativo: anche nell'ambito dei reati colposi commissivi si parla di "garante" per definire la sfera di responsabilità di un soggetto, così usando il termine in un significato più ampio e diverso rispetto a quello richiesto dall'art. 40 cpv. c.p.

Si tratta di un approccio che recepisce un importante frammento della teoria del rischio e si è rivelato particolarmente efficiente. Esso ci indirizza a definire distinte aree di rischio e distinte sfere di responsabilità affidate a soggetti portatori di competenze specifiche. La complessità di alcuni contesti organizzativi e la presenza di differenziate figure di soggetti investiti di ruoli gestionali autonomi a diversi livelli degli apparati suggeriscono di cogliere, già sul piano dell'imputazione oggettiva ed ancor prima di intraprendere il ragionamento causale, distinte sfere di responsabilità gestionale, separando le une dalle altre. Esse conformano e limitano l'imputazione dell'evento al soggetto che viene ritenuto "gestore" del rischio. Allora, si può dire, garante è il soggetto che gestisce il rischio. Di qui l'espressione *garanzia-competenza* che pare esprima bene, sia pure in forma semplificata, la novità di cui si parla.

Lo scrivente si è ripetutamente e convintamente dedicato a tale tema ²⁵, avendone constatata l'attitudine ad analizzare casi nei quali la giurisprudenza ha escluso il nesso di condizionamento evocando la vaga categoria dei fattori eccezionali sopravvenuti, ma in realtà facendo inconsapevole applicazione della teoria del rischio, appunto. Così, ad esempio, nel caso di abusiva introduzione notturna nel cantiere irregolare, si è distinto implicitamente tra rischio lavorativo e rischio da ingresso abusivo nella proprietà, sicché il datore di lavoro è stato ritenuto esente da responsabilità anche se aveva violato le prescrizioni antinfortunistiche. Oppure, si è esclusa la responsabilità del datore di lavoro quando il lavoratore ha tenuto un comportamento completamente esorbitante rispetto al rischio lavorativo tipico definito dalla lavorazione in corso. In breve, uno strumento concettuale efficace e riconosciuto per l'analisi delle relazioni causali, anche le più complesse. La figura della *garanzia-competenza* copre sia le situazioni riconducibili alla competenza in senso stretto, sia quelle nelle quali lo sviluppo causale mostra l'intervento di un fattore che pone un rischio nuovo o comunque eccentrico, esorbitante rispetto a quello nel quale il garante è istituzionalmente chiamato ad operare.

Naturalmente, l'idea di sfera di rischio da un lato limita la responsabilità, dall'altro la fonda nei confronti dell'agente che un contesto rischioso è chiamato a governare. Di qui l'interesse per le diverse posizioni di garanzia, per gli specifici ruoli dei protagonisti, per le diverse sfere di competenza: il criterio della competenza si è nei

²⁵ Volendo, BLAIOTTA (1997); ID. (2010), p. 151 ss.

fatti mostrato nella giurisprudenza più recente quale utile strumento per una razionale selezione delle sfere di responsabilità. Si tratta di un approdo che intende evitare il rischio di incongrua moltiplicazione delle imputazioni, particolarmente nelle grandi organizzazioni; con l'avvertenza, però, che la complessità del reale e la natura relazionale della colpa ostacolano, spesso a ragione, l'ideale e semplificato modello di compartimentazione delle responsabilità.

Tale ordine concettuale, come accennato, si è consolidato nella giurisprudenza di legittimità ed è stato infine fatto proprio dalle Sezioni unite²⁶. La Corte, nel riproporre i principi cui si è fatto cenno, ha preso atto che il termine *garante* viene ampiamente utilizzato nella prassi anche in situazioni nelle quali si è in presenza di causalità commissiva e non omissiva ed ha assunto un significato più ampio di quello originale di cui corre acquisire consapevolezza. Si è enfatizzata la necessità di limitare, separare le sfere di responsabilità in modo che il diritto penale possa realizzare la sua vocazione ad esprimere un ben ponderato giudizio sulla paternità dell'evento illecito. Si è affermata la centralità della teoria del rischio e della competenza per il rischio, che consente di distinguere le sfere di responsabilità. Tutto ciò può servire ad evitare l'indiscriminata, quasi automatica attribuzione dell'illecito a diversi soggetti. Tuttavia, vi è nella sentenza un importante *caveat*. Occorre guardarsi dall'idea ingenua che la sfera di responsabilità di ciascuno possa essere sempre definita e separata con una rigida linea di confine e che questa linea di confine crei la sfera di competenza e responsabilità di alcuno escludendo automaticamente quella di altri. Questo scenario ideale è ostacolato dall'intreccio di relazioni che sovente si riscontra nella prassi e che è caratteristico della fattispecie colposa: il carattere relazionale della colpa cui si è già fatto cenno.

La teoria di cui si sono tracciate in modo schematico le coordinate costituisce nel presente il paradigma cui la giurisprudenza attinge nel giudizio. E pare che non esista altro strumento per analizzare le situazioni di massima complessità presenti nei gruppi societari. Qui, come si è accennato, la complessità si enfatizza: non basta guardare alle coordinate organizzative di una società ma occorre pure cogliere le relazioni che la *governance* del gruppo definisce. Si è nel terreno in cui la capogruppo non si limita al ruolo basico, standard, tratteggiato dal diritto civile, ma intraprende fisiologicamente relazioni più incisive con le controllate. Si tratta di uno scenario dalle infinite variabili cui si è già fatto un cenno; sicché occorre solo aggiungere che l'indagine sui ruoli, sulle competenze, non può che rivolgersi da un lato alla configurazione delle procedure pertinenti al rischio che si è realizzato nell'evento e che rivelino tratti di trasversalità, e dall'altro all'effettivo atteggiarsi delle relazioni personali ed istituzionali alla stregua del principio di effettività. Essendosi in presenza di fattispecie colpose, c'è da aspettarsi di trovarsi alla presenza di agenti collocati in diversi snodi delle organizzazioni e con differenti ruoli. Resta da verificare se nella prassi vi siano echi di quanto sin qui proposto.

²⁶ Sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn.

11. Approdi giurisprudenziali per concludere.

Gli asseriti giurisprudenziali in tema di reati commessi all'interno di gruppi societari sono scarni e riferiti prevalentemente a reati fallimentari o societari: fattispecie lontane dal tema qui trattato. Se ne può inferire che l'amministratore della controllante assume la veste di amministratore di fatto della controllata solo quando eserciti poteri di direzione e coordinamento che si sostanzino in atti specificamente gestori di fasi o settori dell'attività limitando la autonomia della controllata e riducendo gli amministratori a meri esecutori materiali delle direttive impartite²⁷. Inoltre, la direzione e coordinamento che configura il gruppo di imprese richiede una concreta attività di direzione, nonché un centro unico di coordinamento delle attività ed un piano di azione imprenditoriale comune²⁸. Nulla di più.

Una analitica trattazione della materia si rinviene, invece, in una recente sentenza di legittimità²⁹ relativa al deragliamento di un convoglio di carri ferroviari contenenti sostanze infiammabili, che ha determinato un vasto incendio in cui hanno perso la vita numerose persone che si trovavano nelle loro abitazioni vicine alla sede ferroviaria. La sentenza mostra una vicenda di straordinaria complessità la cui analisi trascende i limiti di questa trattazione. Il dato che qui interessa è che gli addebiti hanno coinvolto, tra l'altro, amministratori di diverse società operanti all'interno del gruppo societario cui faceva capo il trasporto in questione. L'imputazione atteneva ai reati di disastro ferroviario colposo, incendio colposo ed omicidio colposo plurimo.

La sentenza, nell'affrontare il tema della responsabilità in ordine ad illeciti colposi nei gruppi societari attinge ai principi espressi anche dalle Sezioni unite, cui si è sopra fatto cenno. Si ritiene, quindi, che la chiave di volta per la soluzione dei problemi afferenti all'imputazione degli illeciti ruoti attorno al principio della competenza nella gestione del rischio.

Fatta tale premessa, si afferma che nel diritto vigente il fenomeno del gruppo di imprese ha assunto una peculiare rilevanza giuridica in corrispondenza della forza connotativa dell'interesse di gruppo e del particolare atteggiarsi dell'organizzazione, preordinata al raggiungimento degli obiettivi economici articolati tra più società collegate. L'unico indicatore certo dell'esistenza del gruppo è costituito dall'attività direzione e coordinamento: la direzione ordinata e programmata delle società controllante e delle controllate. Si tratta di attività che ha valenza solo sul piano delle finalità organizzative di impresa ma non pone alcun vincolo giuridico per gli amministratori delle controllate. Tuttavia l'autonomia giuridica "non fa velo alla unitarietà organizzativa del gruppo e al reale assetto dei rapporti correnti tra la capogruppo e le controllate. Nella dimensione penalistico è pur sempre necessario cogliere l'effettiva dinamica delle relazioni intersoggettive (che si danno tra persone fisiche)".

²⁷ Cass. 27 ottobre 2020, n. 36865, Cimatti, RV 280107.

²⁸ Cass. 6 marzo 2018, n. 31997, Vannini, Rv. 273635.

²⁹ Cass. 8 gennaio 2021, n. 24943, Castaldo, RV 281997.

Pertanto, si aggiunge, non vi è incompatibilità tra il delineato fenomeno e la titolarità in capo all'amministratore della capogruppo di una competenza inerente ad aree di rischio connesse alle attività di impresa. Ai fini della definizione di tale competenza va considerato il concreto contenuto dei poteri detenuti. Per quanto tali poteri si estrinsechino attraverso l'emanazione di direttive, quando essi siano esercitati in modo negligente imprudente o imperito e ciò abbia avuto efficacia causale nella verifica dell'evento risultano concretizzati i primi i presupposti della responsabilità colposa.

Insomma si tratta, per la Corte, di esercizio colposo dei poteri di direzione e coordinamento. Il quadro trasmoda nella amministrazione di fatto solo quando vi si sia in presenza di atti di diretta gestione delle controllate.

Nella specie, si afferma, sia è in presenza di poteri di diretto intervento che configurano un ruolo di cogestione particolarmente attraverso disposizioni di gruppo che definiscono le procedure per gli investimenti delle controllate espresse in esclusiva dalla capogruppo. Nel settore della sicurezza vi è poi il coinvolgimento nella gestione dei rischi propri delle controllate, anche con direttive che riguardano il decremento del fenomeno infortunistico. Ancora, lo statuto attribuisce alla capogruppo la gestione di aree di rischio anche in tema di sicurezza della circolazione e del lavoro, sovrapposta in parte alle aree gestite dalle controllate. Tutto ciò ha generato in seno alla capogruppo l'interpretazione indebitamente riduttiva dell'impegno cautelare dalla quale è discesa la mancata adozione della misura dell'acquisizione di informazioni attinenti alla storia manutentiva dei carri merci esteri circolanti in Italia. Tale deficit ha innescato la catena causale.

In breve, ai fini che qui interessano è cruciale l'enunciazione che la direzione e coordinamento non è incompatibile con la titolarità di una competenza gestoria, dovendosi guardare al reale assetto dei poteri attribuiti alla capogruppo.

L'analisi degli snodi argomentativi con cui la sentenza valuta le relazioni, i ruoli e le responsabilità dei protagonisti trascende i limiti e lo scopo di questo lavoro. Possono solo porsi alcune brevi chiose di carattere generale.

La sentenza evoca la forza connotativa dell'interesse di gruppo che, tuttavia non svolge alcun ruolo tecnico nella analisi giuridica. Si tratta, sembra, solo del lessico della tradizione che sfugge alle problematiche civilistiche che si sono accennate e che serve, in fin dei conti, a mettere in luce il tratto finalistico che avvince il gruppo.

Ben più interessante e pertinente il riferimento al criterio della competenza, al ruolo assunto dai diversi protagonisti. A tale riguardo la chiave di volta è costituita dal ruolo di cogestione interpretato dalla capogruppo, che viene ritenuto compatibile con l'attività di direzione e coordinamento che costituisce il tratto essenziale della fenomenologia in questione. Si delinea, quindi, l'incidenza delle mosse direttive della *holding* che, tuttavia, non fa velo alle autonome assunzioni di responsabilità in seno alle controllate.

Si tratta, pare, di un approccio metodologicamente obbligato alla luce di quanto si è sin qui esposto e degli asserti giurisprudenziali in tema di gestione del rischio. Tale approdo – tuttavia – traccia solo le coordinate per lo svolgimento dell'indagine. Da qui si diparte una ciclopica analisi di contingenze, di regole cautelari, di nessi tra le condotte

di numerosi agenti: eloquente testimonianza della difficoltà e della problematicità delle indagini afferenti ad illeciti colposi nei gruppi societari.

Bibliografia

ALESSANDRI, Alberto (2000), in AA. VV., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, (Bologna, Monduzzi).

BIANCHI, Luigi (2013): "Problemi in materia di direzione e coordinamento", *Riv. soc.*

BLAIOTTA, Rocco (1997): "La causalità giuridica alla luce della teoria del rischio", *Cass. pen.*

BLAIOTTA, Rocco (2010): "Causalità giuridica", (Torino, Giappichelli).

BUONOCORE, Vincenzo (2006) "Adeguatezza, precauzione gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile", *Giur. comm.* 2006.

DE FRANCESCO, Giovannangelo (2020): "Brevi riflessioni sulle posizioni di garanzia e sulla cooperazione colposa nel contesto delle organizzazioni complesse", *Leg. pen.*

GALGANO, Francesco (2005): "Il regolamento di gruppo nei reati societari", *Banca borsa*.

GALGANO, Francesco - SBISA', Giuseppe (2014): "Direzione e coordinamento di società", in *Comm. cod. civ. Scialoja, Branca, Galgano*, (Bologna, Zanichelli).

GARGANI, Alberto (2017): "Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive", *Riv. trim. dir. pen. ec.*

GIORGIANI, Francesco (2005): "La responsabilità nei gruppi", in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, (Milano, Giuffrè).

GUERRERA, Fabrizio (2012): "Autoregolamentazione e organizzazione del gruppo di società", *Riv. dir. comm.*

GUERRERA, Fabrizio (2009): "Compiti e responsabilità del socio di controllo", *Riv. dir. soc.*

MILITELLO, Vincenzo (1998): “Attività del gruppo e comportamenti illeciti: il gruppo come fattore criminogeno”, *Riv. trim. pen. ec.*

MONTALENTI, Paolo (2007): “Direzione e coordinamento nei gruppi societari principi e problemi”, *Riv. soc.*

MONTALENTI, Paolo (2013): “Corporate governance e sistema di controlli interni”, in AA. VV., *Corporate governance e sistema dei controlli nella spa*, (Torino, Giappichelli).

MUCCIARELLI, Francesco (2002): “*Primum observare*: le radici antiche della moderna corporate governance”, in *Governo dell’impresa e mercato delle regole. Scritti in onore di Guido Rossi*, (Milano, Giuffrè).

NIUTTA, Andrea (2004), “Sulla presunzione di esercizio dell’attività di direzione e coordinamento”, *Giur. Comm.*

PALIERO, Carlo Enrico (2000): “La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la “Parte Generale” di un Codice Penale dell’Unione Europea”, *Riv. it. dir. proc. pen.*

PEDRAZZI, Cesare (1996): “Dal diritto penale delle società al diritto penale dei gruppi: un difficile percorso”, in AA. VV., *I gruppi di società* (Milano, Giuffrè).

PIERGALLINI, Carlo (2004): “*Danno da prodotto e responsabilità penale*”, (Milano, Giuffrè).

PIERGALLINI, Carlo (2020): “Globalizzazione dell’economia, rischio-reato e responsabilità *ex crimine* delle multinazionali”, *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2020.

RONDINONE, Nicola (2017): “La compliance nel diritto dei gruppi di società”, in AA. VV., *La corporate compliance: una nuova frontiera per il diritto?*, (Milano, Giuffrè).

SCOGNAMIGLIO, Giuliana (2009): “Motivazione delle decisioni e governo dei gruppi”, *Riv. dir. civ.*

SCOGNAMIGLIO, Giuliana (2003): “Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003”, in AA.VV., *Profili e problemi dell’amministrazione nella riforma delle società*, (Milano, Giuffrè).

SCAROINA, Elisa (2006): “*Il problema del gruppo di imprese*”, (Milano, Giuffrè).

SPELLIDORO, Marco Valerio (2017): “La funzione di compliance nel governo societario”, in AA. VV., *La corporate compliance: una nuova frontiera per il diritto?*, (Milano, Giuffrè).

TORCHIA, Luisa (2017): *“La compliance di gruppo nei gruppi societari”* in AA. VV., *La corporate compliance: una nuova frontiera per il diritto?*, (Milano, Giuffrè).

TOMBARI, Umberto (2010): *Diritto dei gruppi di imprese*, (Milano, Giuffrè).

TOMBARI, Umberto (2004): *“Riforma del diritto societario e gruppi di imprese”*, *Giur. Comm.*