

anno 36° / 1991

luglio-agosto 1991 fascicolo 4°

spedizione in abbonamento postale - gruppo 4° - 70%

RIVISTA DELLE SOCIETÀ

fondata da Tullio Ascarelli



direttori:

Giuseppe Auletta - Alberto Crespi

Piergaetano Marchetti - Luigi Mengoni

Ariberto Mignoli - Guido Rossi - Bruno Visentini

ESTRATTO



dott. A. Giuffrè editore - Milano

GIOVANNI PAOLO ACCINNI

Profili penali del conflitto di interessi nei gruppi di società

SOMMARIO: 1. Il conflitto di interessi nei gruppi di società. — 2. La responsabilità penale degli amministratori *ex art.* 2631 c.c. e la responsabilità civile *ex art.* 2391 c.c. — 3. Il conflitto di interessi come delitto di infedeltà senza offesa. — 4. L'orientamento giurisprudenziale: realizzazione del « proprio » interesse sociale in forma « mediata » e « indiretta » nelle affermazioni della giurisprudenza civile e obbligo di « correttezza formale » secondo la giurisprudenza di merito penale. — 5. « Fine di trarre un ingiusto profitto per sé od altri », nel delitto di appropriazione indebita, ed interesse in conflitto con quello della società « per conto proprio o di terzi », nel delitto di conflitto di interessi. — 6. *Segue*: i differenti indirizzi, in sede penale, della giurisprudenza di merito rispetto alle decisioni del giudice di legittimità. — 7. Limiti e contraddizioni delle affermazioni della interpretazione « formale »: la natura oggettiva della situazione di conflitto. — 8. Finalità della norma e rapporto tra situazioni di conflitto e di danno. — 9. « Realtà » della situazione di conflitto e possibilità di danno per la società amministrata: il secondo comma dell'art. 2631 c.c. — 10. Interesse della società e del gruppo e giudizio di esistenza della situazione di conflitto. — 11. La rappresentazione della situazione di conflitto ai fini dell'integrazione dell'elemento soggettivo doloso. — 12. La proposta di soppressione della normativa attuale e la ridefinizione del concetto di interesse sociale e della nozione di pregiudizio: omogeneità di interesse delle società del gruppo ed effettività del conflitto di interessi come idoneità a causare danno alla società.

1. Il problema centrale di ogni disciplina dei gruppi di imprese è quello della tutela degli azionisti « esterni » al gruppo e dei creditori, i quali, appuntando le loro aspettative sulla situazione economica di una singola affiliata possono vedere lese tali aspettative da una politica volta a favorire altri settori del complesso. È questa una caratteristica derivante dal fatto che il fenomeno del gruppo di imprese è di natura economica e come tale si fonda sul caratteristico fine dell'impresa di massimizzare i propri profitti: la società partecipante persegue, per mezzo della sua partecipazione (influenza dominante), i propri interessi di impresa, i quali non

coincidono necessariamente con gli interessi dell'altra società (partecipata o soggetta a direzione unitaria) ⁽¹⁾ e dei suoi azionisti (e creditori).

Il gruppo, come insieme di più imprese giuridicamente distinte, ma formanti un unico soggetto economico, mira, proprio in quanto tale (unico), attraverso lo strumento della direzione unitaria svolta dalla capogruppo, ad un coordinamento e ad una finalizzazione delle diverse attività delle società figlie (società operative), affinché queste rientrino nella politica di gruppo, a vantaggio della stessa. È proprio questa contrapposizione: pluralità di soggetti giuridici, unità di soggetto economico, la ragione di efficienza del gruppo come strumento di concentrazione economica ⁽²⁾.

Il mantenimento della personalità giuridica e della responsabilità ed autonomia patrimoniale di ciascuna società appartenente al gruppo consente ad ognuna di queste di apportare e contemporaneamente di conservare la propria fisionomia, immagine di mercato, capacità di raccolta di credito, ecc. ⁽³⁾, e di limitare ragionevolmente il rischio economico del socio imprenditore detentore del capitale di comando e dell'azionariato minore interessato al gruppo, rappresentando, al contempo, uno strumento capace di ampliare la possibilità di raccolta di mezzi finanziari di rischio e di prestito e di agevolazioni finanziarie di carattere pubblico, accrescendo, altresì, mediante una struttura multidivisionale e decentrata, la capacità di rinnovazione delle imprese.

Per gli azionisti con interessi patrimoniale « esterni » alla società, dun-

⁽¹⁾ La dottrina ha ben chiarito che le due nozioni di controllo e di gruppo non sono coincidenti (cfr. JAEGER, *I « gruppi » tra diritto interno e prospettive comunitarie*, in *Giur. comm.*, 1980, I, p. 918 s.; ABEADESSA, *I gruppi di società nel diritto italiano*, in *I gruppi di società*, a cura di PAVONE LA ROSA, 1982, p. 103; GALGANO, *Le società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale*, 1984, p. 160 s.; ed, in particolare, FERRI, *Concetto di controllo e di gruppo*, in *Disciplina giuridica del gruppo di imprese*, 1982, p. 670: il controllo contrattuale e soprattutto il controllo azionario sono lo strumento attraverso il quale può darsi origine ad un gruppo, ma il vero elemento giustificativo di una considerazione unitaria dello stesso risiede non nel controllo, ma nell'accentramento gestionale determinato dalla direzione unitaria. Cfr. PAVONE LA ROSA, *La responsabilità da controllo nei gruppi di società*, in questa *Rivista*, e in *Controllo e gruppo nella fenomenologia dei collegamenti societari*, in *Dir. fall.*, 1985, I, p. 10s., il quale ha autorevolmente rilevato che « finché la società si avvale dei suoi poteri istituzionali di socio e non esercita influenza diversa da quella che tali poteri consentono, non si ha « gruppo », ma semplice rapporto di controllo ».

⁽²⁾ Per un approfondimento dei vantaggi in termini di flessibilità e di efficienza economica che la matrice stessa del gruppo comporta cfr. LA ROCCA, *L'aspetto direzionale della grande impresa. La direzione di gruppo divisionale*, 1984; per un approfondimento dei vantaggi di natura finanziaria, PETIX, *Aspetti della gestione finanziaria dei gruppi*, 1979.

⁽³⁾ PETIX, *op. cit.*, p. 11s.

que, la partecipazione alla stessa si pone come momento di una politica imprenditoriale rivolta ad obiettivi « trascendenti », la cui realizzazione può richiedere che l'interesse della singola società sia sacrificato a vantaggio di un'altra impresa del gruppo, o del gruppo nel suo complesso. Per questi ultimi la partecipazione alla società si pone non come affare a sé, ma come momento di una politica imprenditoriale di gruppo, con la conseguente propensione a privilegiare l'interesse di questo.

Diversamente gli azionisti di minoranza (ai quali per comunanza di interessi si affiancano i creditori delle società del gruppo), che appuntano i propri interessi sulla singola società della quale sono soci.

Il problema che si pone è dunque quello di contemperare questi opposti interessi, individuando una soluzione che, se da un lato tuteli in modo soddisfacente le ragioni di azionisti di minoranza e creditori sociali, dall'altro non paralizzi l'attuazione di qualsiasi politica di gruppo (*).

In questo quadro la responsabilità degli amministratori delle società del gruppo si pone come strumento (†) per contemperare gli interessi di questo, nonché dei soci di minoranza (« esterni » al gruppo) e dei creditori.

È a questo fine che la legge prevede a carico degli amministratori due obblighi generali di comportamento: di amministrare con diligenza (art. 2392, 1° e 2° co., c.c.) e di perseguire l'interesse sociale, ovvero di non agire in conflitto di interessi (artt. 2390, 2391, 2392, 2373 e 2409 c.c.), ai quali l'intera attività degli stessi deve conformarsi (‡). Nella conduzione della società il limite che la discrezionalità degli amministratori incontra nel valutare l'opportunità o meno circa il compimento e l'omissione delle operazioni concernenti la conduzione degli affari sociali è dato dall'obbligo di agire con diligenza ed in assenza di situazioni di conflitto di interessi. È proprio il riconoscimento agli amministratori di una discrezionalità

(*) Salvo ritenere i gruppi di società un fenomeno da disincentivare: ma allora, probabilmente, altri e diversi dovrebbero essere gli strumenti di intervento.

(†) Unitamente alla sentita esigenza di « trasparenza » del gruppo sotto forma di informazione e pubblicità dei vincoli di partecipazione e della gestione delle società del gruppo (rapporti contrattuali interni allo stesso) di per sé incapace di porre fine ad ogni abuso e risolvere tutti i problemi connessi ad una situazione di gruppo. Cfr. PAVONE LA ROSA, « Gruppi » di imprese ed informazioni societaria, in *L'informazione societaria*, 1982, p. 1115s.; COLOMBO, *L'informazione societaria e gruppi di società*, ivi, p. 669s.

(‡) Sull'obbligo degli amministratori di società appartenenti ad un gruppo di perseguire l'interesse delle società da essi amministrate cfr. ABBADESSA, *op. cit.*, p. 121; COLOMBO, *op. cit.*, p. 681 e le critiche mosse a questa affermazione da MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, in *Contratto e Impresa*, 1986, p. 763s.

non sindacabile nella scelta dei mezzi più idonei per il raggiungimento del fine perseguito, che, a fronte dell'obbligo di questi di perseguire l'interesse sociale, ha determinato il legislatore a non imporre agli amministratori un obbligo funzionale di perseguire l'interesse sociale, il cui contenuto risulterebbe in concreto indeterminabile (¶), ma a limitarsi a fissare un limite « esterno » e « negativo » alla loro azione, stabilendo l'obbligo di non agire in conflitto di interessi.

Con riferimento ad una situazione di gruppo di società le difficoltà nascono dalla circostanza che gli amministratori di una società del gruppo sono chiamati a rispettare al contempo l'obbligo di agire nell'interesse della propria società e l'esigenza ad esso contrastante, allorché i due interessi (della società e del gruppo) non coincidano, della politica del gruppo.

2. La fondamentale ragione che le norme disciplinanti le situazioni di conflitto di interessi sottolineano, con riferimento ad una situazione di gruppo di imprese, nell'individuare un'equilibrata composizione delle contrapposte esigenze tra gli interessi del gruppo e di ciascuna società ad esso appartenente — capace di tutelare queste e di rendere gli amministratori responsabili non già per il solo fatto di aver attuato la direzione unitaria di gruppo, ma per averne concretamente abusato a danno di azionisti di minoranza e creditori di quelle — è stata già lucidamente colta da chi ha per primo osservato « come la disciplina del conflitto di interessi e il tema dei gruppi di società giacciono su piani diversi e che non si sovrappongono, pur intersecandosi »; ed « inserita nello schema egualitario del codice, quella disciplina è diretta a regolare, nella assemblea o nell'organo amministrativo, la formazione della volontà sociale su particolari oggetti, in rapporto ai quali, in via contingente ed accidentale, un membro del consiglio si venga a trovare appunto in una situazione di titolarità di un interesse confliggente con quello della società. L'istanza che è alla base della disciplina dei gruppi fa perno per contro sul rilievo del carattere costante e permanente assunto dalla situazione di conflitto nel fenomeno di gruppo, derivando qui tale situazione da una qualità professionale del soggetto, o più propriamente, trattandosi di società, dallo scopo istituzionale dell'ente » (¶).

(¶) JAEGER, *L'interesse sociale*, 1964, p. 205, e BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, 1985, p. 211.

(§) D'ALESSANDRO, *La nuova disciplina dei gruppi di società*, in AA.VV., *La disciplina dei gruppi di società nella « novella » del 1974*, 1978, p. 185-6; GAMBINO, *I gruppi in Italia alla luce del progetto di IX direttiva*, in *Giur. Comm.*, 1987, I, p. 5.

L'istituto del conflitto di interessi, così come previsto dal codice civile, è posto con riferimento ad un interesse personale, episodico e particolare, non invece in riferimento ad un interesse permanente, facente capo ad una persona imprenditrice, come è quello di gruppo. Ne consegue la sua insufficienza: per difetto, come si avrà modo di argomentare in seguito e, per quanto interessa ora anticipare, per eccesso. Se applicato con rigore, infatti, l'istituto del conflitto di interesse renderebbe illegittimo qualsiasi tentativo della società capogruppo di imporre la propria direzione unitaria, traducendosi in un ostacolo « eccessivo » ed « ingiustificato », paralizzante qualsiasi politica di gruppo ⁽⁹⁾.

Con particolare riferimento alla responsabilità penale la difficoltà è accresciuta dalla differente formulazione della norma incriminatrice rispetto alla norma civile, con le possibili differenti interpretazioni che potrebbero conseguire.

L'art. 2391 c.c. prevede, ai primi due commi, che « l'amministratore, che in una determinata operazione ha, per conto proprio o di terzi, interesse in conflitto con quello della società, deve darne notizia agli altri amministratori e al collegio sindacale, e deve astenersi dal partecipare alle deliberazioni riguardanti l'operazione stessa. In caso di inosservanza, l'amministratore risponde delle perdite che siano derivate alla società dal compimento dell'operazione. »

La dottrina civilistica ha chiarito come la legge non abbia riguardo ad una situazione meramente formale. Le disposizioni del primo comma degli art. 2373 c.c. (situazione analoga a quella in discussione si verificerebbe infatti anche nell'assemblea, nella quale pure la società capogruppo verrebbe a trovarsi in una situazione di conflitto ⁽¹⁰⁾) e 2391 c.c. non possono

⁽⁹⁾ Cfr. in questo senso GAMBINO, *op. cit.*, p. 5; MARZIALE, *Considerazioni sul nuovo testo di proposta di IX direttiva CEE relativa ai gruppi di società*, in AA.VV., *Lo statuto dell'impresa*, atti del convegno svoltosi a Milano in data 21 giugno 1985, 1986, p. 199; FLICK, *Gruppi e monopolio nella nuova prospettiva del diritto penale*, in questa *Rivista*, 1988, p. 478.

⁽¹⁰⁾ Sulla funzione e le condizioni di applicabilità della fattispecie di cui all'art. 2373 c.c. nei gruppi di società si rinvia a GALGANO, *Circolazione delle partecipazioni azionarie all'interno dei gruppi di società*, in *Contratto e Impresa*, 1986, p. 357s; GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, 1987, p. 179s; PREITE, *Il conflitto di interesse del socio tra codice e disciplina del mercato mobiliare*, in questa *Rivista*, 1988, p. 361s. (in particolare, pp. 401-7); SPADA, *L'amministrazione della società per azioni tra interesse sociale ed interesse di gruppo*, in *Riv. d. civ.*, 1989, p. 233s. Secondo questo ultimo Autore, il conflitto di interessi dell'amministratore si profilerebbe come « riflesso » del conflitto di interessi del socio-società controllante; vi sarebbe conflitto dell'amministratore alle medesime condizioni alle quali conflitto vi sarebbe per la controllante in assemblea. Il prin-

essere considerate avulse dalle disposizioni del secondo comma dell'art. 2391 c.c. ⁽¹¹⁾ che ne integrano e precisano il contenuto.

In base a queste ultime disposizioni l'impugnativa della delibera (dell'assemblea o del consiglio) non è data per il solo fatto che sia stata presa con il concorso del voto determinante del socio o dell'amministratore in posizione di conflitto, ma quando, verificandosi quest'ultima ipotesi, possa recar danno alla società. Come è stato esattamente sottolineato « l'invalidità della deliberazione, come conseguenza dell'invalidità del voto, non è in funzione (...) della sola posizione di conflitto, ma è in funzione di un elemento ulteriore, e cioè della deviazione che per effetto della posizione di conflitto concretamente si è determinata nell'esercizio del diritto di voto da parte del socio o da parte dell'amministratore e che ha portato ad una deliberazione potenzialmente dannosa per la società. Dal che si desume che la legge non inibisce al socio o all'amministratore di esercitare il diritto di voto solo perché esso, assumendo una duplice veste, quella di organo della società e quella di strumento della politica di gruppo, sia portatore di due interessi che eventualmente possano non coincidere, ma inibisce al socio o all'amministratore di esercitare concretamente il voto per la realizzazione di un interesse diverso da quello della società e con esso contrastante » ⁽¹²⁾.

All'amministratore (o al socio) non è dunque inibito di esercitare il diritto di voto solo in quanto portatore di due interessi distinti ed eventualmente non coincidenti, ma di esercitare il voto per la realizzazione di un interesse concretamente diverso da quello della società e con esso contrastante. Ne consegue che l'amministratore non potrà essere ritenuto civilmente responsabile, non solo, ovviamente, allorquando l'operazione da

cipio dovrebbe operare in maniera univoca: sia postulando la ricorrenza della situazione di conflitto in capo all'amministratore, benché ne manchino i presupposti con riguardo alla sua persona, se vi è conflitto per la società controllante, sia, dall'altro lato, escludendo la medesima situazione in capo allo stesso, benché ne ricorrano i presupposti con riguardo alla sua persona, se non vi è conflitto per la società controllante. È evidente l'inapplicabilità di questo principio in sede penale, poiché in manifesto contrasto con il principio di personalità della responsabilità.

⁽¹¹⁾ V. art. 2373 c.c.: « la deliberazione del consiglio, qualora possa recar danno alla società, può entro tre mesi dalla sua data, essere impugnata dagli amministratori assenti o dissenzienti e dai sindaci se, senza il voto dell'amministratore che doveva astenersi, non si sarebbe raggiunta la maggioranza richiesta. In ogni caso sono salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esercizio della deliberazione ».

⁽¹²⁾ FERRI, *Le Società*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di F. Vassalli, 1987, p. 1016.

deliberare realizza entrambi gli interessi (della società e del gruppo), ma anche allorché il sacrificio che derivi alla società in seguito all'operazione, sia compensato dal fatto che la società stessa venga concretamente a beneficiare dei vantaggi che derivano dalla realizzazione dell'interesse del gruppo, grazie alla (o in ragione della) sua appartenenza ad esso, essendo così realizzati entrambi gli interessi, in assenza di una reale divergenza con potenzialità di danno per la società. Il solo limite che si oppone alla realizzazione della politica di gruppo — secondo questa interpretazione — è che la stessa non deve danneggiare gli azionisti di minoranza e i creditori delle società del gruppo ⁽¹⁵⁾.

La difficoltà risiede dunque nella dimostrazione che non sussista possibilità di danno, e quindi di conflitto: insussistenza che potrà considerarsi verificata quante volte il possibile nocumento alla società sia compensato dai vantaggi che alla società derivano dalla sua appartenenza al gruppo, per la partecipazione al vantaggio che deriva dalla realizzazione dell'altro interesse.

L'esistenza della situazione di conflitto deve così essere verificata nel concreto dei singoli casi e richiede un'indagine sulle effettive condizioni dell'operazione, ed in particolare sull'adeguatezza del corrispettivo ricevuto dalla società, la cui valutazione, che fuori da una situazione di gruppo può non presentare particolari difficoltà, allorché esistano per l'operazione compiuta prezzi più o meno determinabili, si presenta più complessa (al-

⁽¹⁵⁾ FERRI, *op. cit.*, p. 1016-7: « Fin quando vi è coincidenza tra l'interesse del gruppo e delle singole società, nulla vieta che entrambi questi interessi siano realizzati. E questa coincidenza (...), deve affermarsi non soltanto nell'ipotesi in cui l'operazione singola congiuntamente realizza entrambi questi interessi, ma anche nell'ipotesi in cui, pur sacrificandosi un interesse all'altro, questo trovi un corrispettivo nella partecipazione al vantaggio che deriva dalla realizzazione dell'altro interesse. Questa situazione si verifica nell'ipotesi di controllo totalitario della società. (...) Si tratta di interessi privati che rimangono nella disponibilità dei loro titolari. Il sacrificio diventa rilevante nel caso in cui in una o più società controllata vi siano azionisti estranei al gruppo, perché in questo caso il sacrificio è soltanto di questi, mentre degli altri, cioè degli azionisti del gruppo, è il vantaggio corrispettivo. Ed è appunto tale sacrificio ciò che non può essere imposto, avvalendosi della posizione di controllo ». Sostanzialmente conf. GALGANO, *Circolazione*, cit., p. 364 e 366, sia pur correttamente e fondamentalmente precisando che l'opinione riportata non è condivisibile nella misura in cui ignora l'interesse dei creditori. Cfr. SCOTT-CAMUZZI, *Le società con unico azionista come fenomeno tipico del gruppo societario*, in questa *Rivista*, 1986, p. 465s.; SPADA, *op. cit.*, p. 239, secondo il quale la disciplina del conflitto di interessi nei gruppi di società sarebbe a servizio dei soci « esterni » e non dei creditori, i quali troverebbero la loro tutela (allo stato del diritto positivo e per insoddisfacente che essa sia) nel regime della responsabilità degli amministratori per violazione delle norme sull'integrità del patrimonio (art. 2394 c.c.), eventualmente propagate alla società capogruppo ed ai suoi amministratori.

l'interno di questa situazione) in quanto deve tener conto della circostanza che le possibili condizioni di favore, accordate in una o più operazioni, possono trovare contropartita in altre, in cui il vantaggio è in direzione inversa, o trova una sua giustificazione in particolari circostanze date dai rapporti tra le due società ⁽¹⁴⁾. Al giudice spetterà in concreto il compito di verificare l'adeguatezza del corrispettivo e quindi la sussistenza o meno del conflitto, dovendo egli ritenere civilmente responsabili gli amministratori qualora le operazioni da questi compiute con altre società del gruppo, non ricevano un'adeguata controprestazione ⁽¹⁵⁾, così risolvendosi in una concreta possibilità di danno per la società amministrata.

È la stessa formulazione testuale della norma civile, dunque, che nell'interpretazione della dottrina civilistica, consente ed impone un'interpretazione ed un'applicazione non meramente formale della medesima.

Diversamente sembrerebbe potersi argomentare dal dato testuale della norma penale. Le maggiori difficoltà nascono dal fatto che l'art. 2631 c.c. sembra disporre che, nelle deliberazioni consiliari, il voto sia vietato all'amministratore o agli amministratori portatori per conto di terzi (ossia della società capogruppo) di un interesse particolare in contrasto con l'interesse delle singole società da essi amministrate, anche se il contrasto di interessi trovi una composizione nell'eliminazione della possibilità di danno per la società: la testé ricordata norma incriminatrice punisce invero « l'amministratore che, avendo in una determinata operazione per proprio conto o di terzi un interesse in conflitto con quello della società, non si astiene dal partecipare alla deliberazione del consiglio relativa all'operazione stessa », disponendo al capoverso una più grave sanzione per l'ipotesi che « dalla deliberazione sia derivato un pregiudizio alla società ».

La norma potrebbe sembrar imporre all'amministratore di astenersi dal partecipare alla deliberazione del consiglio su operazioni in relazione alle quali costui abbia per conto proprio o di terzi un interesse in conflitto con quello della società, anche in assenza di un'effettiva possibilità di pregiudizio alla società alla cui amministrazione è preposto; ove poi quest'ultimo venisse a verificarsi la sanzione sarebbe aggravata, comportando anche la pena detentiva della reclusione. Dalla lettura del primo comma, dunque, il divieto potrebbe sembrare penalmente sanzionato anche in assenza della possibilità di danno per la società amministrata, con la conse-

⁽¹⁴⁾ COLOMBO, *cit.*, p. 681 e BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di S.p.A.: giurisprudenza attuale e prospettive*, in *Giur. comm.*, 1986, I, p. 420s.

⁽¹⁵⁾ BONELLI, *op. ult. cit.*, p. 420-3.

guenza che, qualora questa risultasse l'interpretazione corretta, la sanzione penale potrebbe scattare, in presenza di una situazione di gruppo, con estrema e non sempre giustificata facilità, compromettendo qualsiasi tentativo di perseguimento di una politica di gruppo, e dunque, in ultima istanza, facendo venir meno la ragione stessa e quindi disincentivando la costituzione di questo fenomeno di concentrazione economica ⁽¹⁶⁾.

3. In effetti la disposizione di cui all'art. 2631 c.c. è oggetto di differenti interpretazioni e se l'orientamento prevalente individua lo scopo della norma in quello di « evitare che l'amministratore, venendo meno ai doveri di fedeltà e di diligenza impostigli, possa far prevalere, in seno all'organo deliberante, interessi estranei a quelli della società » ⁽¹⁷⁾, sono i fautori di quello stesso indirizzo ad aggiungere immediatamente che poiché la norma stessa « mira preliminarmente alla tutela della correttezza formale nelle deliberazioni, si è attribuito rilievo anche ai casi di partecipazione al voto in una decisione che si riveli poi vantaggiosa altresì per la società » ⁽¹⁸⁾.

Ne discenderebbe che saremmo in presenza di un'ipotesi di reato di pericolo presunto che identifica il conflitto di interessi come delitto di infedeltà senza offesa. Il concreto verificarsi di un pregiudizio per la società, a seguito del voto, costituirebbe soltanto una circostanza aggravante ⁽¹⁹⁾ alla quale deve ricollegarsi l'applicazione della pena detentiva.

« La ragione del punire — si è autorevolmente scritto — si rivela sufficientemente chiara. L'amministratore deve agire nell'interesse sociale perché così impone l'obbligo di fedeltà conseguente all'avvenuta accettazione della carica: si vuole pertanto evitare — quale effetto di fondo — che

⁽¹⁶⁾ MIGNOLI, *Interesse di gruppo*, cit., p. 372.

⁽¹⁷⁾ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, 7^a ed. 1990, p. 467, 6^a ed. 1987, p. 425; cfr. SPADA, *op. cit.*, p. 239, che limita la tutela da conflitto (artt. 2391, 2373, c.c.) ai soli soci.

⁽¹⁸⁾ ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 467; sostanzialmente conforme CONTI, *Disposizioni penali in materia di società e consorzi*, in *Commentario del codice civile* Scialoja e Branca, a cura di GALGANO, 1988, p. 243; PEDRAZZI, *Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1953, p. 580-1, che considera il conflitto di interessi in riferimento non del vincolo di fedeltà, ma del buon funzionamento del consiglio di amministrazione; STELLA, *Profili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di società per azioni*, *ivi*, 1960, p. 493-4; LA MONICA, *Diritto penale commerciale*, 1988, p. 368-9.

⁽¹⁹⁾ PEDRAZZI, *cit.*, p. 580; ANTOLISEI, *cit.*, p. 470; CONTI, *op. cit.*, p. 243; cfr. ROMANO, *Profili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di società per azioni*, Milano, 1967, p. 186s.; BETTIOL, *Conflitto di interessi e deliberazione collegiale nell'ambito di società di capitali e cooperative*, in *Giur. merito*, 1971, II, p. 56.

il collidere tra l'interesse della società amministrata e quello personale (diretto o indiretto) possa recar pregiudizio all'ente, suggerendo a chi esercita nell'ambito di esso determinati poteri di gestione il sacrificio del primo di tali interessi a vantaggio del secondo. E per stornare il possibile nocuo, vengono vietati con pena criminale comportamenti che potrebbero costituire la premessa, *anche se poi non segua e magari derivi un vantaggio* ».

« Si sanziona così il voto in presenza della semplice situazione di conflitto, presumendo il pericolo secondo l'*id quod plerumque accidit*. E poiché si tratta di una presunzione collegata alla dazione del voto nella situazione suddetta, il soggetto qualificato realizza l'elemento materiale del delitto per la sola violazione dell'obbligo di astenersi. Onde in sostanza l'interesse direttamente protetto finisce coll'essere quello della osservanza delle forme previste dalla legge, indipendentemente dai risultati che ne conseguono » ⁽²⁰⁾.

Le conseguenze di questa interpretazione, in riferimento alla situazione dei gruppi di società, sono state chiarite in un recente intervento ⁽²¹⁾ nel quale, in coerenza a questo orientamento, si è affermato che « la norma (...) non consente all'interprete di prendere in considerazione gli eventuali benefici che la società figlia potrebbe in prospettiva conseguire, limitandosi essa a sanzionare la mancata astensione, di quel soggetto qualificato, dal partecipare alla deliberazione » ⁽²²⁾.

Sulla base di quest'ultima interpretazione, dunque, lo spettro della sanzione penale cesserebbe di costituire un timore, per diventare piuttosto un'indifferenza, che identifica il conflitto di interessi come delitto di infedeltà senza offesa, e di dover ritenere che la norma sanziona la condotta dell'amministratore che viola il dovere di fedeltà (partecipando alla delibera del consiglio) al di fuori di ogni possibile concreto pregiudizio per la società, assumendo dunque una tutela più avanzata del bene e considerando solo la violazione dell'obbligo di astenersi ⁽²³⁾, risulterebbe impedita la possibilità di qualsiasi forma di contemperamento tra le esigenze del gruppo e delle categorie con interessi nelle società dello stesso, dovendosi

⁽²⁰⁾ CONTI, *op. cit.*, p. 243.

⁽²¹⁾ ZUCCALÀ, *Dei delitti di infedeltà degli organi verso la società: problemi attuali*, in *Riv. d. pen. econ.*, 1988, p. 149s.

⁽²²⁾ ZUCCALÀ, *op. cit.*, p. 165.

⁽²³⁾ ZUCCALÀ, *op. cit.*, p. 167.

affermare la responsabilità penale anche (a differenza di quella civile) in assenza di possibilità di danno per la società amministrata: con la conseguenza di paralizzare il perseguimento di qualsiasi politica di gruppo e di rendere penalmente responsabili gli amministratori per il solo fatto di aver attuato la direzione unitaria, e non per averne realmente abusato a danno di azionisti di minoranza e creditori delle società del gruppo. I rapporti di gruppo, ai fini della norma penale, non potrebbero sortire altro effetto se non quello di presumere situazioni di conflitto di interesse in capo agli amministratori delle società al gruppo appartenenti.

4. D'altra parte, con riferimento ai profili di responsabilità civile ⁽²⁴⁾, la giurisprudenza, da un lato, afferma che le singole società appartenenti ad un gruppo devono essere considerate nella loro specifica autonomia e personalità giuridica, così come le attività gestionali e di controllo dei relativi organi amministrativi e sindacali, non potendosi attribuire al gruppo la qualità di persona giuridica o di centro di imputazione giuridicamente rilevante, posto che, stante la normativa vigente, il gruppo esiste solo in senso economico. E, ribadendo, con specifico riguardo a situazioni di conflitto di interesse, l'insindacabilità nel merito dell'operato degli amministratori che si risolverebbe in un giudizio discrezionale sulla base del « senno del poi », afferma — sulla scorta del principio che le singole operazioni debbano essere valutate nel concreto delle singole ipotesi: valutando, in particolare, l'adeguatezza dei corrispettivi pattuiti — che la responsabilità per danni arrecati alla società sia imputabile agli amministratori allorché le operazioni da questi poste in essere possano affermarsi assolutamente sproporzionate rispetto ai mezzi finanziari o tecnici della società, o conseguenza di errori macroscopici e grossolani ⁽²⁵⁾.

⁽²⁴⁾ Su questi cfr. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di S.p.A.*, cit., p. 419s. (in particolare p. 420-3); GALGANO, *Responsabilità della società controllante*, in *Contratto e Impresa*, 1988, p. 359s.; Trib. Milano 2 ottobre 1986, in *Società*, 3/87, p. 300s. ed App. Milano 9 settembre 1988, ivi, 2/89, p. 145s., ed in *Riv. dir. comm.*, 1989, p. 215s. con nota di LIBONATI; ROVELLI, *Conflitto di interessi nel gruppo di società*, ivi, 5/89, p. 488s.

⁽²⁵⁾ Le indicazioni di queste pronunce sono riportate da BONELLI, *op. ult.*, cit., p. 421 ed in *Gli amministratori di società*, cit., p. 170, il quale evidenzia come se, da un punto di vista sostanziale, queste decisioni non appaiano criticabili, lo siano, invece, da un punto di vista formale, in quanto, « contraddittorie » posto che mal si concilia l'affermazione di insindacabilità delle scelte di gestione degli amministratori con le indagini di merito necessarie ai fini di concludere per la macroscopicità e grossolanità degli errori; né (e soprattutto) indicano quale sia il fondamento giuridico della responsabilità degli amministratori, in queste ipotesi:

Gli errori di gestione implicherebbero l'aver agito in stato di conflitto di interessi ed in violazione dell'obbligo di diligenza: errori che, così qualificati, farebbero presumere la violazione degli obblighi di perseguire l'interesse della società, ovvero di non agire in stato di conflitto di interessi.

Dall'altro lato, la stessa giurisprudenza, dimostrando così di far prevalere l'elemento sostanziale del fenomeno ovvero la unicità dell'attività economica in costanza di una direzione unitaria di gruppo, mostra di superare la contraddizione tra autonomia giuridica dei soggetti, da una parte, e obbligo di realizzazione di un interesse sociale proprio di ciascuna società, dall'altra. Con riferimento ad un'ipotesi prevalente: interventi gratuiti compiuti da una società (generalmente la società controllante o capogruppo) a favore di altra dello stesso gruppo, la giurisprudenza civile ha infatti in più conformi pronunce ⁽²⁶⁾ affermato che gli interventi gratuiti (fidejussione, remissione del debito) a favore di altra società giuridicamente autonoma e distinta siano legittimi, a condizione che risultino essere preordinati al soddisfacimento di un *proprio* interesse economico, sia pur *mediato* o *indiretto*, ma giuridicamente rilevante.

Più precisamente, i passaggi logico-argomentativi, desumibili dalle richiamate pronunce, sono i seguenti: si afferma che sul piano del diritto positivo vigente l'attuale ordinamento non dà rilievo al fenomeno dei gruppi di società, con la conseguenza che le società facenti parte dello stesso debbano essere considerate nella loro specifica autonomia e personalità giuridica. Su questa premessa si costruisce la successiva affermazione, vale a dire che l'attività dell'organo amministrativo di ciascuna società debba tendere alla realizzazione dell'interesse sociale, da intendersi, secondo l'opinione che si indica come preferibile, quale « interesse alla massimazione dell'efficienza produttiva ed, attraverso questa, alla massimazione del profitto che, poi, ridonda a beneficio sia dei soci che dei terzi creditori della società ». Si ritiene quindi che « nella realizzazione di tale interesse, gli amministratori di ciascuna società debbano operare con la diligenza (qualificata) di un accorto gestore di cosa altrui (quale è il patrimonio della società); ciò, però, nel mentre non impedisce loro di compiere operazioni di intervento economico-finanziario a favore di altra società del gruppo, impone di subordinare il compimento di tali operazioni alla preventiva e successiva verifica che la società destinataria della sovvenzione

soltanto l'inadempimento ad un'obbligazione propria può costituire il fondamento di un'affermazione di responsabilità ».

⁽²⁶⁾ Cfr. Cass. 14 settembre 1976, in *Riv. dir. comm.*, 1978, II, p. 220, con nota di FERRI; Trib. Milano 2 ottobre 1986 e App. Milano 9 settembre 1988, cit. nt. 25.

possa garantire la restituzione di quanto richiesto; illegittimo, quindi, non è il finanziamento in sé, ma l'omessa preventiva verifica di tale possibilità o il non essersi tempestivamente operati per ottenere, alla scadenza, la restituzione o serie garanzie di rimborso di quanto mutuato »⁽²⁷⁾.

Ma, « se è vero che, in via generale, gli interventi gratuiti compiuti da una società a favore di un'altra società giuridicamente autonoma non possono essere considerati, di per sé, per la semplice mancanza di controprestazioni contrattualmente esigibili, contrari o estranei al conseguimento dell'oggetto sociale della società chi li ha compiuti, è altrettanto vero che la legittimità di tali interventi è subordinata alla condizione (presumibile in determinate circostanze) che detti interventi siano preordinati al soddisfacimento di un proprio interesse economico, sia pur mediato o indiretto, ma giuridicamente rilevante »⁽²⁸⁾.

Così anche la Corte di Cassazione — alla quale la riportata sentenza si uniforma⁽²⁹⁾ — quando ha statuito che « gli interventi gratuiti compiuti da società a favore di un'altra società giuridicamente autonoma dalla prima — qualora ricorrano particolari circostanze che rivelino irrefutabilmente unitarietà di finalità e di amministrazione e identità di interessi — debbono presumersi non come espressione di spirito di condiscendenza o di liberalità, bensì come atti preordinati al soddisfacimento di un proprio interesse economico, sia pur mediato e indiretto ma giuridicamente rilevante, e non possono pertanto, a causa della semplice mancanza di controprestazioni contrattualmente eseguibili, essere considerati contrari o estranei al conseguimento dell'oggetto sociale della società che li ha compiuti ».

Secondo queste pronunce, dunque, l'agire di una società nell'interesse di un'altra del medesimo gruppo, realizzerebbe un interesse *proprio*, sia pur « mediato » e « indiretto ».

Come autorevolmente chiarito⁽³⁰⁾ questa forma indiretta e mediata di realizzazione dell'interesse sociale, altro non sarebbe, « se non un modo di attuare l'interesse sociale ». Interesse ed oggetto sociale si coordinerebbero tra loro: « se attraverso la controllante la controllata soddisfa, in modo

⁽²⁷⁾ Trib. Milano 2 ottobre 1986.

⁽²⁸⁾ App. Milano 9 ottobre 1988, cit. nt. 24 nel caso di specie si afferma non provato l'interesse della società che aveva erogato il finanziamento, dovendosi invece ritenere documentata la conoscenza, in capo agli amministratori della stessa società, dell'attualità dello stato di decozione della società beneficiaria dei medesimi.

⁽²⁹⁾ Cass. 14 settembre 1976, cit. nt. 26.

⁽³⁰⁾ GALGANO, *Qual'è l'oggetto*, cit., p. 334-7; *Id.*, *La società per azioni, le altre società di capitali, le cooperative*. 1973, p. 97s.

mediato e indiretto, un proprio interesse, ciò è perché attraverso la controllata essa svolge, sempre in modo mediato e indiretto, una propria attività economica »⁽³¹⁾.

Si afferma, così, che la mancanza di riconoscimento normativo al fenomeno dei gruppi comporta la conseguenza che ciascuna società che ne fa parte debba essere considerata nella propria autonomia giuridica e che, dunque, gli amministratori di ciascuna di esse debbano perseguire l'interesse sociale di ciascuna di quelle, da intendersi come massimazione dei profitti; ne discenderebbe che gli interventi economici-finanziari a favore di altra società sono leciti alla condizione della effettiva possibilità di rimborso, previa necessaria verifica della stessa; per concludere che, in termini generali, in presenza di circostanze che facciano presumere forme di direzione unitaria di gruppo, gli interventi gratuiti a favore di altra società dello stesso, non siano, in quanto tali, illegittimi, poiché preordinati al soddisfacimento di un proprio interesse economico, sia pur « mediato » e « indiretto », ma giuridicamente rilevante. In quanto tali, i menzionati interventi, non sarebbero né contrari né estranei al conseguimento dell'oggetto sociale delle società amministrate, in soddisfazione agli obblighi di premessa.

Ne emerge una contraddizione (tra premessa e conclusione in termini di « generalità »), o una possibilità della stessa, che si giustifica solo con l'intenzione di far prevalere quella che si dimostra avvertire come una

⁽³¹⁾ GALGANO, *Qual'è l'oggetto*, cit., p. 337. L'Autore che aveva già espresso il proprio convincimento (in *La Società*, cit. nt. prec.) che il carattere imprenditoriale della società holding non derivi dall'attività di partecipazione e di coordinamento tecnofinanziario, da essa stessa svolto, ma dalla specifica attività di produzione o scambio, oggetto delle società operanti — possibilità di esercizio mediato e indiretto di attività, non espressamente menzionato dall'art. 2082 c.c., ma da desumersi dall'integrazione delle previsioni della espressa fattispecie di cui agli artt. 2359-61 c.c., richiamate necessariamente dallo stesso art. 2247 c.c., in ragione della previsione che il contratto di società possa avere ad oggetto l'esercizio in comune, anche mediato o indiretto di un'attività economica — osserva come queste considerazioni risultino avvalorate dalla miniriforma del 1974 che espressamente prevede, all'art. 2429bis c.c., che la relazione degli amministratori al bilancio debba « illustrare l'andamento della gestione nei vari settori in cui la società ha operato, anche attraverso altra società da essa controllata (« ciò che corrisponde, appunto, al concetto di esercizio indiretto e mediato di attività economica »); così come dalla novella dell'art. 2358 c.c., che al 3° comma prevede che le limitazioni di cui ai precedenti due commi non si debbano applicare « alle operazioni effettuate da parte di dipendenti della società o di quelli di società controllanti, o controllate »: sicché l'interesse della società a favorire l'azionariato dei dipendenti è valutato sussistente non solo nell'ipotesi di dipendenti propri, ma anche di dipendenti di società controllanti o controllate, « la realizzazione dell'interesse delle quali è, dunque, assunta come obiettivo che realizza anche l'interesse della società che accorda i prestiti o fornisce o accetta garanzie ».

essità: l'esigenza di far prevalere l'elemento sostanziale (unicità dell'attività economica) rispetto a quello formale (autonomia giuridica dei soggetti sottoposti a direzione unitaria) ⁽³²⁾.

Senonché la giurisprudenza di merito penale si esprime in termini divergenti ed opposti rispetto a queste conclusioni, così rafforzando il timore di una responsabilità penale, per la presenza di una situazione di fatto. In riferimento alla medesima ipotesi di finanziamenti gratuiti (e in particolare di fidejussioni bancarie) a favore di società controllata da parte della controllante, infatti, quella giurisprudenza ⁽³³⁾ dimostra di ritenere determinante, anzi insuperabile, il dato formale, essendosi ritenuto che la partecipazione alle deliberazioni in merito ai finanziamenti gratuiti (alle fidejussioni in favore della stessa società, nonché alla concessione di attrezzature in comodato gratuito) « ha sicuramente violato l'obbligo di cui al primo comma dell'art. 2631 c.c., che impone un obbligo di « correttezza formale » indipendentemente dal verificarsi di un danno ». La circostanza che, nel caso di specie, la controllante fosse integralmente proprietaria della controllata « non comporta automaticamente una identità degli interessi dell'una con quelli dell'altra società, dovendo pur sempre il patrimonio (della controllante) conservare la propria autonomia a garanzia degli interessi dei creditori e di tutti i soci, anche quelli di minoranza » ⁽³⁴⁾. L'accento logico della motivazione, dunque, non cade direttamente sull'assenza di un corrispettivo, concretizzandosi così in un giudizio di inopportunità dello stesso, ma si arresta ad un passaggio logico-argomentativo anteriore (che pure lo postulerebbe): la non necessaria identità di interessi tra le società, posto che i patrimoni delle stesse debbono conservare la propria autonomia a tutela degli interessi delle categorie interessate: creditori e soci, di maggioranza e di minoranza. Risulta pertanto determinante ai fini della decisione, l'affermazione, assolutamente indipendente dalle concrete esigenze di reale tutela del patrimonio sociale — e precludente qualsiasi possibilità di valutazione concreta — secondo la

⁽³²⁾ STOLFI (C.), *Le società multinazionali nel diritto comunitario*, 1984, pp. 225-30. V. anche al pr. 10.

quale la partecipazione a dette deliberazioni viola il comma primo dell'art. 2631 c.c., in quanto questo impone un obbligo di « correttezza formale » (indipendentemente dal verificarsi di un danno).

Ne emerge una chiara contraddizione tra l'affermazione fatta in via di premessa, ovvero la non automatica identità di interessi delle società, motivata dal fatto che i patrimoni delle stesse devono rimanere autonomi, a garanzia di creditori e soci, e l'affermazione successiva, di giudizio di violazione della fattispecie di cui al primo comma della norma considerata, motivata dalla violazione di un obbligo di « correttezza formale », indipendentemente dal verificarsi di un danno, e quindi da qualsiasi valutazione concreta delle singole ipotesi intesa a verificare possibili lesioni del patrimonio sociale, a tutela di creditori e soci.

Se la motivazione principale, infatti, è l'esigenza di autonomia dei patrimoni delle società, in ragione della garanzia di creditori e soci, qualora questa garanzia non sia né violata né in alcun modo « sminuita », quindi non risulti sotto alcuna forma depauperato il patrimonio delle società, l'esigenza di autonomia dei patrimoni e di perseguimento dell'interesse di ciascuna società, sarebbe perciò rispettato. Nondimeno sarebbe per questi fini necessario un accertamento delle concrete circostanze, inter alia proprio a verificare se lesione del patrimonio sociale e quindi delle garanzie di creditori e soci sia o meno esistente. Possibilità che è espressamente esclusa da un giudizio di violazione di un obbligo di « correttezza formale », indipendentemente da qualsiasi possibilità di danno.

5. Il principio dell'autonomia delle società facenti parte di un gruppo e dell'affermata conseguente non necessaria identità di interessi delle stesse trova peraltro conferma anche in altra recente giurisprudenza ⁽³⁵⁾, che, sulla scorta di questa premessa, ha ritenuto integrata la fattispecie del delitto di appropriazione indebita nel fatto dell'amministratore delegato della società capogruppo che, in possesso di denaro o titoli delle società figlie, ne abbia depauperato il patrimonio con atti di disposizione che spetterebbero unicamente agli organi amministrativi e di gestione delle stesse ⁽³⁶⁾.

Nella sentenza istruttoria da cui la stessa prende inizio, era espresso il convincimento che la costituzione e la semplice conservazione di fondi extra-bilancio non costituissero di per sé reati appropriativi: « fino a quando i fondi costituiti illegalmente rimangono a disposizione delle società cui appartengono non può parlarsi di appropriazione in danno delle stesse. Si ha, invece, appropriazione indebita quando dalla massa dei fondi extra-bilancio vengono sottratte risorse per essere impiegate con modalità di natura *extrasocietarie*. Pertanto, nel caso di impieghi parziali, solo la rigorosa verifica e l'accertamento della sussistenza dell'interesse societario può giustificare e rendere lecita l'azione di prelevamento del fondo extra-bilancio »; ed ai fini di una fondata affermazione di utilizzazione per scopi societari « si deve tener conto solamente degli interessi della società

e: « (...) il reato di bancarotta fraudolenta per distrazione sussiste, non solo quando l'imprenditore fallito abbia distratto, occultato, dissimulato, distrutto o dissipato in tutto o in parte i suoi beni, ma anche quando i beni stessi siano stati utilizzati per finalità diverse da quelle per le quali sono destinati o quando il ricavato della loro alienazione sia stato comunque volontariamente impiegato per fini diversi dal ruolo che il denaro svolge nell'impresa cui appartiene, quale elemento necessario per la sua funzionalità e quale garanzia verso i terzi. Pertanto, l'elemento psicologico del reato è provato dalla coscienza e dalla volontà di vulnerare l'interesse patrimoniale dei creditori alla conservazione della garanzia dei loro crediti, per cui, una volta provato che determinati beni, di pertinenza di una impresa siano stati utilizzati per alimentare imprese diverse, deve ritenersi sussistente, sia il pregiudizio per l'interesse del ceto creditorio, al quale sono state sottratte le garanzie previste dalla legge, sia il pregiudizio più ampio della corretta gestione dell'iniziativa commerciale ». Cass. Sez. V, 21 ottobre 1985, n. 9421; Conf. Cass. Sez. V, 27 gennaio 1984, n. 764 e Cass. 16 giugno 1986, n. 5637. In riferimento all'ipotesi di fallimento di un gruppo di imprese la S.C. (11 ottobre 1984, n. 8452) ha affermato che, « non è ravvisabile un reato unitario di bancarotta, ma ove sussistano gli elementi, un'ipotesi di reato continuato, qualora il fallimento concerne singole imprese e singole società dotate di distinta ed autonoma personalità giuridica, che rimane inalterato anche quando esse vengano incluse in un più vasto organismo economico. Il fenomeno del collegamento societario (il c.d. gruppo), quale centro di interessi sovrastante le singole società collegate, ha infatti natura meramente economica ed allo stato attuale del nostro ordinamento non dà vita ad un unitario centro imprenditoriale dotato di una sua propria soggettività »; precisando che « nell'ipotesi che i singoli reati di bancarotta siano tra loro interdipendenti, perché commessi nell'ambito della gestione di varie imprese e società collegate, assume rilevanza, ai fini della prova delle autonome fattispecie, la valutazione del

cui i fondi appartenevano, non essendo sufficiente l'impiego a favore di una o più società collegate, appartenenti allo stesso gruppo o alla medesima holding. Ne deriva che si deve ritenere sussistente il delitto di appropriazione indebita non solo quando risulti provata la destinazione a fini personali, ma anche quando l'utilizzo avvenga a favore di società che, pur appartenendo alla medesima finanziaria, non possono essere collegate direttamente con le stesse società controllate) ».

Nel successivo grado di giudizio la citata giurisprudenza ha ritenuto dover accogliere pienamente queste tesi, sulla scorta principalmente delle seguenti due considerazioni: « la figura del gruppo di società — non definita in modo tassativo e relativamente — costituisce nel nostro ordinamento giuridico una forma di collegamento descrittiva di un fenomeno di natura meramente economica, giuridicamente rilevante soltanto nelle materie espressamente regolate da specifiche disposizioni di legge e per i fini da queste perseguiti (per es. art. 3 della legge Prodi) »⁽⁵⁷⁾. Secondariamente, con riferimento all'ipotesi di distrazione unitaria (nella specie ritenuta insussistente), « se anche questa fosse esistita, (l'amministratore delegato della capogruppo) non avrebbe avuto il potere di disporre direttamente di fondi di alcuna società del gruppo a vantaggio di altre ». Dovendosi una volta di più osservare al riguardo che « le varie società del gruppo possono avere soci di minoranza diversi, le cui ragioni vanno tutelate: anche per tale motivo non è consentito alla distrazione unitaria, senza regolari delibere degli organi delle società interessate, di depauperare il patrimonio di alcuna società del gruppo a vantaggio di altre ». Il soggetto agente era dunque da ritenersi penalmente responsabile in quanto compì atti di disposizione che spettavano « unicamente agli organi amministrativi e di gestione delle predette società », depauperando il patrimonio delle stesse, a vantaggio di altre società del gruppo o addirittura di terzi del tutto estranei allo stesso. Irrilevante — si soggiunge — il *patrimoniale disinteresse* dell'agente perché « il fatto si perfeziona tanto nel caso in cui l'atto di appropriazione venga compiuto a profitto del soggetto agente quanto nel caso che sia posto in essere a profitto di *altri* » (nel caso di specie, di altre società appartenenti al gruppo).

La Suprema Corte ⁽³⁸⁾, investita del giudizio su queste decisioni ed in particolare chiamata a decidere se la gestione dei fondi con disinteresse personale e destinazione delle somme a vantaggio di società diverse, ma sempre appartenenti al gruppo con la prospettiva di vantaggi sia pur indiretti per le società dello stesso, costituisca non già appropriazione ma distrazione del bene a fine diverso da quello di dovuta destinazione (in quanto tale non integrante gli estremi della fattispecie di appropriazione indebita), riconoscendo e ribadendo il principio di autonomia delle società appartenenti ad un gruppo, ha ritenuto pregiudiziale stabilire questa possibilità di integrazione della fattispecie di reato, rispetto ad un'ipotesi di mera distrazione nell'altrui interesse. In sintonia con le precedenti pronunce ⁽³⁹⁾ nelle quali aveva già chiarito la differenza tra le ipotesi di distrazione ed appropriazione, la prima da intendersi come uso arbitrario del bene a fini diversi da quelli di destinazione, la seconda come orientamento oggettivo e soggettivo ad instaurare con il bene un rapporto di completo dominio mediante immissione nel patrimonio dell'agente, la Corte regolatrice ha ritenuto che, essendo stata la condotta di specie, da giudicarsi distrattiva, tenuta « non per vantaggio personale e senza fraudolente intese con i terzi destinatari dei singoli atti di disposizione », non fosse possibile attribuirle connotazioni penalmente rilevanti. Stante il divieto di applicazione analogica essa è da collocarsi « fuori dal paradigma del reato previsto dall'art. 646 c.p. », dovendo quindi l'agente essere assolto con la formula « perché il fatto non è previsto dalla legge come reato ». A diverse ed opposte conclusioni si sarebbe dovuti pervenire (dovendosi ritenere integrato il delitto di appropriazione indebita) in ipotesi di distrazione a proprio profitto ⁽⁴⁰⁾ o di realizzazione mediante collusione tra l'agente ed il terzo a vantaggio del quale l'atto di disposizione è compiuto ⁽⁴¹⁾. Ritenuta la condotta come distrattiva si è così chiarito che la destinazione dei fondi a vantaggio di società diverse, ma sempre appartenenti al gruppo, con possibilità di vantaggi indiretti per le stesse, in assenza di vantaggio perso-

⁽³⁸⁾ Cass. Sez. II Pen., 23 giugno 1989, n. 5099, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991, 266s. con commento di MILITELLO. (*Gli abusi nel patrimonio di società controllata e le*

nale dell'agente e senza fraudolente intese con i terzi destinatari degli atti di disposizione, non può, in quanto tale, integrare la fattispecie di appropriazione indebita. Affinché questa possa essere affermata è necessario che, se la condotta risulta provata la destinazione a fini personali.

Come era già stato lucidamente osservato in sede di commento alla sentenza di pronuncia di secondo grado, « non basta la condotta materiale di appropriazione, magari accompagnata dal dolo generico relativo agli elementi costitutivi del reato, ma è fatto necessario ad integrarla, per adempiere gli estremi richiesti all'incriminazione in esame. L'ulteriore requisito da provare è quel fine di trarre un ingiusto profitto per sé od altri, che già si è sottolineato costituire un elemento essenziale della fattispecie. L'obbligo per il giudice di ricostruire il significato complessivo della norma applicata, in cui viene in rilievo è (...) il profilo soggettivo della specifica finalità richiesta, dovendosi precisare a favore di quali soggetti la condotta di appropriazione deve essere rivolta » ⁽⁴²⁾.

Dunque, nuovamente, le operazioni poste in essere dagli amministratori di una società — nel caso l'utilizzo di fondi — a favore delle società del gruppo non si risolvono necessariamente, solo perché tali, nel perseguimento di una finalità extra-societaria incompatibile rispetto a quella della società amministrata, nei confronti della quale — in quanto proprietario dei fondi — sarebbe perciò ipotizzabile la sottrazione degli stessi a vantaggio delle altre società del gruppo (e quindi l'appropriazione).

In assenza di un personale interesse ed al di fuori di fraudolente intese con i terzi — le società del gruppo « beneficiarie » dei fondi — fa difetto il requisito dell'ingiusto profitto per sé od altri. Situazione che può essere verificarsi allorché la concreta compatibilità delle finalità personali, ovvero degli interessi della società titolare dei fondi e di quella destinataria, medesimi, escluda l'altruità (e quindi l'ingiustizia) del profitto.

Così dovrebbe essere per l'ipotesi di conflitto di interessi che, per essere giudicata sussistente, richiede un interesse in conflitto con quello della società « per conto proprio o di terzi » dell' (o fatto valere dall') amministratore ⁽⁴³⁾.

6. Considerazioni queste che trovano conferma nelle indicazioni fornite dalla Suprema Corte nella prima sentenza che risulta essere

onunciata dopo l'entrata in vigore del codice del 1942 in relazione alla fattispecie di cui all'art. 2631 c.c. ⁽⁴⁴⁾. La sentenza, per quanto precedente alle pronunce di merito considerate, non solo contempla il fenomeno del collegamento di società, ma anche, e soprattutto, indica presupposti, in relazione a quella che viene indicata essere la finalità della norma, di interazione della fattispecie di conflitto di interessi rispondenti a giudizi divergenti ed in antitesi rispetto a quelli affermati nelle successive pronunce della giurisprudenza penale di merito.

Nell'escludere che la semplice « presenza » dell'amministratore al momento della delibera rientri nello schema delittuoso oggettivo di cui all'art. 2631 c.c., il giudice di legittimità afferma che « come si desume chiaramente dal dettato della norma incriminatrice, oggetto del divieto è il concorso consapevole dell'amministratore, che si trovi in conflitto di interessi con la società, alla formazione della volontà dell'organo, attraverso l'esercizio del diritto di voto ». Con l'art. 2631 c.c. « il legislatore ha provveduto a presidiare, con apposita sanzione penale, l'osservanza da parte dell'amministratore dell'obbligo di astensione » (stabilito testualmente dall'art. 2631 c.c.); ma « perché ricorra il requisito costitutivo del conflitto di interessi non basta che, per effetto della delibera in programma, la società possa trovarsi depauperata dei vantaggi connessi alla sua attività statutaria », richiedendosi altresì « che l'anzidetto risultato corrisponda ad un interesse dell'amministratore, facente parte del consiglio, che viene a trovarsi così in netta posizione antitetica con l'interesse proprio della società. In altri termini, raffrontati al contenuto della delibera, l'interesse dell'amministratore e quello sociale devono risultare decisamente divergenti; mentre il secondo si attende l'adozione di un determinato provvedimento, il primo è portato a caldeggiare una soluzione contraria ». Vero che « l'interesse conflittante, da cui l'amministratore deve essere animato, può riguardare, oltre che sé stesso, o un terzo che non figura, un'altra società nel senso l'amministratore abbia una consimile investitura organica. In tal

caso, però, al fine di stabilire se sussista una genuina contrapposizione nell'atteggiamento psicologico di chi concorre a deliberare, bisogna tener conto del debito conto i particolari rapporti che intercorrono tra i diversi soci della società. È di tutta evidenza, infatti, che quando le varie società siano collegate e interdipendenti, la sfavorevole attuazione di un'operazione nel campo dell'attività di un'azienda può costituire la contropartita di un più cospicuo vantaggio per l'azienda di un'altra; sicché l'amministratore, che faccia parte di due consigli, può partecipare ad un'altra delibera il cui contenuto eventualmente pregiudizievole non sia avvertito come tale, data la rilevanza che viene in realtà ad assumere nel quadro dei molteplici interessi in gioco ».

Dunque, l'oggetto della tutela penale non è individuato nell'esigenza di garanzia di correttezza formale delle deliberazioni consiliari, stante l'obbligo di fedeltà dell'amministratore, ma nel concorso consapevole, in ordine all'osservanza della disposizione civile (la cui osservanza si è voluta rafforzare con la disposizione penale), alla formazione della volontà del consiglio, attraverso l'esercizio del diritto di voto, dell'amministratore che si trovi in conflitto di interessi con la società. Precisandosi che affinché questo requisito possa essere dichiarato sussistente debba farsi riferimento al momento dell'assunzione della delibera e ad una situazione, non già ipotetica e futura, ma « effettiva » e « presente »: non sono sufficienti ad integrare la situazione di conflitto gli eventuali svantaggi che possono conseguire alla delibera, dovendo questi corrispondere, altresì, ad un interesse *personale* dell'amministratore, l'interesse del quale deve essere « *antitetico* » rispetto a quello della società: gli interessi devono insomma risultare « *decisamente divergenti* ».

È ben vero che l'interesse dell'amministratore in situazione di conflitto può riguardare non solo se stesso o un terzo che non compare, ma anche un'altra società nella quale si rivesta la medesima qualifica di amministratore; in questa ipotesi, tuttavia, per l'esigenza del rispetto dei medesimi principi indicati, al fine di verificare l'eventuale situazione di conflitto è necessario considerare i particolari rapporti intercorrenti tra le società, posto che il collegamento e l'interdipendenza tra le stesse possono determinare fenomeni compensativi-retributivi, in virtù dei quali la sfavorevole

⁽⁴⁴⁾ Cass. 25 febbraio 1959, in *Rassegna di giurisprudenza sulle disposizioni penali in materia di società e consorzi*, a cura di CRESPI, in questa *Rivista*, 1960, p. 312s. e *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p. 939s. con nota di STELLA. In piena adesione all'interpretazione formalista

La Corte regolatrice, tuttavia, non conclude nel senso che ove non sussistano gli indicati presupposti di sussistenza della situazione di conflitto fattispecie non possa affermarsi integrata nel suo elemento oggettivo, ma una sorta di *escamotage*, motivato dall'avvertita esigenza di prevalenza sul dato « sostanziale », ritiene che sia l'elemento soggettivo della fattispecie a fare difetto, allorché i medesimi presupposti della situazione di conflitto escludano in capo al soggetto agente la consapevolezza dello stesso: al fine di stabilire se sussista una genuina contrapposizione *nell'atteggiamento psicologico* di chi concorre a deliberare, bisogna tener nel debito conto i particolari rapporti intercorrenti tra i diversi enti sociali », sicché l'amministratore, che faccia parte di due consigli, può partecipare ad una delibera il cui contenuto eventualmente pregiudizievole *non sia avvertito come tale*, data la rilevanza che viene in realtà ad assumere nel quadro dei molteplici interessi in gioco ». E « poiché la norma in esame impone un obbligo omissivo a chi si trovi in una determinata situazione, non vi è dubbio che di codesto elemento (*che integra in realtà un requisito soggettivo della illiceità*) l'amministratore debba avere chiara consapevolezza; altrimenti, ove mancasse la scienza dello stato di conflitto tra interessi contrapposti, non vi sarebbe motivo di sottrarsi all'adempimento di un'attività verosa ».

Nondimeno, ove la situazione di conflitto non venga avvertita come tale e in quanto, in presenza degli indicati rapporti tra le società (per quanto di interesse), la stessa sia oggettivamente inesistente, non dovrebbe affermarsi l'insussistenza dell'elemento oggettivo della fattispecie? L'accertamento di integrazione dell'elemento soggettivo non dovrebbe costituire un elemento anteriore e successivo momento di giudizio, rispetto a quello concernente l'elemento oggettivo? Non dovrebbe verificarsi, infatti, in ipotesi, che la situazione oggettiva di conflitto di interessi sussista, ma non sia stato possibile al soggetto agente avvertirla come tale, ad esempio a ragione di una insufficiente e/o inesatta informazione circa l'effettivo stato della situazione rispetto al contenuto della delibera che si andava a votare? Non potrebbe essere la situazione di conflitto di interessi, oggettivamente esistente, penalmente addebitabile solo ad alcuni amministratori e non anche ai rimanenti proprio in ragione di simili ipotesi?

già per errore di valutazione delle circostanze costituenti la situazione stessa, ma proprio in ragione dei « particolari rapporti che intercorrono tra i diversi enti sociali »; se in ragione degli stessi la situazione non è avvertibile come di conflitto, e le valutazioni sono corrette, questo significa che la situazione è oggettivamente non di conflitto: se si reputa di poter affermare che i particolari rapporti tra società siano suscettibili di escludere la fattispecie soggettiva della situazione di conflitto, giudicandosi che questa possa essere affermata integrata solo allorché vi sia una netta ed effettiva contrapposizione di antitesi tra l'interesse della società e quello personale dell'amministratore o da lui rappresentato, si dimostra di ritenere che in presenza degli stessi rapporti, anche se non già per la sola presenza dei medesimi, ma in ragione dell'effettività dei particolari meccanismi compensatori retributivi (che gli stessi possono generare e che sono da valutarsi nel concreto delle singole ipotesi), proprio in ragione di questi, così qualificati, la situazione di conflitto sia oggettivamente inesistente. In tal senso la conclusione della Suprema Corte risulta condizionata dalle premesse affermate, vero dall'indicazione dell'oggetto di tutela nel « concorso consapevole dell'amministratore, che si trovi in conflitto di interessi con la società, nella formazione dell'attività dell'organo, attraverso l'esercizio del diritto di voto ».

In ragione dei particolari rapporti tra le società del gruppo la situazione di conflitto può essere oggettivamente esistente e non anche soggettivamente consapevole, ma è ben possibile che, in realtà, di essa non si abbia consapevolezza proprio in quanto, a causa di detti rapporti, sia oggettivamente inesistente.

Quanto all'integrazione dell'elemento oggettivo della fattispecie la Corte regolatrice conferma che ai fini della stessa non è necessario il concreto verificarsi di un danno, essendo sufficiente, ma anche necessaria, la possibilità del suo verificarsi: « per ciò che concerne la portata dell'operazione, nei cui riguardi si profilino le posizioni confliggenti, non si richiede che da esse siano derivate conseguenze in concreto dannose. Ai fini dell'applicabilità della prima parte dell'art. 2631 è sufficiente che la danno della causazione di un pregiudizio a danno della società costituisca motivo di aggravamento dell'illecito penale (2631 cpv.) ».

verso l'incriminazione *ex art.* 2631 c.c. il legislatore si prefigge di impedire che l'amministratore, mediante uno sleale esercizio del diritto di voto in seno al consiglio, determini l'insorgenza di una situazione di *pericolo* nei confronti della società ». Il concreto verificarsi di un danno alla società quale effetto della delibera non è necessario ai fini dell'integrazione oggettiva della fattispecie; necessaria è invece la possibilità del suo verificarsi.

È facile quindi constatare come l'accoglimento dell'interpretazione formale da parte della riportata giurisprudenza di merito ⁽⁴⁶⁾ sia alquanto vizioso. Ritene quella giurisprudenza che la partecipazione alle delibere in merito ai finanziamenti gratuiti abbia « sicuramente violato » l'obbligo di cui al primo comma dell'art. 2631, che impone un obbligo di « correttezza formale » « indipendentemente dal verificarsi di un danno »; altro è asserire la sicura violazione dell'obbligo (di cui al primo comma della disposizione in esame) di « correttezza formale », « *indipendentemente* dal verificarsi di un danno »; altro è affermare la necessità, ai fini dell'integrazione della fattispecie, della *possibilità* di un danno. Nondimeno l'errore trova una sua probabile ragione nell'affermazione principale cui si richiama, ovvero nell'ambiguità intrinseca alla stessa formulazione dell'interpretazione formale. Se, infatti, alla stregua di questa si afferma che « scopo della norma è di evitare che l'amministratore, venendo meno ai doveri di fedeltà e diligenza impostigli, *possa* far prevalere, in seno all'organo deliberante, interessi estranei a quelli della società » (dove la necessità almeno teorica della possibilità del verificarsi di un danno alla società) si precisa, poi, che « poiché la norma mira *preliminariamente* alla tutela della correttezza formale delle deliberazioni, si è attribuito rilievo anche ai casi di partecipazione al voto in una decisione che si riveli poi vantaggiosa altresì per la società » ⁽⁴⁷⁾; affermazione che suona negazione della precedente. Non si comprende invero come possa recare danno una delibera che, anzi, si riveli, poi, vantaggiosa per la società. È difficile che una delibera che si dimostri, poi, così qualificata, sia o venga avvertita come potenzialmente dannosa per la società al momento della sua assunzione.

Diversamente orientati i giudici di legittimità, che dimostrano di ritenere « sleale » la condotta dell'amministratore allorché questi eserciti il

nei confronti della società. Possibilità che si verifica quando l'amministratore voti in presenza di una situazione di conflitto di interessi indicata come esistente, alla condizione che quel pericolo risulti effettivo ed attuale in relazione alle circostanze di ciascuna singola ipotesi, ovvero, come è il caso, rispetto ad una situazione di conflitto sostanziale e non formale.

7. A conclusione di questa analisi circa l'interpretazione formale adottata dalla giurisprudenza, è dato constatare, dunque, come la stessa sia inidonea a fornire una risposta corretta e risolutiva al nostro problema, cioè in ragione dei limiti e delle contraddizioni che la caratterizzano.

La teoria « formale » del conflitto di interessi ritiene, infatti, che debba sanzionare la sola situazione di conflitto, in quanto presunta e non messa, sulla scorta del principio dell'*id quod plerumque accidit*, di un conflitto nocivo per la società. Si ritiene integrata la situazione di conflitto, indipendentemente dalla possibilità di sussistenza o insussistenza di un danno alla società, che è invece presunto dalla stessa situazione di conflitto, da ritenersi pertanto integrata in presenza di una situazione di conflitto formale di interessi: indipendentemente, quindi, dalla realtà della situazione. Oggetto di tutela della norma è la correttezza formale delle deliberazioni consiliari imposta dall'obbligo di fedeltà che investe l'amministratore e l'accettazione della carica. In presenza di una situazione di gruppo i rapporti tra le società dello stesso non potrebbero costituire oggetto di tutela giuridicamente rilevante: a fronte di delibere concernenti rapporti infragruppo, questi avrebbero il solo valore di virtuale, costante, intenzionale di situazioni di conflitto che importerebbero la presunzione di danno, o più esattamente della possibilità dello stesso. L'amministratore che abbia consapevolezza che l'oggetto della delibera ha per soggetto la società con interessi potenzialmente, fisiologicamente contrapposti, dovrebbe perciò solo astenersi dal partecipare alla stessa, indipendentemente da ogni effettivo abuso, in nome della logica di gruppo, ai danni delle stesse società e quindi delle categorie, azionisti di minoranza e creditori interessati alle vicende delle stesse.

Il risultato sarebbe quello di trascurare la realtà, di fatto e norma, imponendo l'alternativa tra la paralisi o l'applicazione della sanzione

realizzerebbe un interesse « proprio », sia pur « mediato » e « indiretto », la giurisprudenza penale di merito, premettendo la necessità di prevalenza del dato formale, quale l'autonomia dei soggetti, che importerebbe una non automatica identità di interessi (in ipotesi specifica di controllo al 100% del capitale) delle società, motiva la stessa con la considerazione che i patrimoni di dette società devono rimanere separati a ragione della necessaria garanzia degli interessi di creditori e soci; per concludere, in contraddizione rispetto a questa premessa — l'esigenza di tutela del patrimonio sociale esigerebbe la verifica concreta dell'eventuale lesione dello stesso in danno ad azionisti e creditori — che imponendo la fattispecie un obbligo di « correttezza formale », la sua violazione sia indipendente dall'esistenza reale di danno.

Le affermazioni della Suprema Corte (peraltro assai anteriori rispetto a quelle della giurisprudenza di merito richiamate), attestano, per contro, la necessità, ai fini del giudizio di sussistenza della situazione di conflitto, di valutare debitamente i particolari rapporti tra le società e chiariscono come ai fini dell'integrazione dell'elemento oggettivo della fattispecie non è necessario il concreto verificarsi di un danno, essendo necessaria e sufficiente la possibilità del suo verificarsi, così esplicitando i vizi delle successive decisioni di merito ed evidenziando la prevalenza dell'elemento sostanziale su quello formale. Tuttavia la conclusione di insussistenza della fattispecie soggettiva della situazione di conflitto, allorché la valutazione dei rapporti tra le società consenta di escludere la consapevolezza nel soggetto agente della situazione di conflitto, manifesta — attribuendo agli stessi non già la potenziale idoneità di insussistenza di configurabilità oggettiva della situazione, ma della sola soggettività della medesima — il proprio carattere di « escamotage », e come tale inidoneo a fornire le dovute garanzie di certezza circa l'integrazione della fattispecie, ponendosi rispetto allo spettro dell'alternativa tra paralisi di qualsiasi attività di gruppo e sanzione penale, come canapo di salvataggio. Come autorevolmente osservato, « spostando il problema della configurabilità del conflitto dalla consapevolezza del medesimo da parte dell'agente, e ipotizzando in mancanza un errore sul fatto, non si giunge ad una soluzione radicale » (48).

te (49) aveva chiarito che la gestione sociale dell'amministratore (specie nei grandi organismi) deve « logicamente » ed « inevitabilmente » essere valutata secondo il metro « del risultato, cioè dell'utile o della perdita subita dalla società. Che se poi si voglia eliminare l'incidenza di fattori casuali, necessariamente connessi ad ogni valutazione a posteriori, basta riferirsi al risultato quale era prevedibile *ex ante*, alle prospettive che una data situazione sembrava schiudere all'osservatore prudente; si farà perno allora non più che mai sul concetto di pericolo ».

Sulla premessa di questa impostazione nella prima monografia dedicata ai profili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di società per azioni (50), si è sostenuta la necessità di una rivalutazione del dato obiettivo della situazione di conflitto, nella convinzione che la forma di infedeltà patrimoniale debba essere costruita sul momento del danno o quantomeno del pericolo: « anche (in special modo) per le manifestazioni più late di infedeltà, come negli atti consapevolmente diffidenti dalla linea che l'interesse della società consiglierebbe, si deve rinvenire un correttivo in un rapporto di contraddizione tra il vantaggio dell'amministratore e l'utile sociale » (51). Dunque, nella delimitazione dell'illecito patrimoniale è necessario porre l'accento sul rischio cui la società viene esposta con il perseguimento di un interesse personale, o per conto di terzi, dell'amministratore, in contrasto con l'interesse sociale: e questo perché la finalità della norma è di vietare che l'amministratore innanzi all'alternativa di una situazione che si presenti come immediatamente vantaggiosa, sotto forma di incremento patrimoniale o di risparmio, per se stesso, o per conto di terzi, ed una seconda che non realizzi l'interesse della società, eserciti il proprio diritto di voto in favore della prima; non si richiede invece all'amministratore di rinunciare ad una soluzione che, al momento della decisione, la soluzione possa apparire motivata da uno scopo personale, o per conto di terzi, se appaia conforme all'interesse sociale.

(48) PEDRAZZI, *Gli abusi*, cit., p. 558-9. Cfr. FOFFANI, *La tutela della società committente contro le infedeltà patrimoniali degli amministratori*, in *Giur. comm.*, 1987, I, p. 87 e

La situazione prevista dalla norma è, secondo questa interpretazione, una situazione di obiettiva deviazione degli interessi personali (o per conto di terzi) dell'amministratore, dagli interessi della società: « se gli risulta garantito un interesse economico da una soluzione, l'amministratore dovrà rinunciarvi quando vi siano apprezzabili probabilità di danno, intendendosi con esso non solo le perdite, bensì ogni sorta di lucro o di risparmio mancato »⁽⁵²⁾.

Così come per le fattispecie civilistiche previste dagli articoli 2373 e 2391 c.c., il comportamento vietato è il perseguimento dell'interesse personale con sacrificio dell'interesse sociale. Come il divieto di partecipazione alla deliberazione di cui al primo comma dell'art. 2391 c.c. deve essere interpretato nella globalità della disposizione, e quindi anche dei successivi due commi, nel senso che all'amministratore in conflitto è vietato il solo voto contro l'interesse della società, a vantaggio extra-sociale proprio o di terzi, anche la fattispecie penale non può prescindere dal concreto esercizio del diritto di voto a vantaggio dell'interesse proprio o di terzi in sacrificio dell'interesse sociale: « non è accettabile che in una medesima situazione un comportamento sia autorizzato dal diritto civile e nel contempo sanzionato penalmente »⁽⁵³⁾.

Dunque, non già sanzione di una situazione formale di conflitto in quanto presunta premessa di un possibile danno per la società, ma della sola obiettiva deviazione, in omogeneità al disposto della norma civile dell'interesse personale, o per conto di terzi, dell'amministratore rispetto a quello sociale.

8. Le situazioni di conflitto e di danno assumono pertanto nelle due interpretazioni, « formale » e « sostanziale », posizioni invertite. La prima, ritenendo che debba essere sanzionata la sola situazione di conflitto in quanto presunta premessa di quella di danno, giudica quest'ultima come conseguenza — presunta (secondo il criterio dell'*id quod plerumque accipitur*) — della sussistenza dell'altra. Al contrario, la seconda individua nella possibilità, nel rischio del danno per la società, la premessa della sussistenza della situazione di conflitto.

interpretazione « sostanziale » giudica la possibilità, il rischio di danno come premessa, necessaria, della situazione di conflitto.

Si impone pertanto la verifica di un rinnovato approfondimento del rapporto tra le situazioni di conflitto e di danno, in correlazione alla legge ed alla finalità della disposizione considerata.

L'art. 2631 c.c. prevede ed impone un obbligo di astensione anche in assenza di possibilità di danno per la società alla cui amministrazione è preposto? Ai fini dell'applicabilità del primo comma dell'art. 2631 c.c. è sufficiente che la dannosità della delibera sia soltanto eventuale purché sia, oppure è da ritenere imposta una contrapposizione formale di interessi che estrometta dalla condotta tipica il contenuto della dichiarazione di voto, rendendo irrilevante l'orientamento della dichiarazione stessa ai fini dell'applicazione del secondo comma della disposizione menzionata⁽⁵⁴⁾? In quale rapporto stanno le disposizioni di cui al primo e al secondo comma dell'art. 2631 c.c.?

Si osservi come non solo le affermazioni dell'interpretazione « sostanziale », ma anche, anzi, gli stessi fautori dell'interpretazione « formale » così come della giurisprudenza richiamata, esprimono il convincimento che evidenziano la necessità che la situazione di conflitto sia « reale », « virtuale » ed « ipotetica », e tale sia al momento del voto⁽⁵⁵⁾. Dunque verificare se le affermazioni di necessità, di realtà della situazione di conflitto, da un canto, e di individuazione della finalità della norma nell'esigenza di tutela di correttezza formale delle deliberazioni, dall'altro canto, siano, o meno, compatibili.

L'esclusione dalla previsione di cui al primo comma dell'art. 2631 c.c. della possibilità di qualsiasi giudizio di merito — di valutazione concreta di conformità dell'interesse dell'amministratore personale o « per conto di terzi », e di quello della società, conseguenza dell'interpretazione di contrapposizione formale di interessi, è compatibile con l'affermazione della necessaria realtà della situazione di conflitto?

Una situazione di conflitto di interessi è reale quando gli interessi in conflitto siano tra loro incompatibili. La situazione di conflitto di interessi è

secondo, sia allorquando, ed equivalentemente, « sminuisce » la realizzazione dell'altro, ovvero non consenta di cogliere tutte le opportunità ⁽⁵⁶⁾.

La situazione di incompatibilità, e quindi di conflitto di interessi, è integrata (ed è reale) o quando l'interesse personale o per conto terzi dell'amministratore, finalizzato in senso inverso a quello rispondente all'interesse sociale, sia perciò tale da escludere, *ipso facto*, la possibilità di realizzazione dello stesso, sia (in termini non di contrapposizione, ma di equivalenza) allorquando l'interesse del primo sia comunque tale da « sminuire » l'attuazione dell'interesse sociale, ovvero non ne consenta tutte le opportunità in termini di maggior lucro sociale: perdite e ogni altro lucro o risparmio mancato ⁽⁵⁷⁾. La situazione di conflitto è sussistente e reale, dunque, quando l'interesse personale, o per conto di terzi, dell'amministratore, e l'interesse sociale, siano tra loro in termini di contrasto: ciò che si verifica sia se l'utile privato dell'amministratore sia immediatamente vantaggioso per lo stesso — sotto forma di incremento o di risparmio patrimoniale — e perciò tale da escludere la possibilità di realizzazione dell'interesse sociale: sia se, pur risultando garantito un interesse economico per la società, la realizzazione dell'interesse sociale rischi di essere « sminuita » da quella dell'interesse privato. Questa situazione, dovendo essere giudicata con riferimento al momento di assunzione della delibera, si realizzerà allorquando la possibilità di realizzazione dell'interesse privato dell'amministratore esponga ad « apprezzabili probabilità di danno » ⁽⁵⁸⁾ la società, dovendosi a tal fine far riferimento non solo a qualsiasi forma di mancato incremento di utilità o a perdite, ma anche a qualsiasi lucro o risparmio mancato.

Le due ipotesi di conflitto si equivalgono: la situazione di conflitto è integrata dall'incompatibilità degli interessi; questa può essere certa, quasi assoluta: la realizzazione del primo interesse escluderebbe *ipso facto* quella del secondo; o relativa, per la possibilità *prevalente*, rispetto a concorrenti interessi (eventualmente) esistenti, di « apprezzabili probabilità di danno » per la società, nel senso indicato. La situazione di incompatibilità,

« si risolve in una situazione di pericolo per l'interesse che può sacrificato dalla attuazione dell'interesse contrario » ⁽⁵⁹⁾.

La disposizione di cui all'art. 2631 c.c. non prevede infatti situazioni tipiche, alle quali ricollegare una situazione di pericolo, ma richiede, unanimemente sottolineato, l'effettiva sussistenza della situazione di conflitto, e, dunque, l'effettiva sussistenza della situazione di pericolo. L'azione di interesse concreto incorpora in sé l'elemento del danno ⁽⁶⁰⁾ l'elemento del danno è, più precisamente, della sua possibilità, rappresentata dalla verifica concreta degli effetti della delibera ⁽⁶¹⁾. È la possibilità di soddisfazione dell'interesse dell'amministratore, personale o « per conto terzi » a danno di quello sociale, l'elemento giuridicamente qualificante della situazione di conflitto per ciò (e solo così) esistente e reale, e da valutare nella sua esistenza e rilevanza, nel concreto dei singoli casi. Ciò che differenzia tra le due equivalenti ipotesi di incompatibilità è solo l'intensità di certezza della realizzazione del danno per la società; pressoché assoluta nella prima ipotesi, « apprezzabilmente probabile », nella seconda (nè merita un approfondimento questa gradazione di intensità, posto che le due ipotesi sono equivalenti) ⁽⁶²⁾.

Vero è che al fine di accertare la situazione di incompatibilità o conflitto, e quindi di conflitto, si deve verificare la possibilità che la delibera soddisfi l'interesse privato a danno di quello sociale, dovendosi con riferimento alla situazione concreta, al contenuto effettivo della delibera, e alla specificità di ogni singola ipotesi, e, necessariamente, al momento di assunzione della stessa (sulla scorta delle informazioni conosciute dall'amministratore). La disposizione in esame « richiede, infatti, che il conflitto di interessi sia attuale; sussista cioè al momento di assunzione della

⁽⁵⁹⁾ BETTIOL (R.), cit., p. 39.

⁽⁶⁰⁾ PREITE, *op. cit.*, pp. 430-2.

⁽⁶¹⁾ GAMBINO, *op. cit.*, pp. 244-50.

⁽⁶²⁾ Si pensi, a titolo di esempio, che anche nelle ipotesi in cui la contrarietà di interessi dell'amministratore rispetto a quello sociale, sia data dalla posizione antagonista del primo, quale controparte contrattuale — situazione nella quale la dottrina individua

⁽⁵⁶⁾ MINERVINI, *Sulla tutela dell'interesse sociale*, p. 10.

berazione, ed in relazione a tale momento possa desumersi il pericolo per l'interesse sociale in riferimento all'esecuzione della deliberazione. Non avranno pertanto rilevanza situazioni precedenti all'assunzione della delibera, né situazioni successive alla stessa seppure poste in essere dallo stesso amministratore »⁽⁶³⁾.

Questi, ai fini della rilevanza del conflitto, deve essere portatore di un interesse « extrasociale », la cui realizzazione, per sé immediatamente vantaggiosa, sia incompatibile con il maggior lucro sociale: l'interesse personale non realizza quello della società, o comunque, equivalentemente, lo espone ad « apprezzabili probabilità di danno »⁽⁶⁴⁾. Così, allorché la specifica relazione tra l'amministratore ed il terzo — da interpretarsi in senso ampio, al di fuori della dimostrazione di un conferimento di incarico⁽⁶⁵⁾ — comporti la deviazione del risultato dell'attività a favore del terzo e a danno dell'interesse sociale, essendo necessaria e sufficiente la sola possibilità di verificarsi dello stesso) della società nel cui consiglio la delibera interviene.

L'interesse personale, o per conto terzi, dell'amministratore (o da questi fatto valere), unitamente alla possibilità di danno, « apprezzabilmente probabile » al momento del voto, costituiscono i due elementi la cui reale sussistenza è necessaria al fine di quella della situazione di conflitto. Occorre ora verificare se esista un interesse personale o per conto terzi dell'amministratore e se questo sia compatibile con quello sociale, ovvero se la realizzazione del primo escluda quella del secondo o se questa sia egualmente realizzabile e se l'eventuale non realizzazione non si sia tradotta in un danno « apprezzabilmente probabile » al momento dell'assunzione della delibera⁽⁶⁶⁾. Dunque si dovrà ritenere che « non sussista conflitto di interessi quando vi sia una mera divergenza nel modo di attuare l'oggetto sociale, sia pure quando tale attuazione venga ad avvantaggiare un soggetto piuttosto che un altro; perché sussista il conflitto di interessi tra la società e l'amministratore occorre invece che quest'ultimo sia titolare di un interesse estraneo alla partecipazione sociale, e che tale interesse pertanto extrasociale venga a porsi in contrasto con l'interesse della società »⁽⁶⁷⁾. L'interesse dell'amministratore o « per conto terzi », non incompatibile con il maggior lucro sociale, non traducendosi in possibilità di danno per

la società, non è perciò tale da integrare una situazione di conflitto di interessi, ancorché « parallelo »⁽⁶⁸⁾, « coesistente » o « concorrente » a fini che, per sé considerati, possano definirsi extrasociali.

Perché la situazione di conflitto esista e sia « reale », è necessaria la sussistenza della possibilità di pregiudizio dell'interesse sociale a vantaggio di quello privato dell'amministratore (o da costui fatto valere): è questa possibilità, in ragione dell'obbligato riferimento al momento del voto, il cui danno ancora non può essersi verificato, a vantaggio dell'interesse sociale, che deve essere evitato, ad integrare la situazione di conflitto. Questa possibilità non può essere desunta dalla stessa situazione di conflitto che si deve accertare, perché da questa presunta, anche in ipotesi in cui possa fare difetto, è invece necessario, al contrario, che ci sia questa possibilità per affermare l'esistenza, « reale », della situazione di conflitto. Delle due l'una: o la situazione di conflitto deve (come deve) essere reale, o è sufficiente, alla verifica della sua integrazione, una contrapposizione formale di interessi. In mancanza di espressa previsione di situazioni tipiche, anche le più apparentemente macroscopiche situazioni di conflitto necessitano, per essere reali, della verifica della soddisfazione dell'interesse privato a danno di quello sociale. Le posizioni esteriori possono aver solo valore di indice di una situazione di conflitto che, per essere reale, richiede l'accertamento di tutti gli elementi considerati e quindi dell'effettivo contenuto della delibera⁽⁶⁹⁾.

⁽⁶⁸⁾ ROMANO, *op. cit.*, p. 128: « (...) non si chiede all'amministratore di rinunciare a una soluzione che possa apparire motivata da uno scopo personale, se solo essa si presenti conforme all'interesse sociale. Nella serie di interessi, il cui perseguimento si presenta parallelo alla contemporanea realizzazione dell'utile della società, interferiscono senza dubbio anche, in sé considerati, possono definirsi extrasociali. Fini individuali (...) che non possono essere esclusi qualora l'amministratore persegua, al tempo stesso, e con scrupolo estremo, l'interesse della società ».

⁽⁶⁹⁾ Trib. Milano, 9 novembre 1987, in *Giur. comm.*, 1988, II, p. 967s., con nota di PRETE, che, in riferimento alle deliberazioni assembleari, ha affermato (p. 976) « (...) se l'interesse (personale o di terzi) di cui il socio è concreto portatore nella specifica deliberazione assembleare si pone in contrasto o appare incompatibile con il suindicato interesse della società » (interesse dell'ente personificato a vedere destinato il suo patrimonio al

9. È stato obiettato ⁽⁷¹⁾ che, pur nella non favorevole propensione ad « agganciare » una sanzione penale alla mera inosservanza delle forme, « il dato normativo rappresenta, nella specie, una barriera difficilmente superabile »; né mancherebbero rilievi atti a giustificarlo: « certo sarebbe miglior cosa che la legge si fosse avvalsa della bilancia del saggia ed avesse consentito all'interprete una penetrante indagine delle singole situazioni. Tuttavia non può essere sfuggita ai compilatori la difficoltà di determinare, caso per caso, se nella sostanza il voto dato venisse o meno a collidere con l'interesse sociale, e il pericolo di una pratica disapplicazione della norma ove fossero state imposte ricerche fondate per lo più su giudizi e previsioni largamente opinabili. Così, da un lato si è comminata una pena pecuniaria in limiti edittali sufficientemente ampi, dall'altro si è incriminata, *sic ed simpliciter*, l'inosservanza dell'obbligo di astensione dal deliberare in presenza della situazione di conflitto, punendo la disubbidienza al precetto e l'irregolarità del voto che ne deriva, indipendentemente dai suoi effetti, i quali vengono presunti sul metro delle evenienze che caratterizzano di norma fatti del genere » ⁽⁷²⁾.

Il dato letterale imporrebbe, dunque, l'estromissione del contenuto della deliberazione, ritenendo irrilevante l'orientamento della stessa non solo ai fini di cui al primo comma, ma anche di cui al secondo comma della disposizione: sarebbe sufficiente la situazione di conflitto di interessi indipendentemente dalle conseguenze del comportamento dell'amministratore; l'eventuale pregiudizio derivato alla società costituirebbe solo una circostanza aggravante. Ma, come spiegare la configurabilità quale circostanza aggravante dell'effettivo verificarsi del pregiudizio se l'ipotesi semplice del delitto dovesse davvero realizzarsi con la mera violazione di un principio formale, prescindendo radicalmente da qualsiasi esigenza di tutela di interessi patrimoniali della società?

Lo stesso inquadramento nello schema dei reati c. d. di « pericolo pre-

⁽⁷¹⁾ CONTI, *op. cit.*, p. 244-5; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, cit., p. 470.

sunto » allude inequivocabilmente alla ovvia esigenza che una situazione di pericolo possa essere almeno astrattamente configurabile.

Il secondo comma della disposizione chiarisce che per aversi la rinuncia della fattispecie di cui al primo comma, l'amministratore deve aver votato per un proprio interesse privato: a favore del proprio interesse contro l'interesse sociale. Il capoverso, aggravando la posizione dell'amministratore che ha provocato danno alla società, dimostra che l'amministratore che non abbia fatto prevalere un interesse proprio (o per conto terzi) ed abbia deliberato nell'interesse della società — senza apprezzabile probabilità di danno al momento di assunzione della delibera — non essere ritenuto responsabile.

La disposizione deve essere letta nella sua globalità; non è dato determinare la situazione di conflitto come fattispecie di pericolo astratto, determinarsi indipendentemente dagli effetti della delibera che vengono presunti. Il capoverso della norma chiarisce ed impone, ad integrazione della fattispecie di conflitto — in coincidenza con l'insegnamento della Corte reggina ⁽⁷³⁾ — un'ipotesi di rischio concreto di lesione dell'interesse sociale e del vantaggio di quello privato ⁽⁷⁴⁾. In assenza di questi presupposti, nei casi sopra menzionati e nei casi di cui sopra, non si può giudicare esistente la situazione di conflitto e quindi inosservato l'obbligo di astensione ed irregolare il voto che ne deriva. Oggetto di tutela non è il « vincolo di fedeltà » che lega l'amministratore alla società ⁽⁷⁵⁾; ciò che si punisce è la lesione del patrimonio sociale — dell'interesse della società — operata per « mezzo » dell'adempimento del vincolo formale di fedeltà. La conformità a correttezza costituisce garanzia per la tutela dell'interesse della società nel senso che a fronte di una situazione di pericolo concreto per l'interesse sociale — e quindi di fronte di una situazione di conflitto di interessi — all'amministratore

⁽⁷³⁾ Cass. 25 febbraio 1959, *cit.* (supra al paragrafo 6): « Ai fini dell'applicabilità della prima parte dell'art. 2631, è sufficiente che la dannosità della delibera sia soltanto eventuale » (ma ci sia) « mentre la effettiva causazione di un pregiudizio a danno della società costituisce il motivo di aggravamento dell'illecito penale ». Così come le disposizioni del 1° comma dell'art. 2373 e del 3° comma dell'art. 2391 c.c., non possono essere considerate avulse dalle disposizioni del 1° comma dell'art. 2373 e del 3° comma dell'art. 2391 c.c.; che ne integrano e precisano il contenuto.

imposto l'obbligo di astensione; non nel senso che a presupposto della condotta siano assunte situazioni di « mero sospetto » anziché di effettivo pericolo ⁽⁷⁶⁾.

Questa la sola lettura consentita ed imposta dal secondo comma della disposizione, rispondente alla esigenza di realtà della situazione di conflitto, senza confusione tra le nozioni di danno e di conflitto. Bene si è ritenuto che « nell'art. 2631 c.c., se è vero che ci si trova in presenza di un'ipotesi in cui si previene il rischio cui sarebbe soggetta la società se venisse perseguito l'interesse individuale dell'amministratore, si detterebbe una norma direttamente impostata su un concetto di fedeltà in senso pregnante; non si tratterebbe più di un semplice accidente del comportamento, *lato sensu*, pregiudizievole, si invece di una peculiare nota di illiceità, derivante dalla deviazione della funzione istituzionale dell'amministratore ⁽⁷⁷⁾ ⁽⁷⁸⁾.

Né sembra che a diverso orientamento possano valere le obiezioni di difficoltà applicative (e non sicure affermazioni di indisponibilità di diversi strumenti giuridici di protezione) ⁽⁷⁹⁾ se le disposizioni devono essere applicate per quello che recitano, in ossequio ai principi di omogeneità del diritto e di necessità della sanzione penale.

Difficoltà applicative sorgono, anzi, a ritenere il possibile pregiudizio alla società una circostanza aggravante ⁽⁸⁰⁾: a seguito delle modifiche in

⁽⁷⁶⁾ BETTIOL (R.) *op. cit.*, p. 50; cfr. GAMBINO, *op. cit.*, pp. 262-71.

⁽⁷⁷⁾ ROMANO, *op. cit.*, pp. 133-4.

⁽⁷⁸⁾ Si consideri come è proprio nel vasto settore delle attività commerciali dove il legislatore ha mostrato di non accordare, solitamente, una tutela penale autonoma al momento di scorrettezza implicito nella ricerca dell'utile personale, e quindi di non preoccuparsi affatto di assicurare in ogni caso la cristallinità dell'operazione sociale: ciò è tanto vero che lo stesso legislatore ha introdotto una significativa differenza di trattamento tra i consiglieri di amministrazione, da un lato, e gli amministratori giudiziari e governativi, dall'altro, tra i quali solo questi ultimi possono rendersi responsabili del delitto di interesse privato, riformulato nell'art. 2637 c.c. Cfr. ROMANO, *op. cit.*, pp. 140-50; CONTI, *op. cit.*, p. 285s.

⁽⁷⁹⁾ V. *infra* al pr. 12. Si rinvia ai richiami bibliografici ed alle puntuali osservazioni di OFFIANI, *op. cit.*, pp. 96-101.

⁽⁸⁰⁾ Cfr. *ibid.*

tema di circostanze introdotte dalla legge 7 febbraio 1990 n. 19, l'attuale pregiudizio alla società non può più essere imputato per il solo della sua esistenza, ancorché non voluto ed anche ignorato. L'art. questo provvedimento prevede infatti in sostituzione del primo comma di cui al precedente art. 59 c.p., che « le circostanze che aggravano la pena sono valutate a carico dell'agente soltanto se da lui conosciute o ignorate per colpa o ritenute inesistenti per errore determinato dalla colpa ».

Anche sotto questo profilo si conferma dunque preferibile ritenere che in una situazione di conflitto esistente (e reale) quando l'interesse privato dell'amministratore e quello sociale siano incompatibili, verificandosi questa situazione sia nell'ipotesi che l'interesse del primo sia immediatamente taggioso per lo stesso e perciò tale da escludere la possibilità di realizzazione del secondo, sia in termini di equivalenza qualora, pur non essendo garantito un interesse economico per la società, la realizzazione dell'interesse sociale rischi concretamente di essere « sminuita » da quella dell'interesse privato, ovvero vi siano « apprezzabili probabilità di danno » per la società, e per qualsiasi forma di mancato incremento di utilità, anche, di qualsiasi lucro o risparmio mancato ⁽⁸¹⁾. Il secondo comma, aggravando la posizione dell'amministratore che ha provocato danno alla società dimostra che se questi non faccia prevalere l'interesse proprio « per conto terzi », deliberando nell'interesse della società, non può essere considerato il delitto *de quo*, in quanto non versa in una situazione di conflitto di interessi: dimostra che perché la situazione di conflitto esista, l'interesse privato dell'amministratore deve prevalere a danno di quello sociale. La situazione che dovendo essere giudicata con riferimento al momento di sanzione della delibera si risolve in una situazione di pericolo concreto e prevalente di danno per la società. Il danno alla società in favore dell'interesse privato, si traduce, stante il necessario riferimento al momento

del reato, giacché l'art. 2631 c.c. richiede soltanto la coscienza e volontà di partecipare alla deliberazione e, ovviamente, la consapevolezza di trovarsi in una situazione di conflitto. Il pregiudizio che può derivare alla società può essere non voluto e anche ignorato, ma non è imputato per il solo fatto della sua esistenza.

assunzione della delibera, nel rischio concreto (« apprezzabilmente probabile ») e prevalente di verifica dello stesso.

La reale possibilità di danno e l'esistenza dell'interesse privato dell'amministratore (nel cui vantaggio si attuerebbe tale possibilità) sono i due elementi che qualificano la condotta del delitto, così come prevista, rispetto ai quali l'ipotesi di cui al capoverso si pone come verifica dell'evento dannoso.

Il primo comma della norma prevede un'ipotesi di reato di mera condotta qualificata dall'esistenza dell'interesse privato dell'amministratore, personale o per conto di terzi, e dalla concreta possibilità di danno per la società, in termini di maggior lucro sociale, a vantaggio del primo: in assenza di questa effettiva possibilità e del vantaggio privato, si sarà in presenza di una condotta non prevista dalla norma, e, in quanto tale, giuridicamente irrilevante. Qualora invece entrambi questi requisiti esistano potrà affermarsi oggettivamente integrata la condotta prevista, rispetto alla quale l'ipotesi del capoverso costituisce la verifica dell'evento dannoso.

Trattasi dunque di delitto aggravato dall'evento che in quanto tale non subisce l'effettiva limitazione di attuazione pratica imposta dalla modifica di conoscenza per la valutazione a carico dell'agente della circostanza aggravante, di cui all'art. 1 della citata legge n. 19/90, e che garantisce l'equilibrio della propria applicazione i cui rischi di eccesso dovrebbero essere resi impossibili (o, più realisticamente, temperati) da una corretta interpretazione di integrazione dell'elemento oggettivo ed anche di quello soggettivo, dovendo la situazione di conflitto essere conosciuta ⁽⁸²⁾.

Questa la sola interpretazione imposta dalla norma, non contraddittoria, in omogeneità alla disciplina civile, rispondente all'indirizzo della Suprema Corte ed al contempo necessariamente idonea a superare, coerentemente, i limiti di configurabilità oggettiva della situazione di conflitto in questo evidenziati ⁽⁸³⁾.

Si conferma dunque valida la premessa impostazione dell'interpretazione sostanziale ⁽⁸⁴⁾: la gestione dell'amministratore (specie nei grandi

⁽⁸²⁾ Perché del danno causato alla società sia chiamato a rispondere l'amministratore

organismi) deve « logicamente » ed « inevitabilmente » essere valutato con il metro « del risultato, cioè dell'utile o della perdita subita dalla società ». E, dovendosi eliminare ogni valutazione *ex post*, che si tratterebbe in un impossibile ed indebito sindacato di merito degli atti compiuti dall'amministratore (così sostituendo con il « senno del proprio personale apprezzamento a quello espresso o attuato dall'organismo all'uopo legittimato » ⁽⁸⁵⁾, è necessario riportarsi al risultato quale era prevedibile *ex ante* ⁽⁸⁶⁾: la situazione di incompatibilità di interessi si traduce perciò nell'accertamento dell'interesse privato e delle condizioni della situazione, ovvero nella verifica della loro potenzialità a recar danno alla società o a essere tali da non consentire di trarre tutte le possibili utilità, che si traduce in una situazione di pericolo, e di pericolo concreto.

10. Detta situazione di pericolo concreto a vantaggio dell'interesse privato dell'amministratore deve essere accertata, al fine di giudicare dell'esistenza o meno di una situazione di conflitto di interessi, anche rispetto all'ipotesi di gruppo di società: deve cioè essere verificata la possibilità di soddisfazione dell'interesse privato dell'amministratore a danno di quello della società nel cui consiglio interviene la delibera.

A questi effetti se è vero che « il carattere obiettivo e astratto dell'interesse sociale (...), comporta che il gruppo controllore della holding può sacrificare gli interessi dei soci di minoranza di una società, in vista dei fini generali di gruppo » ⁽⁸⁷⁾, è altrettanto vero che « nella valutazione dell'interesse in gioco deve trovare ingresso, accanto all'interesse della società, anche l'interesse del gruppo cui la società appartiene » ⁽⁸⁸⁾.

Ciò non significa che quest'ultimo debba essere necessariamente prevalente (o soccombente): ciò che però occorre è l'accertamento di un concreto pericolo per l'interesse sociale attraverso l'esame delle circostanze fatte al momento di assunzione della delibera. D'altra parte la situazione di conflitto di interessi sussiste quante volte questi ultimi siano incompatibili tra loro; situazione che si verifica sia allorché la realizzazione dell'ir-

⁽⁸⁵⁾ V. la giurisprudenza richiamata ed il commento critico di BONELLI, *La re-*

privato sia tale da escludere quella dell'interesse sociale; sia — ed è certamente questa l'ipotesi più frequente in presenza di una situazione di gruppo — allorquando, rispetto a concorrenti interessi, l'apprezzabile probabilità di danno per la società, a vantaggio dell'interesse privato, sia prevalente.

Il carattere « obiettivo » e « astratto » dell'interesse sociale, nonché il principio di autonomia giuridica delle società appartenenti al gruppo ⁽⁸⁹⁾, si pongono come limite, o, più esattamente, come elemento di giudizio, ai fini della valutazione dell'interesse sociale; così la valutazione, accanto all'interesse della società, dell'interesse del gruppo cui la società appartiene, agli effetti di un giudizio che si risolve in una valutazione di prevalenza. E per consentire la valutazione anche dell'interesse del gruppo, non è necessario affermare che « l'interesse del socio di maggioranza non è un interesse in antitesi con l'interesse sociale; aspira, esso stesso, ad essere considerato come interesse sociale, ossia come un interesse di gruppo, del quale la controllante si fa portatrice entro le assemblee delle controllate » ⁽⁹⁰⁾; in assenza di un'espressa previsione normativa che sancisca la prevalenza dell'unicità dell'attività economica, è sufficiente affermare che l'interesse del socio di maggioranza non è, necessariamente, un interesse particolare in antitesi con l'interesse sociale. Le posizioni esteriori possono avere solo valore di indice di una situazione di conflitto che, per poter essere giudicata esistente e reale, comporta l'accertamento del concreto ed effettivo contenuto della delibera ⁽⁹¹⁾.

Il criterio è dunque quello della verifica della possibilità che la deliberazione soddisfi l'interesse privato a danno di quello sociale, ovvero dell'esistenza di un interesse personale o per conto terzi (del gruppo) del-

⁽⁸⁹⁾ Non si ritiene di poter concordare con le osservazioni di MANGANO, *L'infedeltà patrimoniale degli amministratori nei gruppi di imprese*, in *Riv. D. Pen. Econ.*, 1989, p. 1003s., ivi, p. 1010-1. Cfr. PREITE, *op. cit.*, p. 405-7.

⁽⁹⁰⁾ GALGANO, *Qual è l'oggetto*, cit., p. 337; (v. *supra*, par. 4).

⁽⁹¹⁾ MINERVINI, *Sulla tutela*, cit., p. 320; D'ALESSANDRO, *La seconda direttiva e la parità di trattamento degli azionisti*, in questa *Rivista*, 1987, p. 12. V. *supra*, ai paragrafi 2 e 8,

l'amministratore e della compatibilità con quello sociale: se la reazione del primo escluda quello del secondo, o, comunque, ne « nuiscia » le possibilità di realizzazione.

L'interesse fatto valere con il voto dall'amministratore non incompatibile con il maggior lucro sociale, non traducendosi in possibilità di danno per la società e quindi in una situazione di incompatibilità che integri una situazione di conflitto di interessi, non è quindi tale da rientrare in una fattispecie, ancorché « parallelo », « coesistente » o « concorrente » fini che, per sé considerati, possono definirsi extrasociali ⁽⁹²⁾.

Così la Suprema Corte allorquando ha sottolineato — pur con il limite di definizione soggettiva e non oggettiva della fattispecie ⁽⁹³⁾ — che « lorché l'interesse confliggente da cui l'amministratore deve essere astenuto riguarda un terzo che non figura o un'altra società nel cui seno rivesse una consimile investitura organica, è necessario, al fine di stabilire l'esistenza di una genuina contrapposizione nell'atteggiamento psicologico di cui si deve tenere a deliberare, « tenere nel debito conto i rapporti che intercorrono tra i diversi enti sociali. È di tutta evidenza, infatti, che quanto le varie situazioni siano collegate e interdipendenti, la sfavorevole attuazione di una situazione nell'ambito di una fra esse può costituire la contropartita di un altro risultato cospicuo o concreto risultato, raggiunto nel senso di un'altra ».

La possibilità di pericolo concreto, rispetto ad una situazione di gruppo di società, deve pertanto essere giudicata nel concreto delle ipotesi, ed in particolare, tenendo nel debito conto « i particolari rapporti che intercorrono tra i diversi enti sociali ».

I particolari rapporti tra società di uno stesso gruppo possono, nel concreto delle singole ipotesi, valere ad escludere la possibilità di danno (ossia il rischio concreto) di danno per la società: ciò che si verifica lorché, con riferimento al momento di assunzione della delibera, la possibilità di realizzazione dell'interesse della società appare « apparentemente prevalente » rispetto a concorrenti interessi (eventualmente divergenti e corrispondenti ad un interesse privato dell'amministratore

⁽⁹²⁾ V. *supra*, paragrafi 2 e 7. Cfr. GAMBINO, *op. cit.*, p. 245 e s., e, da ultimo, DI PEPE, *Il gruppo di imprese*, 1990, p. 148-9.

e, in ragione dei particolari rapporti tra le società, la possibilità di realizzazione dell'interesse sociale è « apprezzabilmente prevalente » (con esclusione della possibilità di rischio concreto di danno per la società), è la stessa fattispecie oggettiva di incompatibilità, e quindi di conflitto, a fare effetto. Il fatto non è illecito, in quanto non si è in presenza della condotta oggettiva prevista dalla norma.

L'ipotesi è la stessa che può verificarsi rispetto al delitto di appropriazione indebita ⁽⁹⁶⁾ con riferimento al requisito oggettivo della « altruità » del profitto, ovvero dell'estraneità rispetto al proprietario del bene del profitto: se questo fosse a vantaggio dello stesso proprietario del bene — della società titolare dei fondi « gestiti » dalla propria capogruppo — farebbe effetto il carattere di « ingiustizia » del profitto richiesto dalla norma ⁽⁹⁷⁾. I particolari rapporti tra le società del gruppo possono infatti valere ad escludere l'elemento di altruità del profitto, se, con riferimento all'interesse della singola società, bilancino positivamente il sacrificio della stessa, così compensandolo e facendo venir meno la « materia prima » della appropriazione indebita ⁽⁹⁸⁾. Ciò che equivale ad affermare la non prevalenza delle « apprezzabili probabilità di danno », ovvero l'« apprezzabile prevalenza » dell'interesse sociale.

Questo si verificherà allorché, attraverso una valutazione affatto concreta ⁽⁹⁹⁾, risulti che gli interessi, ragione dell'operazione, non siano « affatto estranei », ovvero incompatibili rispetto a quelli della società, nei confronti della quale sarebbe altrimenti assumibile la sottrazione per finalità extrasocietarie, in quanto titolare dei fondi impiegati.

L'incompatibilità di interessi esclude la possibilità di assenza dei caratteri di « altruità » ed « ingiustizia » del profitto, così integrando la fattispecie appropriativa, così come integra la fattispecie del conflitto di interessi.

⁽⁹⁶⁾ V. *supra*, § 5.

⁽⁹⁷⁾ Cfr. MILITELLO, *Aspetti penalistici*, cit., p. 35; PEDRAZZI, *op. ult. cit.*, p. 160.

⁽⁹⁸⁾ PEDRAZZI, cit. nt. prec., p. 160: « Fino a quando il bilancio è positivo, fino a quando il sacrificio della controllata risulta adeguatamente compensato, viene meno la "materia prima" dell'appropriazione indebita: l'operazione resta nell'ambito della legittima ».

Non si possono individuare con criteri formali i soggetti beneficiari del profitto, ed in particolare non basta la sola differenza di soggettività giuridica: se risulta concretamente impedita la possibilità di affermazione di altruità (integrale) del profitto, viene meno lo stesso elemento oggettivo della fattispecie di cui all'art. 646 c.p. ⁽¹⁰⁰⁾.

Risulta in tal modo confermata l'impossibilità di accoglimento dell'interpretazione « formale » alla stregua della quale « l'art. 2631 c.c. si dovrebbe applicare non solo quando l'organismo sociale non è stato dalla deliberazione nei suoi interessi, ma anche quando il comportamento del singolo amministratore non possedeva alcun contenuto lesivo nei confronti della società e, addirittura, dato il riferimento ad una mera posizione antagonista formale, quando la società, *ex ante*, poteva non correre un rischio concreto, il minimo rischio » ⁽¹⁰¹⁾.

I particolari rapporti tra le società possono concretamente far sì che il voto fatto valere dall'amministratore non sia incompatibile con il massimo lucro sociale e dunque non si traduca in possibilità di danno e quindi in conflitto, in quanto non sia concretamente tale da « sminuire » la possibilità di realizzazione dell'interesse sociale, imponendo alla società per il voto non consentendo possibilità di lucro o di risparmio.

Il danno alla società infatti — in necessaria coerenza con la conferita impostazione che vuole la gestione valutata secondo il metro del « utile o perdita » (utile o perdita alla società) e quindi con la finalità della norma — deve avere natura patrimoniale ⁽¹⁰²⁾, ed includere sia il danno emergente sia il lucro cessante (mancata realizzazione del vantaggio patrimoniale altrimenti conseguibile).

Occorre insomma verificare se l'interesse della società poteva essere concretamente realizzabile o se, comunque, la sua non realizzazione fosse tale da poter concretamente concretizzare in un danno patrimoniale, determinando una perdita o consentendo possibilità di lucro o risparmio altrimenti conseguibili: la prevalente possibilità di realizzazione di danno a vantaggio dell'interesse sociale, fatto valere dall'amministratore integra la situazione di conflitto.

È la prevalente possibilità di realizzazione di un danno patrimoniale per la società (lesione dell'interesse sociale) a vantaggio di quello patrimoniale (per sé o per conto di terzi) fatto valere dall'amministratore, il me-

giudizio: dovendosi precisare che se è necessaria, per le ragioni e nei termini chiariti, la natura patrimoniale del danno per la società, non è affatto necessario che l'interesse privato abbia la stessa natura. Quest'ultimo può essere il più vario: ciò che rileva è che non si traduca in una prevalente potenzialità di mancata realizzazione dell'interesse sociale a vantaggio dello stesso ⁽¹⁰⁵⁾.

Il conflitto risulterà dunque escluso, innanzitutto, quante volte l'interesse sia espressamente quello di evitare la possibilità di danno alla società, alla condizione che lo stesso, ancorché corrispondente, anche all'interesse privato fatto valere dall'amministratore, sia concretamente idoneo ad evitarla.

Così, precipuamente, ogni qualvolta, in ragione di un'ipotesi di gruppo, originata da una situazione di controllo totalitario ⁽¹⁰⁴⁾, il fine di chi amministra la società controllante (capogruppo) sia espressamente quello di evitare di esporre la società amministrata alle conseguenze di responsabilità illimitata *ex art. 2362 c.c.*. Nell'ipotesi di finanziamento gratuito concesso dalla capogruppo alla società figlia (controllata al 100%) proprio al fine di evitare lo stato di insolvenza della società che comporterebbe una responsabilità illimitata, propria, per le obbligazioni sociali della seconda, è evidente la concreta idoneità dell'interesse, e della sua attuazione, della società capogruppo ad evitare una situazione di concreto rischio di pregiudizio a se stessa: l'interesse della società capogruppo alla largizione gratuita del finanziamento non si traduce in una prevalente possibilità di mancata realizzazione dell'interesse sociale, ma, anzi, in una situazione di prevalente vantaggio dello stesso.

Così, ugualmente e per le stesse ragioni, anche nelle ipotesi che la concessione del finanziamento sia deliberata a vantaggio della società figlia allorché la stessa si trovi già in stato di insolvenza ed il finanziamento consenta alla società la possibilità di recupero della propria redditività, tutelando al contempo l'immagine del gruppo, la lesione della fiducia nel quale è certamente suscettibile di tradursi altresì in un (ulteriore) danno patrimoniale per la stessa capogruppo.

Se manca una prevalente possibilità di danno patrimoniale per la società a vantaggio dell'interesse privato, è esclusa, per ciò stesso, la situa-

Diversamente nell'ipotesi di finanziamento gratuito alla società in stato di decozione irreversibile: il danno derivante dall'impossibilità di recupero del finanziamento, dalle conseguenze della responsabilità illimitata, dalla lesione dell'immagine e della stessa efficienza del gruppo, è non solo prevalente, ma unico, rispetto a qualsiasi alternativa di possibile realizzazione dell'interesse della società capogruppo ⁽¹⁰⁵⁾.

Così si è orientata la giurisprudenza civile, di merito e di legittimità ⁽¹⁰⁶⁾, allorché afferma che gli interventi gratuiti a favore di una società giuridicamente autonoma siano legittimi a condizione che risultino essere preordinati al soddisfacimento di un proprio interesse economico, sia pur « mediato » o « indiretto », ma giuridicamente rilevante. Se l'azione è concretamente preordinata e idonea alla soddisfazione di un proprio interesse economico, patrimoniale, tale possibilità di soddisfazione è perciò giuridicamente rilevante, ancorché indiretta. Come giuridicamente è stato affermato ⁽¹⁰⁷⁾ e chiarito, questa forma indiretta e mediata di realizzazione dell'interesse sociale altro non è che un modo di attuazione dello stesso. La sola divergenza nel modo di attuazione dell'oggetto sociale, pur a vantaggio di un soggetto piuttosto che un altro, non costituisce motivo di conflitto di interessi; l'esistenza del conflitto richiede che l'interesse privato dell'amministratore sia estraneo alla partecipazione sociale e che l'interesse extrasociale si ponga in contrasto con l'interesse della società.

Certo è necessario valutare le singole circostanze, considerata l'ipotesi di finanziamento gratuito — con riferimento alla sua concreta attuazione — l'esistenza di limiti che la giurisprudenza civile — con riferimento alle ipotesi di finanziamenti gratuiti — ha individuato nella possibilità di danno al gruppo e nella sua verifica. Sicuramente, come indicato, è questo elemento concreto del quale si deve tener conto, e tuttavia non può essere considerato né il solo, né l'unico limite; si corre altrimenti il rischio

⁽¹⁰⁵⁾ Ritiene ravvisabile un'ipotesi di conflitto allorché sia accertabile che l'interesse della società controllata al proprio sviluppo, massimizzazione dei propri utili, dipenda in parte dalle condizioni economiche della controllante, PRETE, *op. cit.*, p. 426-7; cfr. F. L. *cit.*, p. 480, che giudica il c.d. « coefficiente di frode » ravvisabile in quelle situazioni

contraddizione che si è cercato di porre in evidenza ⁽¹⁰⁹⁾ tra condizione particolare di non illiceità (effettiva possibilità di rimborso, previa necessaria verifica della stessa) ed affermazione in termini generali di non illegittimità degli interventi gratuiti preordinati alla soddisfazione di un proprio interesse economico, sia pur « mediato » e « indiretto », ma giuridicamente rilevante. Più corretto è affermare che l'interesse privato dell'amministratore non incompatibile con il maggior lucro sociale, non traducendosi in possibilità di danno per la società, non integra, perciò, la situazione di conflitto di interessi, ancorché parallelo, coesistente o concorrente (mediato o indiretto) a fini che, per sé considerati, possono definirsi extrasociali. La possibilità di rimborso e la sua verifica costituiscono uno degli elementi concreti da valutare al fine di giudicare l'incompatibilità o meno con il maggior lucro sociale — il rischio concreto di danno per la società — ma non necessariamente l'unico, e prevalente ⁽¹¹⁰⁾.

Diversamente la citata giurisprudenza di merito penale ⁽¹¹¹⁾ che giudica la delibera di finanziamento gratuito della controllante a favore della controllata « sicura » violazione del primo comma dell'art. 2631 c.c., indipendentemente dal verificarsi di un danno, senza che possa essere attribuita rilevanza alla situazione di controllo al 100% che non comporta « automaticamente » un'identità di interessi delle due società, dovendo pur sempre il patrimonio della controllante conservare la propria autonomia a garanzia degli interessi dei creditori e di tutti i soci.

Come precedentemente sottolineato dall'orientamento della giurisprudenza di legittimità, ad integrare la situazione di conflitto di interessi non è necessario il concreto verificarsi di un danno, essendo sufficiente, ed indispensabile, la possibilità del suo verificarsi. Non solo l'affermazione della giurisprudenza di merito risulta viziata dalla stessa ambiguità di formulazione della interpretazione formale alla quale si richiama ⁽¹¹²⁾, ma omette anche di considerare sia la rilevanza della situazione di controllo totalitario, sia, ed in ragione della non correttezza delle due premesse, la contraddizione tra affermazione di garanzia del patrimonio sociale (motivata dall'autonomia giuridica) ed esigenza di realtà di tutela dello stesso,

soffocata dalla conclusione di violazione indipendentemente dalla violazione di un danno.

Se in presenza di una situazione di controllo totalitario l'interesse fatto valere da chi amministra la società controllante è proprio quello di evitare le conseguenze di una responsabilità illimitata *ex art. 2362* (evitando nel contempo la lesione della immagine del gruppo suscettibile, alla sua volta di tradursi in un concreto danno patrimoniale), questo stesso interesse, se concretamente idoneo nel senso che si è indicato, è per lo stesso giuridicamente rilevante. Erroneo quindi affermare che la stessa situazione non comporta una « automatica identità di interessi » della controllante e della controllata, dovendo il patrimonio della capogruppo conservare la propria autonomia a garanzia dei creditori e di tutti i soci: se l'interesse fatto valere da chi amministra la società capogruppo (società controllante) è concretamente idoneo ad evitare la possibilità di danno per la stessa, a vantaggio proprio della possibilità di realizzazione dell'interesse sociale, l'esistenza della situazione di conflitto è perciò stesso esclusa: che è esatta, in quanto si verifica allorché l'interesse sia quello di evitare un danno patrimoniale alla società che si amministra e lo stesso sia, in ragione delle effettive circostanze, concretamente idoneo ^(112 bis).

Né vi è incompatibilità con il principio di autonomia delle società appartenenti al gruppo: l'interesse fatto valere dagli amministratori della controllante è proprio l'interesse « proprio » della società ad evitare un'effettiva possibilità di danno alla stessa. Se la forma di realizzazione dell'interesse è concretamente idonea e prevalente, costituisce una forma di realizzazione dell'interesse della società, capace non solo di tutelare le ragioni di credito dei soci di maggioranza e di minoranza della capogruppo ⁽¹¹³⁾ — dal cui diverso interesse deve valutarsi la sussistenza o meno della situazione di conflitto — ma altresì di quelli « concorrenti » della società figlia (controllata) — E proprio l'esigenza di tutela del patrimonio, per le ragioni di quest

^(112 bis) In questo senso CRESPI, *Rassegne di diritto societario*, in questa *Rivista*, 1499, il quale, commentando questa stessa giurisprudenza di merito, si domanda se non siano seriamente da definire *estranei* agli interessi della società controllante le vicende gestite da una società controllata nella sua totalità. Ritiene che il conflitto di interessi sia

gorie, ad essere garantita; senza la contraddittorietà di posizioni tra garanzia di questi interessi ed affermazioni, di violazione di un obbligo di « correttezza formale », indipendente dall'accertamento di qualsiasi possibilità di danno e quindi incompatibile con qualsiasi valutazione concreta delle singole ipotesi e dunque con l'asserita necessità di realtà della situazione di conflitto ⁽¹⁴⁾.

In siffatte ipotesi non si è in presenza di un parametro predeterminato dalla norma — si pensi alla fattispecie di cui all'art. 2446, penalmente sanzionata all'art. 2630, secondo comma, n. 2, c.c. — superato il quale vi è un obbligo dell'amministratore, la cui violazione costituisce reato. In assenza di espresso riferimento normativo il metro di giudizio è dato dalla possibilità, dalla prevalente possibilità di danno per la società nella verifica delle concrete circostanze: e ciò anche al di fuori delle ipotesi in cui il fine espresso sia quello di evitare un pregiudizio alla società e di situazioni di gruppo originate da un rapporto di controllo totalitario.

Si consideri, a titolo di esempio, l'ipotesi in cui la maggioranza degli amministratori di una società del gruppo deliberi una proposta di aumento di capitale da effettuarsi mediante il conferimento di società delle quali gli stessi non siano anche necessariamente gli amministratori, ma che siano società appartenenti allo stesso gruppo del quale i medesimi siano espressione ⁽¹⁵⁾.

Si potrebbe contestare l'esistenza in capo agli amministratori della prima società di una situazione di conflitto a vantaggio degli interessi del gruppo. Poiché, tuttavia, la sola possibilità di duplicità di posizione di interessi in capo agli stessi non integra una situazione di conflitto di interessi, al fine di giudicare l'esistenza o meno di questa è necessario verificare che gli amministratori abbiano realizzato il proprio particolare interesse per conto del gruppo, a danno della società nel cui consiglio hanno deliberato la proposta di aumento di capitale: è necessario cioè accertare se vi sia effettiva incompatibilità, ovvero se, con riferimento al momento di assunzione della delibera di proposta di aumento del capitale della società, questo stesso importasse un concreto rischio di danno a vantaggio del gruppo.

⁽¹⁴⁾ V. *supra*, §§ 4 e 8.

⁽¹⁵⁾ Per un'ipotesi analoga nella quale la società controllante vota in un'assemblea di una controllata un aumento di capitale da deliberare mediante conferimento in natura della propria partecipazione in altra società, GALGANO, *Circolazione delle partecipazioni azionarie*, cit., p. 358-62; GRASSETTI, *Fusione per incorporazione e conflitto di interessi*, in *Giur. comm.*, 1979, I, p. 794s.; GOMMELLINI, *Le operazioni leveraged buyout di fronte al diritto delle società*, in *Riv. dir. comm.*, 1989, p. 161s. (in particolare pagg. 171-4).

Devesi insomma verificare se la possibilità di danno alla società — sotto il profilo del maggior lucro sociale — sia prevalente in ragione e a vantaggio dell'interesse per conto del gruppo fatto valere dagli amministratori; ciò che non può avvenire che con riferimento alle concrete condizioni dell'operazione.

A tal fine si dovranno, in particolare, valutare sia la congruità del valore dichiarato delle società che si intendono conferire, sia l'utilità che allo stesso si provveda mediante i conferimenti proposti.

È evidente che se le imprese oggetto di conferimento fossero ipervalutate, o, ancorché equamente valutate, si rivelassero prive di qualsiasi sinergismo rispetto all'attività svolta dalla società nel cui seno si è proposto l'aumento, il voto espresso si risolverebbe a danno della società e a vantaggio del gruppo di espressione.

Diversamente se, in presenza di una valutazione congrua, l'attività oggetto delle società da conferirsi sia in stretto sinergismo (o comunque utile) con l'attività svolta dalla società il cui capitale si è proposto di aumentare: qualora, infatti, l'utilità rispetto alla attività svolta fosse soltanto parziale e tale da determinare una concreta possibilità di danno per la società sotto il profilo dell'impedimento del maggior lucro sociale, a vantaggio del gruppo di espressione, sarebbe da ritenersi integrata la situazione di conflitto.

Solo in questi limiti, che si risolvono in un giudizio di legittimità dell'operazione, è dato valutare la necessità o meno della proposta di aumento di capitale, che di per sé, in quanto scelta gestionale, non è sindacabile nel merito della convenienza per la società ⁽¹⁶⁾.

11. Essendo il reato punibile a titolo di dolo, per la sussistenza dell'elemento soggettivo è indispensabile che l'amministratore si sia rappresentato la situazione di conflitto ⁽¹⁷⁾. È stato in proposito osservato che « l'art. 2631 c.c. (...) attraverso il riferimento all'interesse, personale o di terzi,

⁽¹⁶⁾ Sembra ritenere che poiché le scelte gestionali non sono sindacabili nel merito, il solo limite, (al di fuori di quello concernente il « quantum » di aumento del capitale) rilevante ai fini di un giudizio che deve essere di legittimità è che l'oggetto del conferimento non sia « manifestamente inutile » alla società e motivato dall'unico intento di accrescere la posizione di potere del socio a danno degli altri azionisti « non potendo sindacare se risponda o no all'interesse della società l'acquisizione di quel dato bene o se corrisponda all'interesse di essa l'acquisto a titolo di conferimento anziché di compravendita », GALGANO, *op. ult. cit.*, p. 361-2; cfr. PRETE, *op. cit.*, p. 451-2.

⁽¹⁷⁾ Cfr. Cass. 25 febbraio 1959, *cit.*; STELLA, *cit.* p. 945-6; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, p. 470-1; CONTI, *Disposizioni penali*, cit., p. 248-9.

opposto all'interesse sociale, oggettivizza la situazione base del conflitto, presupposto della condotta (...), e diviene forse eccessivamente rigoroso, poiché finisce per colpire anche il comportamento del soggetto che non si rappresenti con certezza il pregiudizio cui espone la società »⁽¹¹⁸⁾. Trattandosi di reato di mera condotta che richiede in quanto tale come unica rappresentazione l'esistenza del conflitto di interessi, l'affermazione deve essere verificata. Nondimeno ci sembra che sarebbe contraddittorio oggettivizzare la situazione base del conflitto, come contrapposizione formale, attraverso il riferimento all'interesse privato opposto a quello sociale, dopo esserci sforzati di chiarire come la norma abbia riferimento ad una situazione oggettiva e non formale di interessi; e che il dubbio sia superabile proprio se si considera qual è la condotta giuridicamente rilevante. Se infatti in assenza di un evento naturalistico può sembrare che il dolo risulti « svincolato » da qualsiasi aspetto lesivo di interessi patrimoniali, l'analisi della condotta giuridicamente rilevante ci porta ad escludere questa eventualità. Ciò perché la condotta così come prevista dalla norma consiste nella partecipazione alla deliberazione consiliare in stato di conflitto di interessi, e questo è presente allorché la realizzazione dell'interesse privato escluda la possibilità di realizzazione di quello sociale, o, comunque (ed equivalentemente) lo esponga ad « apprezzabili probabilità di danno », ovvero ne metta concretamente in pericolo la possibilità di realizzazione. Dunque, poiché la condotta prevista è la dazione del voto in stato di conflitto di interessi dell'amministratore, ovvero il voto con interesse concretamente idoneo ad escludere o a mettere in pericolo la possibilità di realizzazione dell'interesse sociale e poiché nei reati privi di evento è sufficiente e necessario che il soggetto abbia voluto l'azione *che di per sé stessa costituisce reato* e che per la sussistenza del dolo siano conosciute dal soggetto agente *tutte* le caratteristiche di descrizione del reato previsto dalla norma, l'amministratore per rappresentarsi la situazione di conflitto deve rendersi conto che l'interesse da lui fatto valere con il voto è tale da escludere o mettere concretamente in pericolo la possibilità di realizzazione dell'interesse sociale.

Il dolo sarà dunque escluso quante volte gli amministratori risultino aver agito nella certezza di poter realizzare al meglio l'interesse della società rappresentata ovvero nell'ignoranza della situazione di conflitto. In questa valutazione, rispetto ad ipotesi di gruppo di imprese, devono rien-

⁽¹¹⁸⁾ ROMANO, *op. cit.*, p. 192-3. Cfr. PEDRAZZI, *Gli abusi*, cit., p. 560; CONTI, *op. ult. cit.*, p. 241. *Contra*, BETTIOL (R.), *op. cit.*, p. 60-1.

trare i particolari rapporti tra le società che vi appartengono⁽¹¹⁹⁾: il dolo sarà escluso se la situazione di conflitto, pur oggettivamente esistente al momento del voto, non sia avvertita come tale, sia pur per errore di valutazione, anche per colpa, che si risolverebbe in un errore sul fatto costituente reato ed in quanto tale possibile ragione di responsabilità civile, ma non di responsabilità penale, se abbia determinato in capo all'amministratore la certezza della compatibilità degli interessi. Le affermazioni in chiarimento della valutazione effettuata al momento del voto, e dei riscontri oggettivi, costituiranno lo spartiacque tra dichiarazioni a scopo difensivo ed ipotesi di effettivo difetto di consapevolezza della situazione di conflitto per la certezza della non incompatibilità di interessi.

Così, ovviamente, nell'ipotesi di ignoranza della situazione di conflitto per mancanza assoluta o incompleta informazione resa all'amministratore al quale non venga riportata la esatta e reale rappresentazione della situazione, che, se conosciuta, sarebbe stata avvertita come di conflitto. Poiché infatti la norma non impone un obbligo di dichiarazione della situazione di conflitto⁽¹²⁰⁾ è ben possibile che l'amministratore o non venga edotto di nessuno dei potenziali elementi di conflitto o riceva un'informazione solo parziale (o viziata) che non gli consenta la rappresentazione della situazione di conflitto, o addirittura, lo convinca dell'assenza della stessa.

È dunque auspicabile l'introduzione di un obbligo di denuncia della situazione di conflitto, così come già previsto dall'art. 2391, commi 1° e 2°, c.c.⁽¹²¹⁾; non essendovi invece alcun divieto di partecipazione all'adunanza ed alla discussione antecedente alla votazione⁽¹²²⁾; la quale è anzi opportuna al fine di chiarire l'oggetto ed i termini della delibera da votare.

Potrà poi verificarsi che un amministratore denunci la possibilità di una situazione di conflitto, ma convinca gli altri membri del consiglio dell'assenza di possibilità di danno per la società e quindi della situazione di conflitto; in quest'ipotesi qualora la situazione si riveli di conflitto (sempre con riferimento al momento del voto, ad esempio per aver il primo amministratore taciuto circostanze o modalità della operazione da deliberare), gli amministratori che a seguito delle affermazioni del primo hanno votato

⁽¹¹⁹⁾ Così, come chiarito, Cass. 25 febbraio 1959 (v. *supra* al par. 6).

⁽¹²⁰⁾ Cfr. la sentenza Cass. cit. nt. prec., e, in dottrina, STELLA, *cit.*, p. 48; CONTI, *Diritto penale commerciale*, cit., p. 395; ZUCCALÀ, *op. cit.*, p. 164.

⁽¹²¹⁾ Cfr. ANTOLISEI, *op. ult. cit.*, p. 469, ed in particolare MIGNOLI, *op. cit.*, p. 733-4 (v. *infra* al par. 12).

⁽¹²²⁾ Cfr. sent. Cass. cit. nt. 121, nonché, MINERVINI, *op. cit.*, p. 407; STELLA, *cit.*, p. 910-11; ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 469; ROMANO, *op. cit.*, p. 184; BETTIOL (R.), *op. cit.*, p. 48-9.

a favore della delibera, non potranno essere giudicati responsabili per difetto dell'elemento soggettivo; viceversa il primo, se ha preso parte alla delibera votando a favore sarà responsabile per violazione del primo comma, e se è derivato danno alla società, anche del secondo comma dell'art. 2631 c.c. Se non ha preso parte alla delibera per formale assenza al momento del voto o per astensione (o anche se — paradossalmente, ai fini dell'altrui inganno — votasse contro la delibera, consentendo cos' il raggiungimento del « quorum » necessario per l'approvazione e la validità della delibera) potrà essere chiamato a rispondere *ex art.* 48 c.p. ⁽¹²³⁾ ⁽¹²⁴⁾.

12. Giova osservare, a verifica conclusiva di quanto si è sostenuto, come in considerazione della « prassi » posta in essere dagli amministratori per lo « spettro » della sanzione civile e penale, si sia autorevolmente suggerita la soppressione stessa della normativa attuale, da sostituirsi con il solo obbligo dell'amministratore in conflitto di informare di questa situazione il consiglio ed il collegio sindacale e di fare annotare a verbale la sua dichiarazione ⁽¹²⁵⁾. Come è dato leggere « attraverso comportamenti degni della "commedia dell'arte" si rimette spesso la decisione al voto (o alla complicità) dei c.d. amministratori indipendenti, ai quali viene trasmesso il peso e la responsabilità della decisione di operazioni da loro non sempre conosciute, di cui il proponente diretto o indiretto è l'azionista di maggioranza, cioè quello che si astiene » ⁽¹²⁶⁾. Ora « è necessario rendersi conto

⁽¹²³⁾ Se invece l'amministratore dovesse votare a favore e la delibera non raggiungere il « quorum » necessario potrà essere chiamato a rispondere di tentativo del delitto previsto dal primo comma della disposizione. Il tentativo è infatti astrattamente configurabile.

⁽¹²⁴⁾ È appena il caso di osservare, invece, che problemi non si pongono per l'amministratore unico della società capogruppo e dalle società figlie, o per l'amministratore delegato ed il direttore generale per le categorie di atti loro attribuite, non trovando applicazione la sanzione penale di cui all'art. 2631 c.c. Rispetto a questo troveranno applicazione i principi generali ed in particolare le disposizioni di cui all'art. 2383 c.c. La giurisprudenza ritiene però che se erano consapevoli del proposito di compiere l'atto e delle sue conseguenze dannose, in caso di fallimento, potranno essere chiamati a rispondere di bancarotta per distrazione, in virtù del disposto di cui all'art. 2392 c.c. (Trib. Milano, 15 marzo 1985, inedita).

⁽¹²⁵⁾ MIGNOLI, *Interesse del gruppo e società a sovranità limitata*, cit., pagg. 732-39. La proposta era già formulata da VIVANTE, *Contributo alla riforma delle società anonime*, in *Riv. di comm.*, 1934, p. 326s. All'art. 4 del progetto si prevedeva che « i membri del comitato e del consiglio nominati dalla società madre possono prendere parte alle deliberazioni del comitato esecutivo e del consiglio delle società affiliate ancorché si tratti di affari di interesse comune al gruppo dominato dalla società madre ». Di differente opinione FERRI, *Osservazioni sulle proposte di C. Vivante per la riforma delle società anonime*, in *Foro it.*, 1936, c. 37.

⁽¹²⁶⁾ Le conclusioni svolte a chiusura del paragrafo precedente potrebbero escludere

che una norma sul conflitto di interessi (specie nella sua interpretazione più lata) vanifica gli scopi della formazione del gruppo, rende costantemente malsicure e pericolose le relazioni tra le società facentine parte e, bloccando gli amministratori, impedisce o limita grandemente la libertà di movimento del complesso ». Meglio dunque che la norma si limiti a « stabilire che l'amministratore in conflitto (che è quasi sempre il proponente segreto) deve informare il consiglio ed il collegio sindacale della situazione in cui versa, e fare annotare a verbale la sua dichiarazione. Nella prima assemblea i soci dovranno essere informati delle operazioni in cui l'amministratore ha dichiarato il suo conflitto. Occorre ancora portare alla luce del giorno le operazioni tra le società nell'ambito del gruppo: questo il deterrente. Esso del resto (...) già esiste in una coerente interpretazione della norma dell'art. 2429bis, n. 7, c.c. » Solo così non si « mortificheranno » le persone degli amministratori; si eliminerà una norma « ipocrita e decettiva » che si presta a facili elusioni; si eviterà che « il rigore della legge (o una sua troppo rigorosa interpretazione da parte della magistratura) abbassi il livello del costume e conduca al risultato di porre in non cale gli interessi della società », preparando « un terreno propizio alla crescita rigogliosa dell'albero del ricatto » ⁽¹²⁷⁾.

Impossibile, pertanto, per chiunque conosca o abbia compreso la realtà e le ragioni di formazione dei gruppi di imprese, non essere d'accordo su queste motivazioni; se si volesse scoraggiare questa forma di concentrazione economica, altri dovrebbero essere gli interventi da effettuare; e, tuttavia, sia per un'esigenza attuale, *de jure condito*, sia per un'esigenza di maggior tutela delle categorie con interessi « estranei » al gruppo, creditori ed azionisti di minoranza, *de jure condendo*, sembra preferibile

la responsabilità degli amministratori « indipendenti », per quella degli amministratori proponenti, solo nell'ipotesi in cui questi siano proponente « diretto », sedendo in entrambi i consigli di amministrazione, e dovendosi provare la conoscenza della situazione di conflitto e l'omessa o viziata informazione ai secondi (« altrui inganno ») che abbiano votato ignari della situazione di conflitto per essersi determinati dall'altrui inganno. Possibilità esclusa qualora gli amministratori, espressione della maggioranza, siano proponente « indiretto », e quindi assente (non sedendo in entrambi i c.d.a.) e nell'ipotesi in cui gli amministratori in conflitto si allontanino al momento del voto, così non prendendo parte alla deliberazione (essendo invece preferibile, anzi, per le ragioni chiarite, che partecipino alla discussione, sì da avere una compiuta ed esatta illustrazione dell'operazione da votare).

⁽¹²⁷⁾ MIGNOLI, *op. ult. cit.*, p. 733, il quale soggiunge che « la maggioranza, non dimentichiamolo, è la società. È legittimo quindi che comandi, senza celarsi dietro il velo ipocrita dell'astensione, che toglie virilità e grinta all'imprenditore. La maggioranza cessa di essere la società, quando persegue fini estranei a quelli della società ».

orientarsi in altra direzione ⁽¹²⁸⁾ ovvero riconsiderando le nozioni di interesse sociale e pregiudizio. Se infatti la norma presenta un'inadeguatezza per « eccesso », risulta altresì insufficiente, con riferimento alle esigenze di tutela delle categorie di interessi indicate ⁽¹²⁹⁾, ossia quelle dei soci di minoranza, esterni al gruppo, e dei creditori sociali. Dei primi in quanto nel nostro ordinamento non è prevista la possibilità di esercizio dell'azione di responsabilità da parte delle minoranze ⁽¹³⁰⁾; non è possibile un'azione del socio per fare valere un diritto della società in nome e per conto di questa, né a tutela di un diritto proprio o riferibile a speciali categorie di cui sia membro. Tantomeno esiste uno strumento processuale, sul modello di quello esistente negli ordinamenti anglosassoni, ed in particolare nordamericano, che consenta di risalire i rapporti di gruppo verso l'alto o verso il basso, permettendo, nella prima ipotesi, il coinvolgimento di chi abbia effettivamente esercitato il potere di controllo (capogruppo); nella seconda, attribuendo all'azionista di minoranza della capogruppo la possibilità di promuovere l'azione nell'interesse delle società figlie, come se fosse socio di queste (c.d. *pass-through*). E del resto è escluso lo stesso potere di impugnativa, qualora, secondo quella che è l'ipotesi normale, l'imposizione di una linea gestoria pregiudizievole per l'interesse dell'affiliata passi non già attraverso una delibera assembleare, impugnabile da qualsiasi socio assente o dissenziente, ma si manifesti a livello di organo amministrativo, ben potendo passare anche al di fuori di questo ⁽¹³¹⁾.

⁽¹²⁸⁾ Cfr., ancora MIGNOLI, *op. cit.*, p. 735-39.

⁽¹²⁹⁾ Cfr. ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, 1979, p. 186; BORGIOI, « Direzione unitaria » e responsabilità nell'amministrazione straordinaria, in questa *Rivista*, 1982, p. 17.

⁽¹³⁰⁾ Solo l'ultimo co. dell'art. 2393 c.c. subordina la possibilità di transigere o di rinunciare all'azione già intentata alla condizione che non vi sia il voto contrario di una minoranza di soci che rappresenti il quinto del capitale sociale. La tutela non è invece estesa al momento di iniziare l'azione. Circa l'insufficienza a questo fine della proposta elaborata dal progetto di Statuto di Impresa, che sostanzialmente non si discosta dall'attuale sistema e per una proposta di soluzione intermedia tra questa e quella all'art. 11 del progetto di IX direttiva Cee, cfr. nell'ordine, ABADESSA, *I gruppi di società nello « Statuto della Impresa »*, in *Lo statuto dell'impresa*, Atti dell'omonimo convegno tenutosi a Milano il 21 giugno 1985, 1986, p. 182, e FAVONE LA ROSA, « Controllo » e « gruppo », *cit.*, p. 30.

⁽¹³¹⁾ Cfr. Trib. Brescia 13 novembre 1976, in *Rassegna di diritto societario*, a cura di CRESPI, in questa *Rivista*, 1976, p. 236. Così per l'ipotesi di conflitto nella attività amministrativa delegata ed in quella affidata alla direzione tecnica tramite le competenze inerenti alle mansioni concernenti i rapporti di lavoro subordinato, ove pure si realizza in concreto l'attività di direzione unitaria di gruppo. In ogni caso, gli azionisti devono venire a conoscenza della situazione di conflitto ed essere in grado di provarla. La Corte di Cassazione, con

Sicché resta la sola possibilità di un ricorso all'art. 2409 c.c., sempreché la minoranza raggiunga il decimo del capitale sociale ⁽¹³²⁾.

Altrettanto dicasi con riferimento ai creditori delle società del gruppo, per l'insufficienza di tutela offerta dalla sola disposizione di cui all'art. 2362 c.c., posto che la garanzia che esso rappresenta opera solo nell'ipotesi di controllo totalitario ed in presenza di uno stato di insolvenza ⁽¹³³⁾. In assenza, pertanto, di garanzie « collaterali » (non per tutti facili da ottenere) rimane la sola possibilità dell'azione di responsabilità contro gli amministratori, nell'ipotesi in cui il patrimonio sociale risulti insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti, azione di responsabilità che importa la difficoltà dell'onere della prova ed il rischio di incapienza del patrimonio di questi ultimi ⁽¹³⁴⁾.

sentenza in data 24 gennaio 1990 (in *Giust. civ.*, 1990, p. 325) ha peraltro ribadito che i limiti soggettivi all'impugnabilità della delibera del Consiglio di Amministrazione da parte del socio, siano riferibili solo alle delibere contrastanti con l'interesse sociale e non agli atti del consiglio direttamente lesivi del diritto soggettivo dello stesso. Così introducendo, sia pur in forma assai discutibile, un principio di disciplina per una tutela più diretta del socio nell'ipotesi di un conflitto con la società per lesione di un suo diritto soggettivo.

⁽¹³²⁾ Tuttavia, come già sottolineato (ALLEGRI, *op. cit.*, p. 183) « la disciplina della responsabilità degli amministratori in una fattispecie come quella descritta, sarebbe in ogni caso — tramite una denuncia al tribunale o tramite un'azione minoritaria — una soluzione imperfetta. Essa consentirebbe alle minoranze di tenere, per così dire, in ostaggio, l'amministratore rappresentante il gruppo di controllo. Ma responsabile sarebbe pur sempre la persona fisica, non il gruppo controllante ». Inoltre la gravità del mezzo di traduzione in una « pesante remora sia a promuoverlo quanto ad accoglierlo »: cfr. ABADESSA, *I gruppi*, *cit.*, p. 126.

⁽¹³³⁾ Sul problema della responsabilità della società capogruppo per le obbligazioni delle società figlie e di interpretazione di questa disposizione si rinvia, tra i numerosi lavori, a GALGANO, *Le società e lo schermo della personalità giuridica*, in *Riv. dir. comm.*, 1981, p. 121; *L'abuso della personalità giuridica nella giurisprudenza di merito (e negli « obiter dicta » della Cassazione)*, in *Contratto e Impresa*, 1987, p. 365s.; *Responsabilità della società controllante per la pregiudizievole influenza esercitata sulle società controllate*, in *Contratto e Impresa*, 1988, p. 389s.; PELLIZZI, *Unico azionista e controllo totalitario*, in *Giur. comm.*, 1981, p. 615; SCOTTI CAMUZZI, *Le società con unico azionista come fenomeno tipico del gruppo societario*, in questa *Rivista*, 1986, p. 465s.; WEIGMANN, *Oltre l'unica azionista*, in *Giur. comm.*, 1986, II, p. 538s.; AA.VV., *Responsabilità limitata e gruppi di società*, 1987; SCOGNAMIGLIO, *La responsabilità della società capogruppo: problemi ed orientamenti*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, p. 365s.; SETTE, *Dal gruppo di imprese all'impresa di gruppo*, *ivi*, p. 276s.; cfr. Cass. 17 maggio 1986, n. 3266, in *Riv. comm.*, 1988, II, 1.

⁽¹³⁴⁾ Per tutti BONELLI, *op. ult. cit.*, p. 300s. e ABADESSA, *op. ult. cit.*, p. 127, che sottolinea come la disciplina prevista da questa norma « presuppone un modello di società in cui le ipotesi di dispersione patrimoniale sono viste come risultato di inadempimenti occa-

In questo quadro la responsabilità degli amministratori, come strumento per contemperare le esigenze di tutela degli interessi di queste categorie e di quelli del gruppo, ha, se correttamente interpretata, una sua ragione. La limitazione dei momenti di intervento agli obblighi di informazione, pure assolutamente necessari ⁽¹³⁵⁾, rischia altrimenti di risolversi in una scelta insufficiente e pericolosa in senso opposto rispetto a quello attuale ⁽¹³⁶⁾. Nondimeno, affinché questo strumento di tutela sia giustamente interpretato ed attuato è necessario riconsiderare correttamente le nozioni di conflitto e di pregiudizio e su queste considerazioni interpretare le norme ⁽¹³⁷⁾. Che è quanto è stato fatto recentemente dalla Suprema Corte, alla cui pronuncia sarà dunque opportuno riportarsi ⁽¹³⁸⁾.

Confermando le precedenti decisioni analizzate ⁽¹³⁹⁾ (alle quali pure, « significativamente », non si richiama) la Corte regolatrice ha infatti accolto e sviluppato quelle indicazioni che la dottrina più attenta ed autorevole ⁽¹⁴⁰⁾ aveva già formulato: la società capogruppo e le società figlie hanno il medesimo oggetto sociale, esercitando la prima, in via « mediata » e « indiretta », le medesime attività oggetto delle seconde; gli interessi sociali risultano « omogenei », perseguendo la prima il medesimo oggetto delle seconde, sia pur « mediamente » ed « indirettamente »: « attraverso la controllata, la controllante soddisfa il proprio interesse, in

sionali degli amministratori, mentre nel caso del gruppo esse normalmente corrispondono ad una precisa scelta strategica della società che sta a capo del complesso ».

⁽¹³⁵⁾ Su questa esigenza, sia con riferimento al momento di formazione del gruppo, sia nel corso della sua vita, le sue ragioni ed i limiti dell'attuale normativa si rinvia a PAVONE LA ROSA, « Gruppi di imprese ed informazione societaria », in *L'informazione societaria*, 198 p. 1120s; COLOMBO, *Informazione societaria e gruppi di società*, ivi, p. 672; GUERRA, *L'informazione societaria e le società controllate*, ivi, p. 883s; MIGNOLI, *Appunti in tema di società controllate*, in *Disciplina giuridica del gruppo di imprese*, cit., p. 117; ABBADESSA, *op. ult. cit.*, p. 114; DENOZZA, *A proposito degli obblighi di informazione relativi ai rapporti tra società collegate: il legislatore è davvero tanto distratto?*, in *Giur. comm.*, 1975, I, p. 484.

⁽¹³⁶⁾ Cfr. DI SABATO, *Concentrazioni e gruppi nel diritto interno*, in *Giur. comm.*, 1988, pagg. 544 e 546, secondo il quale « la trasparenza non può essere ancora una volta fine a se stessa: se si aspira a soluzioni non mistificanti, essa può essere solo lo strumento per una tutela "operativa" ».

⁽¹³⁷⁾ V. *supra*, par. 8.

⁽¹³⁸⁾ Cass. 26 febbraio 1990, n. 1439, i cui passi più significativi sono riportati e commentati da GALGANO, *L'oggetto della holding è, dunque, l'esercizio mediato e indiretto dell'impresa*, in *Contratto e impresa*, 1990, p. 401s. e in *Foro it.*, 1990, c. 1174s.

⁽¹³⁹⁾ V. *supra*, ai paragrafi 4 e 6.

⁽¹⁴⁰⁾ GALGANO, *Qual è l'oggetto*, cit. al par. 4.

quanto è attraverso la controllata che essa svolge, sempre in modo mediato e indiretto, una propria attività economica ⁽¹⁴¹⁾.

Concentrando l'attenzione sulle conseguenze di queste premesse, sia pure a titolo di *obiter dictum*, si afferma che « la necessità degli organi delle società operative di uniformarsi alle più generali scelte globali e gestionali di gruppo, formulate dagli organi gestori della controllante, non comporta necessariamente la subordinazione degli interessi delle controllate ad interessi loro estranei, potendo essere gli obiettivi di gruppo *perfettamente compatibili* con gli interessi delle singole controllate. Queste, dall'appartenenza al gruppo vedono potenziate le loro possibilità operative, potendo essere non pochi i vantaggi che alle controllate derivano non solo sotto il profilo dell'immagine ed il conseguente credito di cui le società operative possono godere sul mercato, ma anche, in forma più immediata, in termini di utilizzazione di servizi di comune interesse e di realizzazione di economie di scala ». Questo « modello organizzativo e strutturale non contrasta necessariamente con l'interesse delle società del gruppo, essendo necessario, perché scatti la tutela degli interessi che alle società fanno capo, non solo la potenzialità di un conflitto di interessi, ma *l'effettività* del conflitto di interessi *idoneo a causare danno alla società* ». Il vincolo dell'organo amministrativo delle società del gruppo, quindi, trova il limite della conformità dell'interesse sociale delle società di gruppo, dovendo i suoi amministratori astenersi dall'eseguire delibere ed indirizzi che *possano danneggiare* la società stessa ⁽¹⁴²⁾.

Risulta così confermata l'interpretazione qui sostenuta: gli interessi delle società del gruppo possono essere « perfettamente compatibili ». Il conflitto di interessi è sussistente solo se « effettivo », ossia « idoneo a causare danno alla società del gruppo » ⁽¹⁴³⁾. Agli amministratori è rimesso il compito di apprezzare questa « idoneità di danno », nella tutela dell'in-

⁽¹⁴¹⁾ Cass. 26 febbraio 1990, cit. nt. 138.

⁽¹⁴²⁾ Sent. Cass. ult. cit.: « Come è stato autorevolmente sostenuto, in un'organizzazione del tipo indicato, non vi è nulla di irrimediabilmente in contrasto con il vigente sistema normativo, purché si rispetti il limite che le deliberazioni esecutive non devono causare pregiudizio alle singole controllate. Il limite del vincolo rispetto alle direttive della holding, per gli amministratori delle società controllate, quindi, sta proprio nella tutela della singola società, *apprezzato dai suoi stessi amministratori* ».

⁽¹⁴³⁾ Diversamente orientata, in senso formalistico, sembra essere la proposta di V direttiva Cee in materia societaria (pubblicata in *Giur. comm.*, 1983, I, p. 961), come evidenziato da LENER, *L'organo di amministrazione*, 1987, p. 170; FOFFANI, *Il conflitto di interessi dell'amministratore di società di capitali*, in MAZZACUVA, *I reati societari e la tutela del mercato mobiliare*, 1990, p. 213-14.

teresse delle società amministrate, dovendosi a questi fini considerare i « vantaggi » offerti dall'appartenenza al gruppo, ovvero i « particolari rapporti » tra le società dello stesso.

Questa la sola interpretazione corretta delle norme sul conflitto di interessi, così come previste. Rimane un'esigenza di intervento a disciplina del fenomeno dei gruppi ⁽¹⁴⁴⁾, i cui contenuti esulano da questo studio. Sia consentito solo aggiungere che l'interpretazione delle norme sul conflitto chiarisce come non sia vero né necessario che le società del gruppo debbano rinunciare a perseguire il proprio interesse allo scopo di avvantaggiare altre società del complesso (il gruppo): è dunque da verificare l'ideologia, costruita su questa premessa, che caratterizza i principi della proposta di legge per la disciplina dei gruppi ⁽¹⁴⁵⁾ ed i modelli alla quale la stessa si ispira ⁽¹⁴⁶⁾, che hanno origine dall'ordinamento tedesco, rigido ed

⁽¹⁴⁴⁾ Sull'esigenza, anche rispetto all'ipotesi di gruppo di una norma di infedeltà patrimoniale, BRICOLA, *Lo statuto dell'impresa: profili penali e costituzionali*, cit., p. 731; FOFANI, *La tutela della società commerciale contro le infedeltà patrimoniale degli amministratori: II. Insufficienza della normativa vigente e prospettive di riforma*, in *Giur. comm.*, I, p. 637s; ID., *La responsabilità penale nella gestione dei patrimoni altrui*, in *Contratto e Impresa*, 1988, p. 94s. Con riferimento all'esperienza tedesca, MAZZACUVA-CANESTRARI-FOFANI, *Rapporto sull'esperienza tedesca*, in *Quaderni della giustizia*, 1987, p. 86s.; all'esperienza francese, MILITELLO, *Gruppi di società e diritto penale. Rapporto sull'esperienza francese*, ivi, p. 48 e in questa *Rivista*, 1989, p. 729s. Ci si limita a rilevare come l'introduzione di una siffatta fattispecie se non accompagnata da « coefficienti di ulteriore tipizzazione » (così FLICK, *Società fiduciarie, finanziarie e di intermediazione mobiliare: aspetti penali*, in questa *Rivista*, 1990, p. 464) presenterebbe margini di discrezionalità interpretativa e di accertamento non minori rispetto a quelli per i quali l'interpretazione proposta potrebbe costituire oggetto di critica, rischiando di risolversi in un'arma a doppio taglio rispetto alle esigenze che ne costituiscono il fondamento.

⁽¹⁴⁵⁾ Si allude alla proposta di legge n. 4352 presentata ad iniziativa dei deputati Minervini ed altri (in questa *Rivista*, 1987, p. 661s.) — e che trae origine dal disegno di legge n. 1574 ripresentato senza sostanziali modifiche alla Camera (n. 2941 il 30 giugno 1988 — riproposto sostanzialmente immutato alla Camera in data 2 luglio 1987, n. 522 in *Le società*, p. 1356s.

⁽¹⁴⁶⁾ Progetto di IX Direttiva Cee, in questa *Rivista*, 1985, p. 1040s. Su di esso V. CERRAI, *I gruppi di società nel diritto comunitario*, in *I gruppi di società*, cit., p. 451s.; PAVONE LA ROSA, *Osservazioni sulla proposta di IX direttiva Cee sui gruppi di società*, in *Giur. comm.*, 1986, p. 831s. In esposizione e commento alla disciplina tedesca, LUTTER, *Il gruppo di imprese nel diritto tedesco e nel futuro del diritto europeo*, in questa *Rivista*, 1974, p. 1s.; *Dieci anni di diritto tedesco dei gruppi*, ivi, 1975, p. 1259s.; *Lo sviluppo del diritto dei gruppi in Europa*, p. 654s.; PRAS, *I gruppi di società nel diritto tedesco e brasiliano*, in *I gruppi di società*, op. cit. p. 259. Appaiono critici rispetto ad una disciplina del fenomeno differenziata in funzione del grado di accentramento della organizzazione interna del gruppo, sia per la difficoltà di operare classificazioni sulla base di un presupposto vario e mutevole qual è la direzione unitaria, sia per l'esigenza

autoconcluso, in un sistema imperniato, a differenza del nostro, sul principio di tipicità dell'illecito civile. La realtà del fenomeno rivela come i principali gruppi si diano assetti decentrati (garanzia di maggiore ed immediata efficienza) e come la prassi della società capogruppo sia quella di limitare l'intervento della direzione generale alla definizione degli obiettivi globali di gruppo e della gestione delle relative risorse ⁽¹⁴⁷⁾.

Una gestione « liberale » e decentrata di gruppo in cui ciascuna società sia chiamata ad agire nel proprio interesse, ricercando la propria efficienza economica massima, rappresenta insomma la miglior garanzia per tutte le categorie di soggetti interessati alla vita del gruppo stesso ⁽¹⁴⁸⁾ *.

di previsioni « elastiche » affinché lo strumento giuridico non soffochi questo fenomeno economico in continua evoluzione, PAVONE LA ROSA, *La responsabilità*, cit., p. 420-1; ABADESSA, *I gruppi di società nello « Statuto dell'Impresa »*, cit., p. 186; IMMENGA, *Konzernverfassung ipso facto oder durch vertrag?*, in *Europarecht*, 1978, p. 250s.

⁽¹⁴⁷⁾ Sull'opportunità di un'organizzazione decentrata, nella dottrina aziendalistica, tra gli altri, PAVAN, *Strutture e strategie dell'impresa italiana*, 1973, p. 58; PEPE, « *Holdings* » *gruppi e bilanci consolidati*, 1982, p. 128-9; BUTTÀ, *Una metodologia per l'approccio economico aziendale allo studio dei gruppi di imprese*, cit., p. 82 5.

⁽¹⁴⁸⁾ Si rammenti che l'attuale mancanza di un'espressa disciplina è frutto di una consapevole scelta in senso liberista. Si cerchi di « predisporre un meccanismo di amministrazione e di controllo tale che, pur tenendo conto delle condizioni necessarie per il buon funzionamento dell'Impresa sociale, tuttavia impedisca o attenui sensibilmente quelle possibilità di abuso, che ora sussistono, a danno della società e quindi delle minoranze e dei creditori sociali »: FERRI, *Osservazioni*, cit., c. 37; e la stessa relazione del legislatore del 1942 (Rel. al Re, n. 963): « per quanto attiene ai gruppi di società, espressione di un fenomeno non riconducibile sul piano giuridico ad unità, il codice si è essenzialmente preoccupato di arginare quelle combinazioni che possano sorprendere la buona fede dei sei soci che rimangono estranei e soprattutto dei creditori ».

(*) Nelle more di stampa del presente studio la legge 17 maggio 1991, n. 157 (Norme relative all'uso di informazioni riservate nelle operazioni in valori mobiliari e alla Commissione nazionale per le società e la borsa) ha parzialmente modificato il testo dell'art. 2631 c.c., disponendo (art. 10) che nel primo comma dell'art. 2631 del codice civile, dopo le parole « deliberazione del consiglio », sono aggiunte le seguenti: « o del comitato esecutivo » e che nel secondo comma dello stesso articolo, dopo le parole: « dalla deliberazione », sono aggiunte le seguenti: « o dall'operazione ». Il nuovo testo di legge risulta pertanto essere il seguente: « L'amministratore, che, avendo in una determinata operazione per conto proprio o di terzi un interesse in conflitto con quello della società, non si astiene dal partecipare alla deliberazione del consiglio o del comitato esecutivo relativa all'operazione stessa è punito con la multa da lire quattrocentomila a quattro milioni.

« Se dalla deliberazione o dall'operazione è derivato un pregiudizio alla società, si applica, oltre la multa, la reclusione fino a tre anni ».

Come è dato constatare la modifica intervenuta non muta sostanzialmente né la previgente disposizione normativa, né i problemi di interpretazione e di applicazione che la stessa poneva e pone rispetto al fenomeno considerato. Essa, comporta, tuttavia, rispetto a quanto

si è affermato, un duplice ordine di considerazioni. Da un lato, infatti, se è senz'altro opportuna l'estensione del divieto anche alle delibere del comitato esecutivo, la stessa non amplia di molto l'ambito di tutela così pur esteso, restando comunque escluse le ipotesi di conflitto nell'attività amministrativa delegata ed ogni ipotesi che si realizzi senza passare attraverso formali deliberazioni del consiglio di amministrazione o del comitato esecutivo.

Dall'altro lato — ciò che è forse più interessante — l'applicazione della pena detentiva se dalla deliberazione o dall'operazione è derivato un pregiudizio alla società sembra non poter avere altro significato se non quello di porre l'accento — ai fini della valutazione della sussistenza della situazione di conflitto — sugli effettivi termini dell'operazione. È infatti evidente che dalla deliberazione in sé non può derivare alcun pregiudizio alla società: se essa non è attuata, in quanto tale, non può recare alcun pregiudizio alla società. La sola scorrettezza formale della delibera non può provocare alcun pregiudizio (ed infatti si limiterebbe a presumerlo); e nessun pregiudizio in termini di danno patrimoniale, mentre è solo la possibilità concreta del verificarsi di questo l'unica idonea a causare un pregiudizio e quindi la sola rilevante ai fini del giudizio di sussistenza della situazione di conflitto. È solo l'attuazione della delibera e quindi il compimento effettivo dell'operazione oggetto della deliberazione che può causare un pregiudizio alla società, ovvero un danno patrimoniale in ragione del perseguimento di un fine extrasociale. Né la modifica intervenuta può significare che la situazione di conflitto è sussistente non solo se al momento della delibera vi erano apprezzabili probabilità di danno per la società in ragione dell'interesse incompatibile con quello sociale dell'amministratore per conto proprio o di terzi, ma anche se dall'esecuzione dell'operazione derivi un danno patrimoniale alla società. Ed infatti tale giudizio si risolverebbe in un giudizio di merito *ex post* e non in un giudizio di legittimità inteso a verificare la sussistenza della situazione giuridicamente rilevante di conflitto. Si finirebbe altrimenti per valutare con il senno del poi l'opportunità dell'operazione; giudizio, come tale, illegittimo. Perché dunque la modifica non si risolva in una mera tautologia (o addirittura in un elemento di ambiguità) il solo significato attribuibile sembra non poter essere che quello che al fine di accertare la situazione di incompatibilità degli interessi e quindi di conflitto si deve verificare il contenuto della deliberazione ovvero i termini concreti dell'operazione che della prima costituisce l'oggetto. L'esigenza di attualità della situazione di conflitto non può venir meno: ciò che soltanto è lecito e doveroso valutare è la esistenza di un interesse *extrasociale* incompatibile con il maggior lucro sociale. Il riferimento temporale rilevante è sempre e non può che essere quello del voto. La sola differenza è che si fa ora espresso riferimento all'operazione: ma ad essa già prima di questa modifica normativa non poteva che farsi riferimento in quanto oggetto della delibera; tale riferimento è adesso esplicito ed il solo significato attribuibile non può essere che quello dell'esigenza della realtà della situazione di conflitto rispetto all'effettivo contenuto della deliberazione e quindi ai concreti termini dell'operazione nella specificità di ogni situazione. Il nuovo dato letterale pare dunque confermare l'impossibilità di estromettere il contenuto della delibera dal giudizio in ordine alla sussistenza (reale) della situazione di conflitto.



UNIVERSITÀ
CATTOLICA
DEL SACRO CUORE

UNICATT

DOCENTI

SEDI

FACOLTÀ

ALTE SCUOLE

CENTRO DI ATENE

BIBLIOTECA



Sistema
bibliotecario
e documentale

my Libr@ry

→ BiblioCHAT → HOME → AIUTO → NUOVA RICERCA

 Nuova ricerca

 Richiedi / Prenota

 Esporta

 Ritorna all'elenco

 Modifica la ricerca

 Records simili per soggetto

 Altra ricerca

 Limita la ricerca alle copie disponibili

Forse cercavi rivista delle società? [Altro](#)

342 risultati trovati. Ordinati per rilevanza | data | titolo.

Visualizza Record:



Precedente

Successivo



Titolo Rivista delle società.

Pubblicazione Milano : Giuffrè, 1956-

Periodicità del seriale Bimestrale corr.

Numerazione del seriale Anno 1, fasc. 1 (gen.-feb. 1956)-

Nota Affiancata dalla banca dati su CD-ROM con il titolo: **Rivista delle società**, che riproduce fedelmente i contenuti dell'edizione cartacea.

Soggetto **Società** (Diritto e economia) -- Periodici.
Economia -- Diritto -- Periodici.

Disponibile in altra forma: **Rivista delle società** (Online)

ISSN 0035-6018

More info

Per eventuali informazioni addizionali utilizza le seguenti risorse (oppure fai click sul bottone **MORE INFO**):

Cerca riferimenti per *Rivista delle società*. in Google Scholar

Ubicazione	Bibl. Scienze Giuridiche 4 p.- Milano
Posseduto	Vol. 1(1956)- INDICI: v. 1/25(1956/1980).
Ultima annata in:	Sala riviste
Casella	MSP-U-1565
Collocazione	PER-MI-003620
Nota	Fino al 2008 posseduta anche copia in CD-ROM
Ultimi ricevimenti:	Novembre- Dicembre 2016 a.61 fasc.6
Ubicazione	Sala Giurisprudenza - Piacenza
Posseduto	Vol.1(1956)-vol.15(1970); vol.18(1973)-
Collocazione	PER-PC-2386
Nota	Alcune annate donate dal Prof. Luigi Mengoni.
Ultimi ricevimenti:	Gennaio- Febbraio 2016 v.61 no.1
Ubicazione	Deposito, Piano seminterrato - Cremona
Posseduto	Vol.25(1980)-vol.39(1994); vol.40,nn.1-5/6(1995); vol.41(1996); vol.42,nn.1-3,5/6(1997); vol.43(1998)-vol.44(1999); vol.45,nn.1-5(2000); indice dal 1992 al 1999.
Collocazione	PER-CR-DI.362.01
Nota	I fascicoli dal 1980 al 2000 sono stati donati dal centro studi della Cassa di Risparmio di Parma e Piacenza

Ubicazione	Collocazione	Stato	Note
Milano	PER-MI-003620 1973 a. 18	-	A RILEGARE
Milano	PER-MI-003620 1970 a. 15 [TOMO 2]	-	A RILEGARE
Milano	PER-MI-003620 1963 a. 8	-	A RILEGARE
Milano	PER-MI-003620 1962 a. 7 [TOMO 1]	-	A RILEGARE
Milano	PER-MI-003620 1956 a. 1 [TOMO 1]	-	A RILEGARE
Bibl. Scienze Giuridiche 4 p.- Milano	PER-MI-003620 2015 a. 60 [TOMO 2]	-	SCAFFALE APERTO - Consultazione in Loco
Bibl. Scienze Giuridiche 4 p.- Milano	PER-MI-003620 2015 a. 60 [TOMO 1]	-	SCAFFALE APERTO - Consultazione in Loco