

The logo consists of three overlapping circles: a yellow one on the left containing the letter 'C', a green one in the middle containing 'J', and a blue one on the right containing 'N'.

CJN

# Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

---

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL  
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

1/2022

## EDITOR-IN-CHIEF

Gian Luigi Gatta

## EDITORIAL BOARD

*Italy:* Antonio Gullo, Guglielmo Leo, Luca Luparia, Francesco Mucciarelli, Francesco Viganò

*Spain:* Jaime Alonso-Cuevillas, Sergi Cardenal Montraveta, David Carpio Briz,

Joan Queralt Jiménez

*Chile:* Jaime Couso Salas, Mauricio Duce Julio, Héctor Hernández Basualto,

Fernando Londoño Martínez

## MANAGING EDITORS

Carlo Bray, Silvia Bernardi

## EDITORIAL STAFF

Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Emanuele Birritteri, Javier Escobar Veas,

Stefano Finocchiaro, Alessandra Galluccio, Elisabetta Pietrocarlo, Rossella Sabia,

Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali, Stefano Zirulia

## EDITORIAL ADVISORY BOARD

Rafael Alcacer Guirao, Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Coral Arangüena Fanego, Lorena Bachmaier Winter, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, Carolina Bolea Bardón, Manfredi Bontempelli, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Pedro Caeiro, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, Claudia Marcela Cárdenas Aravena, Raúl Carnevali, Marta Cartabia, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Federico Consulich, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Cristiano Cupelli, Norberto Javier De La Mata Barranco, Angela Della Bella, Cristina de Maglie, Gian Paolo Demuro, Miguel Díaz y García Conlledo, Francesco D'Alessandro, Ombretta Di Giovine, Emilio Dolcini, Jacobo Dopico Gomez Áller, Patricia Faraldo Cabana, Silvia Fernández Bautista, Javier Gustavo Fernández Terruelo, Marcelo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Gabriele Fornasari, Novella Galantini, Percy García Caveró, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Víctor Gómez Martín, José Luis Guzmán Dalbora, Ciro Grandi, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Máximo Langer, Juan Antonio Lascuráin Sánchez, Maria Carmen López Peregrín, Sergio Lorusso, Ezequiel Malarino, Francisco Maldonado Fuentes, Stefano Manacorda, Juan Pablo Mañalich Raffo, Vittorio Manes, Grazia Mannozi, Teresa Manso Porto, Luca Marafioti, Joseph Margulies, Enrico Marzaduri, Luca Maserà, Jean Pierre Matus Acuña, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Iván Meini, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Melissa Miedico, Vincenzo Militello, Fernando Miró Linares, Vincenzo Mongillo, Renzo Orlandi, Magdalena Ossandón W., Francesco Palazzo, Carlenrico Paliero, Michele Papa, Raphaële Parizot, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lorenzo Picotti, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Lucia Risicato, Mario Romano, María Ángeles Rueda Martín, Carlo Ruga Riva, Stefano Ruggeri, Francesca Ruggieri, Dulce María Santana Vega, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Paola Severino, Nicola Selvaggi, Rosaria Sicurella, Jesús María Silva Sánchez, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Inma Valeije Álvarez, Antonio Vallini, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, John Vervaele, Costantino Visconti, Javier Wilenmann von Bernath, Francesco Zacché

Editore Associazione "Progetto giustizia penale", c/o Università degli Studi di Milano,  
Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" - Via Festa del Perdono, 7 - 20122 MILANO - c.f. 97792250157  
ANNO 2022 - CODICE ISSN 2240-7618 - Registrazione presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011.  
Impaginazione a cura di Chiara Pavese

**Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale** è un periodico on line ad accesso libero e non ha fine di profitto. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione. La rivista, registrata presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011, è edita attualmente dall'associazione "Progetto giustizia penale", con sede a Milano, ed è pubblicata con la collaborazione scientifica e il supporto dell'Università Commerciale Luigi Bocconi di Milano, dell'Università degli Studi di Milano, dell'Università di Roma Tre, dell'Università LUISS Guido Carli, dell'Universitat de Barcelona e dell'Università Diego Portales di Santiago del Cile.

La rivista pubblica contributi inediti relativi a temi di interesse per le scienze penalistiche a livello internazionale, in lingua italiana, spagnolo, inglese, francese, tedesca e portoghese. Ogni contributo è corredato da un breve abstract in italiano, spagnolo e inglese.

La rivista è classificata dall'ANVUR come rivista scientifica per l'area 12 (scienze giuridiche), di classe A per i settori scientifici G1 (diritto penale) e G2 (diritto processuale penale). È indicizzata in DoGI e DOAJ.

Il lettore può leggere, condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista può essere citata in forma abbreviata con l'acronimo: *DPC-RT*, corredato dall'indicazione dell'anno di edizione e del fascicolo.

La rivista fa proprio il [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

La rivista si conforma alle norme del Regolamento UE 2016/679 in materia di tutela dei dati personali e di uso dei cookies ([clicca qui](#) per dettagli).

Ogni contributo proposto per la pubblicazione è preliminarmente esaminato dalla direzione, che verifica l'attinenza con i temi trattati dalla rivista e il rispetto dei requisiti minimi della pubblicazione.

In caso di esito positivo di questa prima valutazione, la direzione invia il contributo in forma anonima a due revisori, individuati secondo criteri di rotazione tra i membri dell'Editorial Advisory Board in relazione alla rispettiva competenza per materia e alle conoscenze linguistiche. I revisori ricevono una scheda di valutazione, da consegnare compilata alla direzione entro il termine da essa indicato. Nel caso di tardiva o mancata consegna della scheda, la direzione si riserva la facoltà di scegliere un nuovo revisore.

La direzione comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se entrambe le valutazioni sono positive, il contributo è pubblicato. Se una o entrambe le valutazioni raccomandano modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se uno o entrambi i revisori esprimono parere negativo alla pubblicazione.

La direzione si riserva la facoltà di pubblicare, in casi eccezionali, contributi non previamente sottoposti alla procedura di peer review. Di ciò è data notizia nella prima pagina del contributo, con indicazione delle ragioni relative.

I contributi da sottoporre alla Rivista possono essere inviati al seguente indirizzo mail: [editor.criminaljusticenetwork@gmail.com](mailto:editor.criminaljusticenetwork@gmail.com). I contributi che saranno ritenuti dalla direzione di potenziale interesse per la rivista saranno sottoposti alla procedura di peer review sopra descritta. I contributi proposti alla rivista per la pubblicazione dovranno rispettare i criteri redazionali [scaricabili qui](#).

**Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale** es una publicación periódica *on line*, de libre acceso y sin ánimo de lucro. Todas las colaboraciones de carácter organizativo y editorial se realizan gratuitamente y no se imponen a los autores costes de maquetación y publicación. La Revista, registrada en el Tribunal de Milan, en el n. 554 del 18 de noviembre de 2011, se edita actualmente por la asociación “Progetto giustizia penale”, con sede en Milán, y se publica con la colaboración científica y el soporte de la *Università Commerciale Luigi Bocconi* di Milano, la *Università degli Studi di Milano*, la *Università di Roma Tre*, la *Università LUISS Guido Carli*, la *Universitat de Barcelona* y la *Universidad Diego Portales de Santiago de Chile*.

La Revista publica contribuciones inéditas, sobre temas de interés para la ciencia penal a nivel internacional, escritas en lengua italiana, española, inglesa, francesa, alemana o portuguesa. Todas las contribuciones van acompañadas de un breve abstract en italiano, español e inglés.

El lector puede leer, compartir, reproducir, distribuir, imprimir, comunicar a terceros, exponer en público, buscar y señalar mediante enlaces de hipervínculo todos los trabajos publicados en “Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale”, con cualquier medio y formato, para cualquier fin lícito y no comercial, dentro de los límites que permite la licencia *Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia* (CC BY-NC 3.0 IT) y, en particular, debiendo mantenerse la indicación de la fuente, el logo, el formato gráfico original, así como el autor de la contribución.

La Revista se puede citar de forma abreviada con el acrónimo *DPC-RT*, indicando el año de edición y el fascículo.

La Revista asume el [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborado por el COPE (*Comitte on Publication Ethics*).

La Revista cumple lo dispuesto en el Reglamento UE 2016/679 en materia de protección de datos personales ([clica aquí](#) para los detalles sobre protección de la privacy y uso de cookies).

Todas las contribuciones cuya publicación se propone serán examinadas previamente por la Dirección, que verificará la correspondencia con los temas tratados en la Revista y el respeto de los requisitos mínimos para su publicación.

En el caso de que se supere con éxito aquella primera valoración, la Dirección enviará la contribución de forma anónima a dos evaluadores, escogidos entre los miembros del *Editorial Advisory Board*, siguiendo criterios de rotación, de competencia por razón de la materia y atendiendo también al idioma del texto. Los evaluadores recibirán un formulario, que deberán devolver a la Dirección en el plazo indicado. En el caso de que la devolución del formulario se retrasara o no llegara a producirse, la Dirección se reserva la facultad de escoger un nuevo evaluador.

La Dirección comunicará el resultado de la evaluación al autor, garantizando el anonimato de los evaluadores. Si ambas evaluaciones son positivas, la contribución se publicará. Si alguna de las evaluaciones recomienda modificaciones, la contribución se publicará después de que su autor la haya revisado sobre la base de los comentarios recibidos y de que la Dirección haya verificado que tales comentarios han sido atendidos. La contribución no se publicará cuando uno o ambos evaluadores se pronuncien negativamente sobre su publicación.

La Dirección se reserva la facultad de publicar, en casos excepcionales, contribuciones que no hayan sido previamente sometidas a *peer review*. Se informará de ello en la primera página de la contribución, indicando las razones.

Si deseas proponer una publicación en nuestra revista, envía un mail a la dirección [editor.criminaljusticenetwork@gmail.com](mailto:editor.criminaljusticenetwork@gmail.com). Las contribuciones que la Dirección considere de potencial interés para la Revista se someterán al proceso de *peer review* descrito arriba. Las contribuciones que se propongan a la Revista para su publicación deberán respetar los criterios de redacción (se pueden [descargar aquí](#)).



**Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale** is an on-line, open-access, non-profit legal journal. All of the organisational and publishing partnerships are provided free of charge with no author processing fees. The journal, registered with the Court of Milan (n° 554 - 18/11/2011), is currently produced by the association “Progetto giustizia penale”, based in Milan and is published with the support of Bocconi University of Milan, the University of Milan, Roma Tre University, the University LUISS Guido Carli, the University of Barcelona and Diego Portales University of Santiago, Chile.

The journal welcomes unpublished papers on topics of interest to the international community of criminal scholars and practitioners in the following languages; Italian, Spanish, English, French, German and Portuguese. Each paper is accompanied by a short abstract in Italian, Spanish and English.

Visitors to the site may share, reproduce, distribute, print, communicate to the public, search and cite using a hyperlink every article published in the journal, in any medium and format, for any legal non-commercial purposes, under the terms of the Creative Commons License - Attribution – Non-commercial 3.0 Italy (CC BY-NC 3.0 IT). The source, logo, original graphic format and authorship must be preserved.

For citation purposes the journal’s abbreviated reference format may be used: *DPC-RT*, indicating year of publication and issue.

The journal strictly adheres to the [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) drawn up by COPE (Committee on Publication Ethics).

The journal complies with the General Data Protection Regulation (EU) 2016/679 (GDPR) ([click here](#) for details on protection of privacy and use of cookies).

All articles submitted for publication are first assessed by the Editorial Board to verify pertinence to topics addressed by the journal and to ensure that the publication’s minimum standards and format requirements are met.

Should the paper in question be deemed suitable, the Editorial Board, maintaining the anonymity of the author, will send the submission to two reviewers selected in rotation from the Editorial Advisory Board, based on their areas of expertise and linguistic competence. The reviewers are provided with a feedback form to compile and submit back to the editorial board within an established timeframe. If the timeline is not heeded to or if no feedback is submitted, the editorial board reserves the right to choose a new reviewer.

The Editorial Board, whilst guaranteeing the anonymity of the reviewers, will inform the author of the decision on publication. If both evaluations are positive, the paper is published. If one or both of the evaluations recommends changes the paper will be published subsequent to revision by the author based on the comments received and verification by the editorial board. The paper will not be published should one or both of the reviewers provide negative feedback.

In exceptional cases the Editorial Board reserves the right to publish papers that have not undergone the peer review process. This will be noted on the first page of the paper and an explanation provided.

If you wish to submit a paper to our publication please email us at [editor.criminaljusticenetwork@gmail.com](mailto:editor.criminaljusticenetwork@gmail.com). All papers considered of interest by the editorial board will be subject to peer review process detailed above. All papers submitted for publication must abide by the editorial guidelines ([download here](#)).

<p>NOVITÀ NORMATIVE</p> <p><i>NOVEDADES NORMATIVAS</i></p> <p><i>NEW LEGISLATION</i></p>	<p><b>I delitti contro il patrimonio culturale nel Codice penale: prime riflessioni sul nuovo titolo VIII-bis</b></p> <p><i>Los delitos contra el patrimonio cultural en el Código Penal italiano: Reflexiones iniciales sobre el nuevo título VIII-bis</i></p> <p><i>Crimes Against Cultural Heritage in the Italian Criminal Code: Initial Reflections on the New Title VIII-bis</i></p> <p>Gian Paolo Demuro</p>	<p>1</p>
	<p><b>L'ultima frontiera della rifusione delle spese legali agli imputati assolti</b></p> <p><i>La última frontera del reembolso de las costas legales a las personas absueltas</i></p> <p><i>The Last Frontier of Legal Expenses' Reimbursement to Acquitted Defendants</i></p> <p>Elisa Grisonich</p>	<p>28</p>
<p>COSTITUZIONE</p> <p>E PRINCIPI: UNO</p> <p>SGUARDO OLTRE</p> <p>I CONFINI NAZIONALI</p>	<p><b>I rapporti tra costituzionalismo europeo e costituzionalismo nazionale</b></p> <p><i>Las relaciones entre el constitucionalismo europeo y el constitucionalismo nacional</i></p> <p><i>Relationships Between European Constitutionalism and National Constitutionalism</i></p> <p>Roberto Bartoli</p>	<p>44</p>
<p><i>CONSTITUCIÓN Y</i></p> <p><i>PRINCIPIOS: UNA MIRADA</i></p> <p><i>MÁS ALLÁ DE LOS CONFINES</i></p> <p><i>NACIONALES</i></p> <p><i>CONSTITUTIONS AND</i></p> <p><i>PRINCIPLES: A LOOK</i></p> <p><i>BEYOND DOMESTIC</i></p> <p><i>BORDERS</i></p>	<p><b>El principio de offensividad en la nueva Constitución chilena</b></p> <p><i>Il principio di offensività nella nuova Costituzione cilena</i></p> <p><i>The Harm Principle in the New Chilean Constitution</i></p> <p>Laura Mayer Lux – Jaime Vera Vega</p>	<p>63</p>
<p>IL PUNTO IN TEMA</p> <p>DI COLPA MEDICA</p> <p><i>CUESTIONES SOBRE</i></p> <p><i>IMPRUDENCIA MÉDICA</i></p> <p><i>THE POINT ON MEDICAL</i></p> <p><i>MALPRACTICE</i></p>	<p><b>La responsabilità per “colpa medica” a cinque anni dalla legge Gelli-Bianco</b></p> <p><i>La responsabilidad penal por “imprudencia médica” a cinco años de la ley Gelli-Bianco</i></p> <p><i>Responsibility For “Medical Malpractice” Five Years After the Gelli-Bianco Law</i></p> <p>Fabio Basile – Pier Francesco Poli</p>	<p>79</p>

<p>CRIMINALITÀ D'IMPRESA E MISURE DI PREVENZIONE</p> <p>CRIMINALIDAD DE EMPRESA E MEDIDAS DE PREVENCIÓN</p> <p>ECONOMIC CRIME AND PREVENTATIVE MEASURES</p>	<p><b>Prevenire il condizionamento criminale dell'economia: dal modello ablatorio al controllo terapeutico delle aziende</b></p> <p><i>Prevenir la influencia criminal en la economía: del modelo ablativo al control terapéutico de las empresas</i></p> <p><i>Preventing the Criminal Influence of the Economy: From the Ablation Model to the Therapeutic Control of Companies</i></p> <p>Anna Maria Maugeri</p>	<p>106</p>
	<p><b>Tentativi di aggressione alle risorse pubbliche. Il rafforzamento del sistema di prevenzione antimafia</b></p> <p><i>Intentos de ataque a los recursos públicos. El refuerzo del sistema de prevención antimafia</i></p> <p><i>Attempted Attacks on Public Resources. The Strengthening of the Anti-Mafia Prevention System</i></p> <p>Teresa Bene</p>	<p>162</p>
	<p><b>Contrastare lo sfruttamento del lavoro attraverso gli strumenti della prevenzione patrimoniale: "Adelante con juicio"</b></p> <p><i>Lucha en contra de la explotación laboral a través de las herramientas de prevención patrimonial: "Adelante con juicio"</i></p> <p><i>Combating the Exploitation of Labour through the Tools of Patrimonial Prevention: "Adelante con Juicio"</i></p> <p>Andrea Merlo</p>	<p>173</p>
<p>REATI TRIBUTARI E STRUMENTI DI CONTRASTO</p> <p>DELITOS TRIBUTARIOS E INSTRUMENTOS PARA CONTRARRESTAR EL FENÓMENO</p> <p>TAX CRIMES AND LAW ENFORCEMENT TOOLS</p>	<p><b>I reati tributari nel 'catalogo 231'. Un nuovo (ma imperfetto) strumento di contrasto alla criminalità d'impresa</b></p> <p><i>Los delitos tributarios en el "catálogo 231". Un nuevo (pero imperfecto) instrumento de lucha en contra de la criminalidad empresarial</i></p> <p><i>Tax Crimes in the '231 Catalogue'. A New (But Imperfect) Tool to Fight Corporate Crime</i></p> <p>Francesco Mucciarelli</p>	<p>195</p>
	<p><b>Oltre il <i>nullum crimen sine confiscatione</i> per i reati tributari: dai problemi della moltiplicazione alle soluzioni del coordinamento</b></p> <p><i>Más allá del nullum crimen sine confiscatione en los ilícitos tributarios: De los problemas de multiplicación a las soluciones de coordinación</i></p> <p><i>Beyond the Nullum Crimen Sine Confiscatione Regarding Tax Offenses: From the Problems of Multiplication to the Solutions of Coordination</i></p> <p>Carlotta Verucci</p>	<p>213</p>

<p>GRUPPI SOCIETARI E RESPONSABILITÀ PENALE</p> <p>GRUPOS EMPRESARIALES Y RESPONSABILIDAD PENAL</p> <p>CORPORATE GROUPS AND CRIMINAL LIABILITY</p>	<p><b>Garanzia e colpa nei gruppi societari</b></p> <p><i>Posición de garante e imprudencia en los grupos societarios</i> <i>Position of Guarantee and Negligence in Corporate Groups</i></p> <p>Rocco Blaiotta</p>	<p>232</p>
<p>QUESTIONI DI DIRITTO PROCESSUALE</p> <p>CUESTIONES DE DERECHO PROCESAL</p> <p>CRIMINAL PROCEDURE ISSUES</p>	<p><b>Responsabilità della capogruppo e corruzione internazionale: un'occasione di riforma?</b></p> <p><i>La responsabilidad de la empresa matriz y corrupción internacional: ¿Una oportunidad de reforma?</i> <i>Parent Company's Liability and Foreign Bribery: An Opportunity to Reform?</i></p> <p>Sebastiano Zerbone</p>	<p>248</p>
<p>QUESTIONI DI DIRITTO PROCESSUALE</p> <p>CUESTIONES DE DERECHO PROCESAL</p> <p>CRIMINAL PROCEDURE ISSUES</p>	<p><b>In nome di una ingiustizia non (ancora) riparata. Commento a Corte cost., sent. 23 novembre 2021 - 13 gennaio 2022, n. 2</b></p> <p><i>En nombre de una injusticia no reparada (todavía). Comentario a la sentencia de la Corte Constitucional, de fecha 23 de noviembre de 2021 - 13 de enero de 2022, n° 2</i> <i>In the Name of an Injustice Not (Yet) Redressed. Commentary on Corte Cost., Sentence 23 November 2021 - 13 January 2022, No. 2</i></p> <p>Michele Caianiello – Enrico Al Mureden</p>	<p>266</p>
<p>QUESTIONI DI DIRITTO PROCESSUALE</p> <p>CUESTIONES DE DERECHO PROCESAL</p> <p>CRIMINAL PROCEDURE ISSUES</p>	<p><b>Rimessione obbligatoria alle Sezioni unite: il “precedente all’italiana” in ottica comparata</b></p> <p><i>Remisión obligatoria a las Salas unidas del Tribunal Supremo: El “precedente a la italiana” en perspectiva comparada</i> <i>Mandatory Referral to the Joined Chambers of the Supreme Court: “Precedent Italian Style” from a Comparative Perspective</i></p> <p>Michela Miraglia</p>	<p>278</p>



GRUPPI SOCIETARI E RESPONSABILITÀ PENALE  
*GRUPOS EMPRESARIALES Y RESPONSABILIDAD PENAL*  
*CORPORATE GROUPS AND CRIMINAL LIABILITY*

232 **Garanzia e colpa nei gruppi societari**

*Posición de garante e imprudencia en los grupos societarios*  
*Position of Guarantee and Negligence in Corporate Groups*  
Rocco Blaiotta

248 **Responsabilità della capogruppo e corruzione internazionale: un'occasione di riforma?**

*La responsabilidad de la empresa matriz y corrupción internacional: ¿Una oportunidad de reforma?*  
*Parent Company's Liability and Foreign Bribery: An Opportunity to Reform?*  
Sebastiano Zerbone

# Garanzia e colpa nei gruppi societari

## *Posición de garante e imprudencia en los grupos societarios*

## *Position of Guarantee and Negligence in Corporate Groups*

ROCCO BLAIOTTA

*Professore a contratto di Diritto penale del lavoro nella LUISS Guido Carli in Roma  
rblaiotta@luiss.it*

COLPA, NESSO CAUSALE,  
GRUPPI SOCIETARI

CULPA, NEXO CAUSAL,  
GRUPOS CORPORATIVOS

NEGLIGENCE, CAUSATION,  
CORPORATE GROUPS

---

### ABSTRACTS

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.

El trabajo se propone analizar la aplicabilidad de las categorías jurídicas de la posición de garante, de la competencia del garante, y de la culpa en el ámbito de los grupos societarios. El artículo parte de la disciplina civil: la dirección y la coordinación, las reglas institucionales, la responsabilidad. Sucesivamente, se proyectan al campo del derecho penal las distintas formas existentes en la praxis y la regulación legal, con el fin de comprender sus implicaciones en el análisis de la responsabilidad relativa a los delitos imprudentes.

The paper analyses the legal notions of position of guarantee, guarantee-competence and negligence within the phenomenon of corporate groups. The analysis starts from corporate law: direction and coordination, institutional rules, liability. Then the different practical and legal morphologies are examined from a criminal law standpoint, in order to understand their implications in the assessment of negligence-based offences.

## 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 colposi<sup>1</sup>.

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 capoverso cod. pen. 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.

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.<sup>2</sup> 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

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

<sup>2</sup> Per accenti generali MILITELLO (1998), p. 366; SCARONA (2006).

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 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 fenomeno<sup>3</sup>. 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 2003<sup>4</sup>.

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 e operare, sulla individuazione degli interessi guida, sulle competenze e gli obblighi degli amministratori della capogruppo e delle controllate<sup>5</sup>. 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 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 cod. civ. 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.

<sup>3</sup> 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 occorre 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".

<sup>4</sup> SCOGNAMIGLIO (2003), p. 202; TOMBARI (2004), p. 62; GIORGIANNI (2005), p. 2753; Galgano - SBISÀ (2014), p. 122; BIANCHI (2013), p. 428.

<sup>5</sup> RONDINONE (2017), p. 207.

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 controllata<sup>6</sup>.

## 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 cod. civ., 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.

<sup>6</sup> RONDINONE (2017), p. 237 ss.

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 costitutivo<sup>7</sup>. Tale esito, a seguito della riforma del 2003, è rapportato al criterio della adeguatezza dell'organizzazione al raggiungimento dello scopo di una complessiva conformità alla legge ed alle regole<sup>8</sup>.

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 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

<sup>7</sup> MUCCIARELLI (2002), p. 219.

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

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 sottoposte<sup>9</sup>. 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 eterodirette<sup>10</sup>. 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 2497<sup>11</sup>.

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 stese controllate, dice molto sul nesso di controllo che lega capogruppo ed eterodirette.

## 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 indirizzo<sup>12</sup>. Si tratta di un aspetto che si è affermato sia nella giurisprudenza civile che in quella penale ove ha un non trascurabile rilievo<sup>13</sup>.

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

<sup>9</sup> MONTALENTI (2007), p. 321; GALGANO e SBISÀ (2014), p. 108. BIANCHI (2013); RONDINONE (2017), p. 216.

<sup>10</sup> NIUTTA (2004), p. 996; RONDINONE (2017), p. 218 ss.

<sup>11</sup> RONDINONE (2017), p. 220.

<sup>12</sup> TOMBARI (2010), p. 18.

<sup>13</sup> 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.

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 nella attività e nell'organizzazione della controllata, insomma una ingerenza anche incisiva<sup>14</sup>.

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 incondizionata<sup>15</sup>. 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 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. 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

<sup>14</sup> SCOGNAMIGLIO (2003), p. 202.

<sup>15</sup> MONTALENTI (2007), p. 334; GUERRERA (2009), p. 507.



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 gruppo<sup>16</sup>. 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 vigilati<sup>17</sup>, 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 proceduralizzare 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 controllate<sup>18</sup>.

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 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 società<sup>19</sup>.

Meno penetrante, ed estremamente interessante in riferimento ai temi che qui interessano, è la regolamentazione espressa nel Codice di *corporate governance* delle società quotate<sup>20</sup>. 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

<sup>16</sup> GUERRERA (2012), p. 597 ss.

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

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

<sup>19</sup> 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.

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

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.

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 penale<sup>21</sup> 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 cod. pen. 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 organizzati<sup>22</sup>; di "dominante collettiva", che complica l'ascrizione degli eventi<sup>23</sup>.

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 corallità 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

<sup>21</sup> PEDRAZZI (1996), p. 1794 s.; ALESSANDRI (2000), p. 94.

<sup>22</sup> PALIERO (2000), p. 466.

<sup>23</sup> PIERGALLINI (2004), p. 301 ss.

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 regolamentazioni<sup>24</sup>. 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 precostituire 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 decisorii, 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 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 capoverso, 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 dei vertici societari della capogruppo quali garanti ex art. 40 capoverso cod. pen.; 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 deviazio-

<sup>24</sup> PIERGALLINI (2020), p. 152 ss.

ne 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 capoverso cod. pen. 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 coinvolgi-

mento 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*".

## 10. **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., cod. pen.

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<sup>25</sup>, avendone con-

<sup>25</sup> Volendo, BLAIOTTA (1997), Id. (2010) p. 151 ss.

statata 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 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 unite<sup>26</sup>. 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 basilico, 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.

<sup>26</sup> Sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn.

## 11. **Approdi giurisprudenziali per concludere.**

Gli asserti 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 impartite<sup>27</sup>. 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 comune<sup>28</sup>. Nulla di più.

Una analitica trattazione della materia si rinvia, invece, in una recente sentenza di legittimità<sup>29</sup> 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)".

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'emaneazione 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 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 gestione 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 informa-

<sup>27</sup> Cass. 27 ottobre 2020, n. 36865, Cimatti, RV 280107.

<sup>28</sup> Cass. 6 marzo 2018, n. 31997, Vannini, Rv. 273635.

<sup>29</sup> Cass. 8 gennaio 2021, n. 24943, Castaldo, RV 281997.

zioni 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 gestione 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 - SBISÀ, 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.*

GIORGIANNI, 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”, 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.

SPOLLIDORO, 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.*



Diritto Penale Contemporaneo

R I V I S T A   T R I M E S T R A L E

---

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL  
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

<http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu>