

LA RESPONSABILITÀ “AMMINISTRATIVA” DEGLI ENTI CON SEDE ALL’ESTERO

di Elisabetta Stampacchia

SOMMARIO: 1. Il d.lgs. 231/01 alla prova del mercato globale. – 2. Transnazionalità degli enti: vuoti normativi e problematiche ricostruttive. – 3. Ambito soggettivo del d.lgs. 231/01 e soggetti di diritto straniero. – 3.1. I gruppi di società. – 3.2. Le banche estere ad operatività transfrontaliera. – 4. Le soluzioni interpretative al problema della responsabilità “amministrativa” degli enti con sede principale fuori dai confini nazionali. *In particolare*: la tesi che ammette l’applicabilità del d.lgs. 231/01 agli enti stranieri ... – 4.1. ... e la (preferibile) tesi che la esclude. – 5. Spunti ermeneutici per una soluzione comunitariamente e costituzionalmente orientata al problema dell’applicabilità del d.lgs.231/01 agli enti con sede principale all’estero.

1. Il D.lgs. 231/01 alla prova del mercato globale

A partire dalla fine del secondo conflitto mondiale le imprese hanno superato la propria dimensione meramente nazionale attraverso la costituzione di realtà economiche transnazionali sempre più strutturate.

La nuova e più ampia dimensione dell’attività imprenditoriale è stata determinata non solo da esigenze legate alla ricerca di maggiore competitività, ma anche da un diverso e più recente fenomeno di vera e propria “scelta della legge”, in base al quale anche imprese destinate ad operare in un singolo Paese decidono di costituirsi e gestire la propria attività secondo le regole di un diverso ordinamento, in quanto più favorevoli¹.

Proprio il descritto fenomeno, alla base della “globalizzazione dell’economia”, ha determinato quello che è stato definito il «momento genetico della responsabilità da reato degli enti»².

Come noto, infatti, la “messa in soffitta” dei fattori culturali e storici alla base delle scelte “negazioniste” in materia di responsabilità penale delle persone giuridiche è da ascrivere soprattutto agli impegni assunti in sede internazionale ed europea, dove, alla constatazione che «le più diverse forme di attività imprenditoriali generano patologie su scala internazionale, esponendo a pericolo o ledendo beni individuali,

¹ Così BASSI, EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato: accertamenti, sanzioni e misure cautelari*, Milano, 2006, 87-88.

² MANACORDA, *Limiti spaziali della responsabilità degli enti e criteri di imputazione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1-2012, 93.

collettivi, istituzionali, spesso con vittimizzazione di massa»³, ha fatto da contrappeso una “prepotente” risposta sanzionatoria⁴.

Nella dimensione europea, inoltre, l’esigenza di punire l’ente si è manifestata per evitare lo svantaggio concorrenziale insito nell’esistenza di “zone franche” per le imprese all’interno del mercato unico. Infatti, mentre alcuni Paesi europei, e fra questi l’Italia, rimanevano saldamente legati ad una visione antropocentrica del diritto penale, altri avevano provveduto autonomamente ad una rivisitazione dei principi penalistici sul punto, avendo constatato il ruolo sempre crescente delle entità collettive nelle manifestazioni criminosi ed avendo conseguentemente anteposto le esigenze pratiche alle alchimie teoriche⁵.

Nonostante la sua matrice internazionale, il vero punto di caduta del d.lgs.231/01 riguarda proprio la sua vocazione spaziale, la sua applicabilità “oltre confine”: in particolare, si è discusso circa la possibilità di assoggettare gli enti stranieri alle sanzioni cautelari – specie quelle a contenuto interdittivo – in esso previste e, prima ancora, della stessa riferibilità delle sue norme ad imprese con sede all’estero.

Ci si chiede, cioè, se l’ente straniero possa essere considerato fra i soggetti destinatari del microcodice e, conseguentemente, punito alla stregua di esso per il caso in cui sia commesso in Italia, dai soggetti indicati all’art. 5, comma 1, lett. a) e b)⁶, un reato inserito nel catalogo dei reati presupposto *nell’interesse o a vantaggio*⁷ dell’ente stesso; se i criteri di radicamento della giurisdizione per il reato della persona fisica, da

³ MARINUCCI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche. Uno schizzo storico- dogmatico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2-2007, 447

⁴ È doveroso ricordare che la Legge 29 settembre 2000, n. 300, con la quale il Parlamento ha delegato il Governo ad adottare la disciplina della responsabilità delle persone giuridiche, ratifica ed esegue gli Atti internazionali elaborati in base all’art. K3 del Trattato sull’Unione Europea e, in particolare, la Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, fatta a Bruxelles il 26 luglio 1995; il primo Protocollo, fatto a Dublino il 27 settembre 1996; il Protocollo concernente l’interpretazione in via pregiudiziale di detta Convenzione e della annessa dichiarazione da parte della Corte di Giustizia delle Comunità europee, fatto a Bruxelles il 29 novembre 1996; la Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell’Unione europea, fatta a Bruxelles il 26 maggio 1997; la Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, con annesso, fatta a Parigi il 17 dicembre 1997.

⁵ È il caso della Germania che prevede un sistema repressivo per la condotta illecita degli enti dal 1949, oltre che dell’Olanda, che lo ha introdotto nel 1970.

⁶ Ai sensi dell’art.5 l’ente è responsabile ove un reato fra quelli previsti dalla Sezione III del decreto venga compiuto (lett.a) da soggetti *apicali* (indicati non tassativamente bensì facendo riferimento agli esercenti funzioni di rappresentanza, amministrazione o direzione dell’ente o di una sua unità organizzativa autonoma operativamente e finanziariamente ovvero a soggetti che esercitano, anche di fatto, la direzione e il controllo dell’ente) ovvero (lett.b) da soggetti *sottoposti* alla direzione e vigilanza di uno dei soggetti previamente indicati.

⁷ È appena il caso di sottolineare che tale nesso di imputazione oggettiva dell’illecito all’ente non si sostanzia in un’endiadi ma indica, al contrario, due distinte manifestazioni dell’agire per l’ente: ed infatti il criterio dell’*interesse* va identificato con la locupletazione configurabile mediante un giudizio prognostico *ex ante* mentre il *vantaggio* va ravvisato nella risultante economica positiva, apprezzabile alla stregua di un giudizio *ex post*. Per tutti cfr. BARTOLOMUCCI, *Il modello di organizzazione e gestione con finalità penal-preventiva*, in *Il Corriere Giuridico*, 2-2010, 7.

un canto, e quelli di ascrizione alla persona giuridica, d'altro canto, coincidano o divergano e, più efficacemente, se la persona giuridica derivi o ripeta integralmente dalla persona fisica gli aspetti del *tempus e locus commissi delicti*, ovvero si veda riconosciuta una posizione autonoma sul punto⁸.

2. Transnazionalità degli enti: vuoti normativi e problematiche ricostruttive

Per il fatto che l'ente con sede in Italia realizzi in territorio straniero, il legislatore ha previsto espressamente l'applicabilità della legge italiana, mutuando pressoché integralmente la disciplina prevista dal Codice penale per i reati commessi da cittadini all'estero.

L'art. 4 stabilisce, infatti, che «1. Nei casi e alle condizioni previsti dagli articoli 7, 8, 9 e 10 del codice penale, gli enti aventi nel territorio dello Stato la *sede principale* rispondono anche in relazione ai reati commessi all'estero, purché nei loro confronti non proceda lo Stato del luogo in cui è stato commesso il fatto. 2 Nei casi in cui la legge prevede che il colpevole sia punito a richiesta del Ministero della Giustizia, si procede contro l'ente solo se la richiesta è formulata anche nei confronti di quest'ultimo».

Perché, quindi, un'impresa possa essere ritenuta responsabile dell'illecito amministrativo dipendente da un reato commesso all'estero, non sarà sufficiente che un soggetto in posizione apicale o para-apicale abbia commesso al di là dei confini nazionali uno dei reati presupposto nell'interesse o a vantaggio dell'ente stesso, e che quest'ultimo sia altresì soggettivamente imputabile. Sarà necessario, infatti, che si verifichino le condizioni previste dagli artt. 7, 8, 9, 10, che l'ente abbia in Italia la propria *sede principale*, che per lo stesso fatto non proceda lo Stato del luogo in cui esso è stato commesso e che sussista, ove preveduta dalla legge, la condizione di procedibilità costituita dalla richiesta di procedere contro l'ente da parte del Ministro della Giustizia o della querela⁹.

Una parte della dottrina ha sottolineato come la scelta compiuta all'art. 4 del d.lgs.231/01 tradisca, in realtà, lo spirito della riforma: se in termini generali, infatti, l'ente si vede ascritto il reato commesso dal soggetto qualificato secondo i criteri di imputazione degli artt. 5 e ss. del decreto legislativo, rispetto al quale gioca un ruolo fondamentale l'atteggiamento dell'ente medesimo, di converso «la qualificazione di un fatto dell'ente come avente natura territoriale o extraterritoriale sarà determinata *in toto* dal luogo di radicamento della condotta individuale»¹⁰.

⁸ MANACORDA, *op. cit.*, 96.

⁹ Al riguardo, la dottrina ha sottolineato come la previsione delle condizioni sostanziali e di procedibilità enunciate dagli artt. 9 e 10 c.p., combinata con l'ulteriore previsione della necessità dell'istanza del Ministro anche nei confronti degli enti, renda assai ardua la perseguibilità delle fattispecie commesse all'estero da enti italiani, al punto da far ritenere che l'ente sarà perseguito soltanto per i falsi nummari previsti dall'art. 7 c.p. ed inseriti nel catalogo dei reati presupposto. Così MANACORDA, *op. cit.*, 102.

¹⁰ MANACORDA, *op. cit.*, 104.

Per superare questa aporia, si è argomentato che la precisazione che l'ente avente sede in Italia risponde anche se il reato è stato commesso all'estero ha senso solo se riferita ai casi nei quali l'illecito si realizza *interamente all'estero*. Alla base di questa affermazione vi è l'idea che la struttura dell'illecito dell'ente si componga del reato presupposto e del mancato controllo da parte dell'ente stesso, il quale ultimo non potrebbe che realizzarsi nel luogo in cui è commesso il reato¹¹.

Il fulcro dell'illecito dell'ente finisce, così, per coincidere con il fatto di reato posto in essere dalla persona fisica, dal quale, quindi, mutua gli aspetti del *tempus* e del *locus commissi delicti*.

La complessa struttura dell'illecito delle cosiddette persone morali, tuttavia, male si presta ad essere ridotta al semplice binomio "reato-omessa vigilanza" e, di conseguenza, a legittimare la conclusione alla quale si è appena accennato.

È ben noto che il legislatore del d.lgs. 231/01, nel tentativo di coniugare le istanze di criminalizzazione alle esigenze di responsabilizzazione delle imprese, ha ideato una responsabilità amministrativa conseguenza di un illecito autonomo, concepito sulla rimproverabilità soggettiva e connesso alla commissione di un reato che è diretta espressione della politica o della colpa organizzativa propria dell'ente, nell'ottica di una piena affermazione del principio di personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27, comma 1, Cost. Principio che, a ben vedere, il legislatore non ha omesso di valorizzare nella disciplina dell'art. 4, atteso che in questa prospettiva deve essere letto il criterio della *sede principale*.

Con la previsione *de qua*, infatti, il legislatore sembra avere preteso che per il fatto di reato commesso all'estero l'ente sia sottoposto alla giurisdizione italiana solo se ivi si svolge l'attività di organizzazione e direzione e, quindi, solo se in Italia si è realizzata la lacuna organizzativa che ne fonda il rimprovero; si è inteso evitare, cioè, che la presenza nel territorio nazionale di sedi secondarie di società estere potesse comportare la perseguibilità di questi enti anche per gli illeciti commessi nel Paese di origine o comunque fuori dall'Italia¹².

Il "momento soggettivo" dell'illecito – che è qualcosa di più e di diverso rispetto alla mancata vigilanza sulla commissione del reato, consistendo in un vero e

¹¹ ANGELINI, *Art. 4 Reati commessi all'estero*, in AA.VV., *La responsabilità degli enti: commento articolo per articolo al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Padova, 2008, 91 ss., il quale afferma che la *ratio* della disposizione risiederebbe nella necessità di evitare vuoti normativi, atteso che in assenza di una previsione siffatta «si sarebbe potuta sollevare in modo fondato una eccezione sulla possibilità di procedere della giustizia italiana ed arrivare, qualora il Paese straniero avesse richiesto quale presupposto per la sua attivazione la residenza dell'ente, addirittura alla sua impunità». L'Autore sottolinea, inoltre, che, a ben vedere, ad assicurare la competenza del giudice italiano per il reato commesso all'estero nei casi e nei limiti di cui agli artt. 7-10 c.p., sarebbe stato sufficiente l'art. 36 del Decreto in commento, a norma del quale «la competenza a conoscere degli illeciti amministrativi dell'ente appartiene al giudice penale competente per i reati dai quali gli stessi dipendono».

¹² PISTORELLI, *Art. 1, 2, 3, 4*, in GIARDA, MANCUSO, SPANGHER, VARRASO, (a cura di), *Responsabilità "penale" delle persone giuridiche. d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2007, 29, che reputa la formula utilizzata dal Legislatore idonea ad escludere l'operatività dell'art. 4 in tutti i casi in cui l'ente abbia in Italia una sede secondaria, una stabile organizzazione o una mera rappresentanza.

proprio *deficit* della struttura aziendale – acquista quindi una particolare rilevanza ai fini del radicamento della giurisdizione e vi è da chiedersi, dunque, se tale elemento non debba essere valorizzato anche nel risolvere il distinto e annoso problema del reato commesso in Italia da ente avente *sede principale* all'estero.

3. Ambito soggettivo del d.lgs. 231/01 e soggetti di diritto straniero

L'urgenza di una soluzione condivisa al problema dell'applicabilità del d.lgs. 231/01 agli enti di diritto straniero si è posta, e continua a porsi, per evitare il rischio che le norme in esso contenute vengano sostanzialmente eluse da imprese che operano in Italia attraverso lo stabilimento della propria sede principale all'estero.

Nell'ambito dell'Unione europea il problema assume particolare rilevanza, attesa la previsione – anche in favore delle società e fin dal Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea (artt. 52 e 58) – del principio della libertà di stabilimento.

Tale libertà ha subito nel tempo notevoli limitazioni da parte degli Stati membri, solo lentamente arginate dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, giunta ad affermare che «il fatto che un cittadino di uno Stato membro che desideri creare una società scelga di costituirlo nello Stato membro le cui norme di diritto societario gli sembrino meno severe e crei succursali in altri Stati membri non può costituire, di per sé, un abuso del diritto di stabilimento»; e che «il diritto di costituire una società in conformità alla normativa di uno Stato membro e di creare succursali in altri Stati membri è inerente all'esercizio, nell'ambito di un mercato unico, della libertà di stabilimento garantita dal Trattato»¹³.

All'enunciazione del principio comunitario in analisi è seguita la valorizzazione del *principio di equivalenza*, la cui efficacia si è però limitata ad assicurare «il rispetto di una serie di principi considerati irrinunciabili a livello dell'Unione»¹⁴, senza eliminare del tutto le (a volte profonde) divergenze fra le normative degli Stati. In questo senso è opportuno rilevare che sebbene tutti i Paesi membri dell'Unione, in adempimento del succitato art. K3 del Trattato, abbiano previsto sanzioni a carico degli enti per conto dei quali sia stato commesso un reato, il d.lgs. 231/01 si presenta come uno dei sistemi maggiormente responsabilizzanti e, quindi, come uno dei più onerosi per le imprese, che ben potranno, quindi, vedere di buon grado una eventuale sottrazione agli obblighi dallo stesso derivanti, pur continuando ad operare prevalentemente, se non esclusivamente, in Italia.

Poiché alla luce dei principi appena enunciati, e anche indipendentemente da finalità elusive, molto frequente sarà la necessità di applicare ad enti costituiti secondo regole di ordinamenti esteri le norme del d.lgs. 231/01, è necessario chiedersi se questi

¹³ [Corte di Giustizia, sentenza 9 marzo 1999, Causa C-212/97.](#)

¹⁴ BASSI, EPIDENDIO, *op. cit.*, 90.

ultimi, per sfuggire alle cospicue sanzioni ivi previste, siano o meno obbligati ad adottare i modelli organizzativi di cui agli artt.6 e 7.

Per rispondere a tale quesito occorre innanzitutto soffermarsi sull'art. 1, co. 2 del decreto legislativo in commento, per valutare se ed in base a quali parametri l'ente di diritto straniero possa farsi (almeno astrattamente) rientrare fra i soggetti ivi contemplati.

Come noto, il comma 2 dell'art. 1 stabilisce che «le disposizioni in esso previste si applicano agli enti dotati di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica», mentre il comma successivo definisce ulteriormente l'ambito soggettivo, escludendo l'applicabilità dello stesso a tutti gli enti pubblici, altrimenti riconducibili alla nozione di enti forniti di personalità giuridica, e agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale, atteso che l'eventuale irrogazione delle sanzioni a tali enti avrebbe finito per ripercuotersi (esclusivamente) sui cittadini¹⁵.

Una parte della dottrina ha ritenuto di poter concludere che la soluzione al problema dell'applicabilità del d.lgs.231 agli enti esteri risieda, in realtà, nella stessa previsione del comma 2 che, di fatto, non discrimina fra enti di diritto straniero e non¹⁶.

Tralasciando per un attimo le obiezioni che è possibile muovere a questa tesi, appare necessario focalizzare l'attenzione su specifiche realtà economiche, con riferimento alle quali il problema interpretativo oggetto di analisi si pone con maggiore frequenza applicativa (i gruppi di società) ovvero si presta ad una soluzione – forse – più chiaramente orientata dalla stessa lettera della legge (le banche).

3.1. I gruppi di società

«Frutto dell'inventiva imprenditoriale, non già creazione legislativa¹⁷», il gruppo societario rappresenta la forma organizzativa attraverso la quale una medesima attività economica può frazionarsi in una pluralità di società, ciascuna destinata ad un singolo settore dell'attività o ad uno specifico mercato, ottenendone diversi vantaggi, primo fra tutti quello della separazione dei rischi connessi a ciascun settore o mercato¹⁸.

¹⁵ In questo senso cfr. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo* in LATTANZI, (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Milano, 2010, 37.

¹⁶ BASSI, EPIDENDIO, *op. cit.*, 91. Per gli Autori sarà sufficiente verificare «se le norme di diritto straniero prevedano un interesse e un patrimonio differente da quello della persona fisica che agisce e se presentino una organizzazione per il funzionamento dell'ente, tale da differenziare l'atto compiuto dalla persona fisica per sé da quello compiuto come organo dell'ente [...], con l'unica peculiarità che la norma di riferimento, anziché essere quella nazionale, sarà quella straniera che istituisce e disciplina l'ente medesimo» Negli stessi termini cfr. anche DELSIGNORE, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità amministrativa* in CADOPPI, GARUTI, VENEZIANI (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, Torino, 2010, 76

¹⁷ GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Vol. III, Padova, 2009, 934.

¹⁸ GALGANO, *op. cit.*, 935 – 940. Ulteriore vantaggio connesso alla costituzione di gruppi societari è individuato dall'Autore nella trasformazione che si determina all'interno dell'organizzazione

La legge italiana ha recepito il fenomeno con la riforma societaria del 2003, facendolo così emergere dall'ombra e dandogli legittimazione sotto molteplici e rilevanti profili, in un'ottica di superamento di quell'atteggiamento di diffidenza che lo aveva accompagnato fino ad allora¹⁹.

Pur senza fornirne una definizione, la riforma del 2003 ha inteso descrivere il gruppo di società dando rilievo *all'attività di direzione e coordinamento di società* (artt.2497-2497sexies c.c.): esiste un "gruppo" solo ove una pluralità di società è ricondotta ad unità dalla guida di una di esse, la quale si avvale della posizione di supremazia derivante dalla propria partecipazione azionaria o dai vincoli societari per determinare la condotta delle società sottoposte²⁰.

Le dinamiche dei gruppi societari continuano invece a «rimanere *underground* nel sistema normativo che ha dato vita al regime della responsabilità amministrativa dell'ente per i reati commessi nel suo interesse o vantaggio»²¹, ma non nel dibattito giurisprudenziale e dottrinale cui, proprio stante il *deficit* di normazione, è toccato il compito di determinare (e delimitare) le responsabilità degli enti inseriti nel contesto di un "gruppo", onde porre un margine al preoccupante (e spersonalizzante) rischio di «migrazione automatica di responsabilità»²².

Il dibattito si è concentrato nel verificare se anche la controllata possa rispondere, unitamente alla propria controllante, per un reato presupposto realizzato da un soggetto persona fisica legato ed inserito esclusivamente nella società controllante, ovvero nel verificare, al contrario, se sia possibile estendere alla *holding* la responsabilità di una società controllata nel contesto e nell'interesse (o vantaggio) della quale un soggetto in essa inserito abbia commesso un reato fra quelli presupposto dell'illecito amministrativo.

Possono ad oggi dirsi abbandonate le letture estensive della nozione di interesse di cui all'art. 5 – basate su una indebita (e sfavorevole) esportazione della (favorevole) teoria dei vantaggi compensativi – tali da trasformare l'interesse dell'ente in *interesse di gruppo*. Allo stesso modo, fuori dai parametri dell'art. 2639 c.c. e, quindi, fuori dai casi in cui il gruppo sia solo apparente, la società capogruppo non potrà considerarsi quale amministratore di fatto di una o più controllate, né, oltremodo, potrà dirsi depositaria di un obbligo giuridico di impedire il reato delle controllate ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p., in quanto non espressamente imposto da alcuna norma²³.

imprenditoriale, nella quale all'antico rapporto gerarchico si viene a sostituire un rapporto "dialettico", attesa la (relativa) autonomia decisionale che caratterizza i vari *managers* preposti ai diversi settori.

¹⁹ Così SCAROINA, *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo di imprese*, Milano, 2006, 40.

²⁰ BOIDI, ROSSI, VERNERO, *La disciplina dei gruppi di imprese e il rapporto con il D.lgs.231/01, anche alla luce della recente sentenza della Corte di Cassazione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2-2012, 185.

²¹ AMODIO, *Rischio penale d'impresa e responsabilità degli enti nei gruppi multinazionali* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4-2007 129.

²² BOIDI, ROSSI, VERNERO, *op. cit.*, 189.

²³ Per una più ampia e completa disamina dell'argomento cfr. AMODIO, *op. cit.*, 1290 ss., ASSUMMA, *La responsabilità amministrativa degli enti nei gruppi di impresa: problemi e prospettive*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 3-2011, 7 ss.; BOIDI, ROSSI, VERNERO, *op. cit.*, 188 ss.; BORTONE, *op. cit.*, 59 ss., PISTORELLI, *Brevi osservazioni sull'interesse di gruppo quale criterio oggettivo di imputazione della*

Il dato normativo e la valorizzazione dei principi cardine del diritto penale impongono, infatti, l'abbandono delle soluzioni che in passato hanno permesso l'indiscriminato coinvolgimento della controllante nell'ipotesi di fatto delittuoso concernente la controllata e realizzato nel suo interesse o vantaggio: il limite di tale indebita trasmigrazione di responsabilità dovrà essere ricercato nella partecipazione – materiale o morale²⁴ – al fatto-reato di un esponente aziendale della controllante, unita ad un interesse diretto e significativo «sul patrimonio e sulle disponibilità della *holding*, nell'ambito di un rapporto autonomo e collaterale rispetto alla semplice relazione di confluenza verso il bilancio consolidato»²⁵.

Brevemente scandagliato il limite applicativo della responsabilità ex d.lgs.231/01 alle società facenti parte di una più ampia realtà imprenditoriale "unitaria" e volendo tornare alla problematica oggetto della presente indagine, si può sottolineare come sia evidente che «se, da una parte, la frattura rappresentata dall'appartenenza di società del gruppo a distinti ordinamenti giuridici rende ancora più evidente l'inesistenza di rapporti societari tali da far concepire la capogruppo come titolare di un dovere di vigilare per prevenire reati delle controllate straniere»²⁶, dall'altra proprio questa frattura si pone principalmente alla base del problema dell'applicabilità del d.lgs.231/01 agli enti stranieri, obbligando a domandarsi se, qualora l'esponente aziendale della *holding* con sede all'estero abbia concorso con l'esponente aziendale della controllata con sede in Italia alla commissione in quest'ultimo Stato di un fatto-reato fra quelli previsti dal d.lgs. 231/01 – indubbia la perseguibilità (in Italia) di entrambi gli esponenti aziendali per il reato e della società avente in Italia la propria sede principale per la responsabilità amministrativa da quest'ultimo discendente –, sia possibile applicare alla *holding* sedente all'estero le sanzioni previste dal decreto e, prima ancora, ritenerla destinataria delle sue norme²⁷.

responsabilità da reato in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 1-2006, 16; SCUBBI, *Gruppo societario e responsabilità delle persone giuridiche ai sensi del d.lgs.231/01* in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 1-2006, 7 ss.

²⁴ È doveroso precisare che per ravvisarsi un concorso morale di soggetti appartenenti alla *holding* in reati commessi dalle controllate dovrà essere dimostrato che le istigazioni provenienti dalla capogruppo si siano tradotte in concrete direttive illecite concernenti specifiche prescrizioni ai vertici delle controllate stesse, oppure che esse contenevano già gli elementi essenziali delle singole condotte successivamente poste in atto. In tal senso SCAFIDI, *op. cit.*, 107.

²⁵ BORTONE, *op. cit.*, 68.

²⁶ AMODIO, *op. cit.*, 80.

²⁷ Il problema si porrà, evidentemente, anche nel caso in cui l'esponente aziendale della controllata con sede all'estero abbia concorso con l'esponente aziendale della *holding* italiana alla commissione di un reato in Italia, ovvero quando, allo stesso modo, la capogruppo sia una società di diritto straniero e il reato sia stato commesso in Italia da soggetti ad essa intranei ma estranei alle controllate italiane; o, ancora, quando soggetti appartenenti alla controllata straniera commettano un reato presupposto senza che possa ravvisarsi un concorso degli esponenti della *holding* avente sede in Italia, e viceversa.

Appare quasi pleonastico affermare, di contro, che se l'ente ha la propria sede principale all'estero ed il reato è commesso all'estero non sarà perseguibile nonostante il commesso reato sia qualificato secondo la legge penale italiana e sia astrattamente perseguibile dal giudice italiano²⁷, e ciò, si deve aggiungere, anche quando vi siano società del gruppo con sede in Italia.

3.2. Le banche estere ad operatività transfrontaliera

Di particolare interesse la questione concernente l'applicabilità del d.lgs. 231 del 2001 nel caso di istituti di credito ed intermediari finanziari di altri Stati membri. In materia, infatti, non mancano elementi normativi in grado di orientare l'interprete nella soluzione dell'annoso problema oggetto della presente indagine, anche se ciò non è bastato, come spesso accade, ad offrire soluzioni univoche.

Di primaria rilevanza, in questo senso, è il principio dell' *home country control*, di cui all'art. 16 del T.U.B. (d.lgs. 385/1993), secondo il quale l'operatore di uno Stato membro può esercitare la propria attività in altro Stato membro sulla base dell'autorizzazione e sotto il controllo dell'autorità di vigilanza dello Stato membro di origine e senza dover chiedere alcuna autorizzazione allo Stato membro nel quale intende operare.

L'affermazione del principio sembra apertamente ed inevitabilmente confliggere con il sistema di responsabilità degli enti disciplinato dal d.lgs. 231/01: «se la banca estera deve rispettare gli adempimenti richiesti dal decreto, pena l'azionarsi di una responsabilità di tipo penale, essa vede limitato il suo diritto ad essere sottoposta solo alla legge dello Stato di origine²⁸».

L'interprete potrebbe uscire dall'*impasse* avendo riguardo all'art. 68, comma 2, del Regolamento intermediari della Consob²⁹, in base al quale le disposizioni in materia di organizzazione e procedure interne di cui alla parte III del medesimo Libro non si applicano alle banche comunitarie che operano in Italia senza stabilimento di succursali. Si tratta di norme relative alle procedure interne finalizzate alla prestazione dei servizi (art. 56), al controllo interno (art. 57), al codice interno di autodisciplina (art. 58), alla disciplina dei reclami (art. 59), ovvero di disposizioni che hanno la esplicita finalità di assicurare l'ordinata e corretta prestazione dei servizi, di ricostruire i comportamenti posti in essere e assicurare un'adeguata vigilanza interna³⁰.

Ebbene, la natura degli adempimenti dai quali le banche estere che agiscono in regime di libera prestazione dei servizi risultano in tal modo esonerate, fa emergere palese il contrasto che si creerebbe con le disposizioni del d.lgs. 231, ove queste ultime fossero interpretate nel senso di imporre (anche) a queste stesse realtà economiche l'adozione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo, al fine di ottenere l'esonero dalla responsabilità ivi prevista.

È doveroso evidenziare come parte della dottrina sostenga che neanche l'argomento contrario, basato sul dato che le succursali di banche comunitarie sono

²⁸ GAGLIARDI, *La responsabilità delle banche ad operatività transfrontaliera ai sensi del d.lgs. 231/01* in <http://www.rivista231.it/Legge231/Pagina.asp?Id=750>.

²⁹ Regolamento di attuazione del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, concernente la disciplina degli intermediari (adottato dalla Consob con delibera n. 11522 del 1° luglio 1998 e successivamente modificato con delibere n. 11745 del 9 dicembre 1998, n. 12409 del 1° marzo 2000, n. 12498 del 20 aprile 2000, n. 13082 del 18 aprile 2001, n. 13710 del 6 agosto 2002 e n. 15961 del 30 maggio 2007).

³⁰ BARIATTI, *L'applicazione del d.lgs. 231 del 2001 a società estere operanti in Italia: il caso degli istituti di credito e degli intermediari finanziari*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2006, 832.

obbligate al rispetto delle norme della parte III ora illustrate, imponga l'adozione da parte delle stesse dei modelli prescritti dal d.lgs. 231/01. Si è sottolineato, in tal senso, che i modelli organizzativi «non sono finalizzati alla corretta prestazione di un servizio finanziario [...], la loro *ratio* risiede[ndo] nella prevenzione della commissione dei reati da parte dei dipendenti di una persona giuridica»³¹. Del resto, il regime previsto dal d.lgs. 231 non si limita a regolamentare il *modus operandi* dell'ente nell'esplicazione della propria attività in Italia (come invece fanno le disposizioni richiamate dall'art. 68 del Regolamento Consob), ma incide principalmente sulla sua organizzazione interna, caratteristica, quest'ultima, suscettibile di fare insorgere un problema di compatibilità con il ridetto principio dell' "*home country control*", diretta espressione delle libertà garantite dai Trattati³².

In senso contrario, si è ritenuto inconferente il richiamo alla disposizione in commento, in quanto trattasi di normativa secondaria e anteriore alle disposizioni del d.lgs. 231/01, adottata in un contesto in cui l'ordinamento non conosceva l'istituto della responsabilità amministrativa dipendente da reato e con finalità e prospettive differenti rispetto a quelle ad esso sottese³³.

Il panorama di disposizioni utili alla ricostruzione teorica in atto è completato dalla previsione di cui all'art. 97bis del d.lgs. 385/1993³⁴, introdotta dall'art. 8 del d.lgs. 197 del 2004, in attuazione della Direttiva 2001/24/CE sul risanamento degli enti creditizi, anche e soprattutto per evitare «un corto circuito» fra le disposizioni preesistenti e quelle previste dal decreto 231³⁵.

A parere di accorta dottrina, la previsione dell'art. 97 *bis* indicherebbe chiaramente che lo Stato membro ospitante gode di una limitata potestà in materia di

³¹ Così BARIATTI, *op. cit.*, 832.

³² BARIATTI, *op. cit.*, 833.

³³ Trib. Milano, 13/06/2007 (ord.), GIP Tacconi.

³⁴ Art. 97 *bis* (Responsabilità per illecito amministrativo dipendente da reato). Il pubblico ministero che iscrive, ai sensi dell'articolo 55 del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, nel registro delle notizie di reato un illecito amministrativo a carico di una banca ne dà comunicazione alla Banca d'Italia e, con riguardo ai servizi di investimento, anche alla CONSOB. Nel corso del procedimento, ove il pubblico ministero ne faccia richiesta, vengono sentite la Banca d'Italia e, per i profili di competenza, anche la CONSOB, le quali hanno, in ogni caso, facoltà di presentare relazioni scritte. 2. In ogni grado del giudizio di merito, prima della sentenza, il giudice dispone, anche d'ufficio, l'acquisizione dalla Banca d'Italia e dalla CONSOB, per i profili di specifica competenza, di aggiornate informazioni sulla situazione della banca, con particolare riguardo alla struttura organizzativa e di controllo. 3. La sentenza irrevocabile che irroga nei confronti di una banca le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, lettere a) e b), del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, decorsi i termini per la conversione delle sanzioni medesime, è trasmessa per l'esecuzione dall'Autorità giudiziaria alla Banca d'Italia. A tale fine la Banca d'Italia può proporre o adottare gli atti previsti dal titolo IV, avendo presenti le caratteristiche della sanzione irrogata e le preminenti finalità di salvaguardia della stabilità e di tutela dei diritti dei depositanti e della clientela. 4. Le sanzioni interdittive indicate nell'articolo 9, comma 2, lettere a) e b), del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, non possono essere applicate in via cautelare alle banche. Alle medesime non si applica, altresì, l'articolo 15 del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231. 5. Il presente articolo si applica, in quanto compatibile, alle succursali italiane di banche comunitarie o extracomunitarie.

³⁵ FUSCO, *Applicabilità del d.lgs. 231/2001 alle banche estere* in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2007, 4, 182

organizzazione interna e modelli organizzativi nel caso delle succursali di banche comunitarie, mentre non ha alcun potere quando queste agiscono in regime di prestazione dei servizi, con ciò realizzando una disciplina specifica in questo settore³⁶. Il dato emergerebbe chiaramente dal quinto comma della norma, che prevede l'applicazione della particolare disciplina prevista dai commi precedenti alle succursali di banche comunitarie e extracomunitarie solo "in quanto compatibili": si sottolinea, in tal senso, che «se il legislatore avesse voluto imporre la piena applicazione del regime italiano sugli illeciti amministrativi, la norma non avrebbe recato l'inciso [*de quo*]»³⁷.

Ad argomentare in modo contrario, infatti, come fanno quanti ritengono che la clausola di compatibilità prevista dall'ultimo comma dell'art. 97 *bis* T.U.B. non sancisca in alcun modo l'esclusione del d.lgs. 231 nei confronti della banca estera che non abbia una succursale in territorio nazionale, giustificando solo la non applicabilità della specifica disciplina prevista dall'art. 97 *bis*³⁸, si finisce per sostenere che mentre le misure cautelari interdittive e la misura del commissariamento giudiziale non si applicano alle succursali di banche comunitarie, esse dovranno applicarsi – ed anche indipendentemente da qualsivoglia verifica di compatibilità – agli istituti di credito stranieri che non hanno succursali in Italia e agiscono in regime di libera prestazione dei servizi, creando un evidente paradosso. Paradosso che si crea, allo stesso modo, per l'applicazione delle stesse sanzioni in via definitiva.

Diversi e più coerenti risultati si ottengono, invece, concludendo che le disposizioni dell'art. 97 *bis* si applicano *limitatamente* alle succursali di banche comunitarie, e ciò in quanto la stessa applicazione del d.lgs.231/01 a tali enti trova un *limite* nella necessità di bilanciamento fra gli obblighi messi a punto dalla disciplina della responsabilità amministrativa e le libertà garantite dal Trattato.

L'analisi fin qui condotta sulla speciale disciplina delle responsabilità amministrative delle banche con sede all'estero apre dunque le porte all'analisi più dettagliata del problema generale, nella soluzione del quale rappresenta un elemento di fondamentale importanza.

4. Le soluzioni interpretative al problema della responsabilità "amministrativa" degli enti con sede principale fuori dai confini nazionali. In particolare: la tesi che ammette l'applicabilità del d.lgs. 231/01 agli enti stranieri ...

A questo punto è necessario concentrarsi sulle soluzioni prospettate, rilevando, in primo luogo, come sul tema si fiancheggiino due visioni antitetiche, «rette da una lettura divergente dei nessi che avvincono la responsabilità della persona giuridica e

³⁶ BARIATTI, *op. cit.*, 834

³⁷ BARIATTI, *op. cit.*, 834

³⁸ DELSIGNORE, *op. cit.*, 89, il quale conclude nei seguenti termini: «se la banca estera, comunitaria o non, ha una succursale in italiana, è sottoposta alle disposizioni di cui al d.lgs. n. 385/1993; se la banca estera opera in Italia senza avervi una succursale è soggetta alla disciplina generale del d.lgs. 231/2001».

quella della persona fisica»³⁹ ma, allo stesso tempo, entrambe supportate da valide argomentazioni logico-giuridiche.

Una prima tesi, avallata da costanti seppure sporadiche pronunce giurisprudenziali, è nel senso di ritenere applicabile il d.lgs. 231/01 anche ad imprese straniere, a prescindere dal fatto che esse abbiano o meno in Italia una sede secondaria o uno stabilimento.

In virtù del principio di imperatività della norma penale, infatti, il semplice fatto di operare in Italia comporta l'obbligo di rispettarne la legge, indipendentemente dall'esistenza nel Paese di appartenenza della società di norme che regolino la stessa materia in modo analogo: del resto – si sottolinea con un argomento che la dottrina non ha mancato di definire banale⁴⁰ – «il conducente di un'automobile straniera fabbricata in un Paese in cui non sia in vigore l'obbligo delle cinture di sicurezza dovrà munirsi di tale dispositivo per circolare in Italia, altrimenti commettendo un'infrazione al Codice della Strada»⁴¹.

In difetto di una norma che diversamente disponga, quindi, il d.lgs. 231/01 dovrebbe applicarsi anche agli enti stranieri e tanto, secondo questa prima corrente di pensiero, apparirebbe indirettamente confermato dall'art. 1, che, come innanzi precisato, nel disciplinare le categorie di enti assoggettate alle norme del microcodice, non distingue in maniera alcuna fra enti nazionali o stranieri⁴².

Un ulteriore referente normativo utile a confermare la tesi in discorso viene ravvisato nell'art. 4: si è detto, cioè, che se la disciplina del decreto si applica anche agli enti con sede principale in Italia nell'interesse dei quali sia stato commesso un reato all'estero, a maggior ragione essa andrà applicata nel caso in cui tale reato sia commesso in Italia.

Nello stesso senso verterebbero l'art. 34 – il quale rimanda alle norme del Codice di procedura penale – e, quindi, anche all'art. 1 dello stesso, che sancisce il principio generale della giurisdizione del giudice penale – oltre che l'art. 36, in base al

³⁹ MANACORDA, *op. cit.*, 99.

⁴⁰ MANACORDA, *op. cit.*, 98.

⁴¹ Tribunale di Milano, 27/04/2004, (ord.) GIP Salvini – Imp. Siemens A.G. In questo noto processo la difesa della società aveva ritenuto sussistente il difetto di giurisdizione del giudice italiano, concretizzantesi nell'assenza di un potere in funzione cautelare. Si sostiene, cioè, che poiché la responsabilità della società viene contestata in riferimento alla mancata adozione di un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi, ne deriverebbe che l'illecito si è radicato fuori dal territorio nazionale, e in un territorio, quello tedesco, che pur prevedendo la responsabilità da reato degli enti non prevede né sanzioni interdittive, né l'obbligo di adottare i modelli organizzativi previsti dalla legge italiana.

⁴² La circostanza che l'ente sia costituito secondo norme di diritto straniero – non ponendo un problema di applicazione di norme estere ma solo un problema di individuazione e accertamento della natura dell'ente – non limita la giurisdizione, la quale ultima trova una barriera nel solo fatto che l'ente non abbia operato in Italia e il reato non sia, pertanto, perseguibile in Italia. Argomentando diversamente si finirebbe per introdurre nel decreto un requisito aggiuntivo non previsto dal legislatore, ferma la precisazione che l'operatività delle sanzioni nei confronti della persona fisica straniera incontrerà gli stessi limiti di applicazione delle sanzioni per lo straniero che abbia commesso un reato per cui sussista la giurisdizione italiana. In questi termini si esprimono BASSI, EPIDENDIO, *op. cit.*, 97- 98.

quale è il giudice penale competente in ordine al reato presupposto che conosce dell'illecito amministrativo dell'ente, così che la competenza per l'accertamento dell'illecito si radica nel luogo di commissione del reato presupposto⁴³.

Non da ultimo, si rimarcano le indebite alterazioni della libera concorrenza che si determinerebbero ove si avallasse la tesi della non applicabilità alle imprese straniere del d.lgs. 231.

L'orientamento in discorso è stato supportato anche dalla giurisprudenza espressasi con riferimento agli illeciti nel settore bancario e, al riguardo, come si è già avuto modo di rilevare, si sostiene che proprio il ridetto art. 97 *bis*, co. 5, d.lgs. 385/93, lasci chiaramente intendere che le norme del d.lgs. 231 si applicano anche agli enti di diritto straniero.

Se così realmente fosse, tuttavia, non si vede per quale ragione il silenzio della norma relativamente alle banche che agiscono in libera prestazione dei servizi dovrebbe far pensare ad una applicazione della disciplina generale di cui al d.lgs.231 – come argomentato dalla dottrina citata – e non, al contrario, ad una indiscriminata applicazione dell'art. 97 *bis*: con maggiore impegno esplicativo, se il d.lgs. 231 si applica a tutte le imprese, aventi o non sede in Italia, e l'art. 97 *bis* – che prevede particolari regole procedurali e di favore per gli illeciti amministrativi commessi dalla banche – subordina alla verifica di compatibilità la sua applicazione alle banche estere con succursale in Italia mentre nulla dice in merito a quelle che non hanno stabilito succursale sul territorio nazionale, se ne dovrebbe desumere che, trattandosi pur sempre di “banche”, dovrà essere esclusa per queste ultime la verifica di compatibilità di cui al quinto comma e non l'applicazione dell'intera disciplina speciale di cui all'art. 97 *bis*; e ciò, anche alla luce del fatto che seppure la Banca d'Italia non può adottare provvedimenti straordinari nei confronti degli istituti di credito che non abbiano succursali in Italia, essa ha poteri sanzionatori in caso di violazioni di legge che si consumino sul territorio nazionale (artt. 78 e 79 T.U.B.), con la conseguenza che l'inoperatività della disciplina speciale nei confronti di queste ultime apparirebbe altresì illogica.

Con la previsione dell'ultimo comma della disposizione in analisi il legislatore sembra avere inteso ampliare la portata della norma (e quindi della disciplina a cui essa fa riferimento, ovvero quella della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche), a fattispecie in essa non contemplate, piuttosto che averne ristretto l'ambito applicativo per gli enti creditizi con sedi secondarie in Italia, subordinandolo alla verifica di compatibilità.

A ciò conducono argomentazioni logiche prima ancora che giuridiche: appare oltremodo irrazionale che le misure interdittive – che, come si è visto, rappresentano uno degli ostacoli più rilevanti nel risolvere il problema dell'applicabilità della disciplina del decreto agli enti stranieri – si applichino alle banche straniere che hanno sede in Italia, seppure secondaria, “in quanto compatibili”, e siano invece (almeno astrattamente) applicabili senza restrizioni a quelle che non ne dispongono. E ciò,

⁴³ Tribunale di Milano, 13/06/2007 (ord), GIP Tacconi.

soprattutto, atteso che l'applicabilità delle misure interdittive agli enti stranieri da parte della giurisprudenza – che, come si è osservato, tende a rispondere affermativamente al quesito oggetto della presente disamina – non potrebbe che avvenire, come di fatti avviene, se non tenendo conto della compatibilità della misura con la extraterritorialità dell'ente⁴⁴. Sostanzialmente, così argomentando, la disposizione apparirebbe inutile, mentre la stessa acquisisce un senso quando interpretata come un'estensione della disciplina altrimenti preclusa.

Appare inoltre evidente che sono proprio le regole ermeneutiche ad imporre un'interpretazione in tal senso. Delle due, l'una: o il legislatore ha inteso, come si ritiene in dottrina, confermare il dato dell'applicabilità agli enti con sede all'estero della disciplina della responsabilità amministrativa, cosicché, essendo prevista la verifica di compatibilità con le regole poste dall'art. 97 *bis* per le sole banche estere con sede in Italia, per le banche comunitarie senza succursali si applicherà la disciplina "generale", in questo caso rappresentata dall'art. 97 *bis*; oppure la previsione di cui al quinto comma della ridetta norma rappresenta un'eccezione alla regola che vede escluse le società straniere dalla disciplina della responsabilità amministrativa, con la conseguenza che, in ossequio al principio "*ubi lex voluit, dixit*", si dovrà escludere per le banche che agiscono in libera prestazione dei servizi l'assoggettabilità alla responsabilità amministrativa degli enti.

4.1. ... e la (preferibile) tesi che la esclude

Proprio l'art. 97 *bis* sembra apportare, quindi, un (ulteriore) argomento favorevole alla preferibile tesi della inapplicabilità del d.lgs. 231/01 agli enti stranieri. In questo senso si è sottolineato, altresì, che l'inclusione di questi ultimi fra i destinatari delle norme del codice della responsabilità amministrativa degli enti potrebbe comportare una sorta di concorrenza sleale fra i Paesi, che finirebbe per allontanare i capitali stranieri e che sembra inaccettabile alla luce dei principi comunitari⁴⁵. Le imprese, infatti, sarebbero eccessivamente scoraggiate dall'operare in Italia se questo comportasse la necessità di scegliere se dotarsi degli esosi modelli organizzativi previsti dalla normativa italiana – e con molta probabilità inutili nel Paese di origine – o sottostare alle sanzioni previste dal decreto per il caso in cui venga commesso un reato in Italia. In poche parole, si è rimarcato quanto appaia «ingiustificato ed

⁴⁴ Nell'ordinanza 27.04.2004, il Tribunale di Milano ha infatti applicato la sanzione interdittiva cautelare del divieto di contrarre con la pubblica amministrazione nei confronti della Siemens A.G., rispondendo ai rilievi della difesa – l che eccepiva la sostanziale ineseguibilità di tale misura, fondati sul dato che la normativa tedesca non prevede misure di tal genere e che, quindi, non potrebbe eseguire la misura del divieto di contrattare con la pubblica amministrazione non potendo applicare una misura sconosciuta all'ordinamento germanico – che la sanzione consiste nel divieto di contrattare con la pubblica amministrazione italiana (e non tedesca) e che quindi, come tale, è facilmente attuabile.

⁴⁵ [ASTORINA, 231 e multinazionali: il convegno della "Cattolica"](#), che riporta la relazione al Convegno della Prof.ssa Severino Di Benedetto.

eccessivamente oneroso prevedere una struttura organizzativa *ad hoc* solo sulla base di un ingresso nel mercato giuridico italiano»⁴⁶ e, a rigore, quanto lo stesso “ingresso condizionato” rinveniente dall’approccio estensivo al tema della responsabilità degli enti stranieri ex d.lgs. 231/01, sembri contrastare, di per sé, con il principio comunitario della libertà di stabilimento, innanzi illustrato.

A ben vedere, infatti, l’art. 49 del Trattato deve essere letto nella sua accezione più ampia, ovvero «nel senso che esso vieta l’emanazione e l’applicazione di norme nazionali discriminatorie, che prevedano, cioè, condizioni più sfavorevoli per il cittadino di uno Stato membro o anche che, pur presentandosi di indistinta applicazione, tuttavia, nella sostanza, abbiano l’effetto di impedire o rendere più difficile lo svolgimento del servizio al prestatore stabilito in altro Stato membro»⁴⁷, o anche solo di rendere meno attraenti le sue attività⁴⁸; e non vi è chi non veda come questa “parità sostanziale” fra prestatori di servizio europei risulterebbe inevitabilmente lesa se si finisse per trattare diversamente le società italiane rispetto a quelle straniere, ciò che certamente avverrebbe ove, aderendo alla prospettazione qui criticata, si finisse per riconoscere in capo alle prime una *chance* di esonero dalla responsabilità amministrativa che risulterebbe sostanzialmente preclusa alle seconde.

Atteso, dunque, che le imprese, per evitare di operare in situazioni di svantaggio concorrenziale e scongiurare le pesanti sanzioni previste dal decreto, saranno sostanzialmente “costrette” all’adozione e all’implementazione dei *compliance programs*, difficilmente si potrebbe negare la natura restrittiva del d.lgs. 231, a nulla rilevando, in senso contrario, l’insussistenza di una prescrizione imperativa⁴⁹.

Da ultimo, a confermare la validità della tesi che esclude l’applicabilità *sic et simpliciter* del d.lgs. 231 agli enti stranieri, è la riflessione sul carattere autonomo della responsabilità dell’ente. Come largamente argomentato dalla più acuta dottrina, «è infatti chiaro che se si aderisce alla tesi per cui il reato è unico ed è lo stesso per la persona fisica e per la persona giuridica, sarà il *locus* della sua commissione a decidere della responsabilità dell’ente, anche se abbia la sua sede principale all’estero»⁵⁰. Poiché, però, non è certamente questo lo spirito che anima il d.lgs. 231, dovrebbe ritenersi, piuttosto, «che l’illecito abbia natura composita, e che la commissione del reato rappresenti, più che altro, il presupposto necessario perché si incardini la responsabilità dell’ente, per il resto fondata, (anche e soprattutto) su profili di tipicità soggettiva, vale a dire, integrata da condotte inottemperanti ad un dovere di diligenza, eventualmente realizzate là dove l’ente ha la sua sede. Sicché, in base a questa lettura, laddove le carenze organizzative si siano verificate nella sede straniera, sarebbe

⁴⁶ ALESSANDRI, *Attività di impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, 564.

⁴⁷ SANTA MARIA, *Diritto commerciale europeo*, Milano, Giuffrè, 2008, 123.

⁴⁸ [Corte di Giustizia, sentenza 24.01.2002, causa C-164/99.](#)

⁴⁹ In questo senso PERNAZZA, *I modelli di organizzazione ex d.lgs. 231/01 e le società estere: il caso Siemens AG*, in *Le Società*, 2004, 1286.

⁵⁰ DI GIOVINE, *op. cit.*, 45

quantomeno dubbio che l'illecito sia stato commesso in Italia (solo perché il reato viene qui realizzato), e che possa essere dunque assoggettato alla normativa del d.lgs. 231»⁵¹.

La responsabilità dell'ente «non nasce come ammennicolo della responsabilità individuale»⁵², cosicché nell'economia dell'illecito dell'ente i modelli organizzativi non possono rappresentare una “*mera causa di esonero da responsabilità*”, così come argomentato dal Tribunale di Milano nell'ordinanza dell'ottobre del 2004. La ridetta esigenza sottesa all'introduzione dei *compliance programs* è quella di vedere rispettato il principio di colpevolezza anche nel caso di responsabilità dell'ente per l'illecito dipendente dal reato: l'adozione o meno del modello e la sua corretta applicazione e implementazione è, come si è detto, espressione di una vera e propria *colpa di organizzazione* che rende l'illecito soggettivamente riconducibile alla persona giuridica⁵³.

Se dunque l'illecito dell'ente ha una natura composita di cui il commesso reato costituisce solo un frammento, ben si vede come il *locus commissi delicti* non potrà essere *sic et simpliciter* radicato nel luogo di commissione di quest'ultimo: atteso, infatti, che l'omissione organizzativa e gestionale svolge un ruolo di primo ordine nella dinamica dell'illecito dell'ente, è chiaro che quest'ultimo potrà dirsi commesso solo nel luogo in cui essa si è di fatto realizzata.

Ne consegue, come si è già avuto modo di rilevare, che esula dal campo applicativo del decreto il fatto commesso nell'interesse di un ente straniero la cui lacuna organizzativa si sia realizzata interamente all'estero, ovvero il caso di enti che abbiano all'estero la loro principale attività organizzativa e gestionale⁵⁴.

Da più parti si sottolinea, poi, come proprio la previsione di cui all'art. 4 costituisca «la prova regina dell'inammissibilità dell'interpretazione offerta in materia

⁵¹ DI GIOVINE, *op. cit.*, 45.

⁵² BRUNELLI, RIVERDITI, *Art. 1, Soggetti*, in *La responsabilità degli enti: commento articolo per articolo al D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di PRESUTTI-BERNASCONI-FIORIO, Padova, 2008, 81.

⁵³ Il legislatore italiano, invero, pur ispirandosi alla legislazione americana ne ha superato l'impostazione – atteso che i *compliance models* sono presi in considerazione dall'ordinamento statunitense ai soli fini di commisurazione della sanzione – e ha fatto del modello un elemento idoneo ad incidere sulla stessa sussistenza della responsabilità. Ed anzi, la prospettiva nella quale operano i modelli appare addirittura triplice: quando adottati *ante factum*, essi costituiscono elementi impeditivi della responsabilità dell'ente per l'illecito amministrativo dipendente da reato (artt. 6 e 7); quando adottati *post factum*, possono operare quali attenuanti della responsabilità (art. 12, comma 2, lett. b), art. 17), come elementi che unitariamente ad altri compongono la più complessa fattispecie della riparazione delle conseguenze del reato e della connessa sospensione e revoca delle misure cautelari (art. 17 e 49), o ancora come elementi che consentono di ottenere la conversione delle sanzioni interdittive in sanzioni pecuniarie; allo stesso tempo, il modello assume una precipua funzione preventiva: rappresenta, cioè, «uno degli elementi la cui presenza attenua la pericolosità dell'ente fino ad escluderla» nel caso in cui il modello presenti tutte le caratteristiche prescritte dal legislatore. Così BASSI, EPIDENDIO, *op. cit.*, 196.

⁵⁴ Né la dissociazione fra responsabilità che ne consegue potrebbe ritenersi un impedimento ad una lettura siffatta, atteso che essa sembra suffragata dalla previsione di cui all'art. 8 - che sancisce il principio della autonomia della responsabilità dell'ente - e che essa «pare razionale dal punto di vista politico-criminale laddove la legislazione straniera non preveda, neppure nella forma dell'onere, alcuna valorizzazione del modello di organizzazione in sede processuale». In questi termini si esprime MANACORDA, *op. cit.*, 101.

di applicabilità della disciplina della responsabilità da reato degli enti»⁵⁵. Subordinando la punibilità dell'ente per i reati commessi all'estero al criterio della "sede principale", come si è avuto modo di osservare, il legislatore ha indubbiamente ancorato il luogo e il tempo di commissione dell'illecito dipendente dal reato al luogo in cui si è verificato il difetto di organizzazione, ovvero al luogo in cui avrebbe dovuto essere posto in essere il comportamento alternativo lecito (ovvero *l'adozione di modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi all'estero*) che avrebbe impedito il verificarsi del rischio specifico connesso all'operare dell'ente stesso.

Si devono, tuttavia, evitare fraintendimenti in ordine al criterio della "sede principale": in questo senso, appare quasi tautologico osservare, quanto ai gruppi societari, che essa non dovrà essere identificata nel luogo in cui ha sede la *holding*, quale centro direzionale, con la conseguenza di escluderne la responsabilità in tutti i casi in cui essa si trovi all'estero. È ben noto, infatti, che le società del gruppo godono di autonomia giuridica e, pertanto, di completa potestà decisionale nella prevenzione del rischio penale. La sede principale andrà dunque identificata nella sede della società del gruppo nell'interesse e a vantaggio della quale è stato realizzato il reato che un'organizzazione efficiente avrebbe consentito di evitare.

Seguendo il criterio della sede principale e aderendo alla tesi in scrutinio, dovrebbe dunque affermarsi che nei casi in cui si ravvisi il concorso, materiale o morale, fra l'esponente aziendale della controllata con sede principale in Italia e l'apicale della *holding*, solo alla società con sede principale in Italia nel cui interesse sia commesso il reato potrà essere imputato l'illecito amministrativo da quest'ultimo dipendente, mentre, ferma la responsabilità penale dell'apicale della capogruppo, quest'ultima dovrebbe andare esente da responsabilità anche qualora il delitto sia stato commesso (altresì) nel suo interesse.

Allo stesso modo, l'esistenza in Italia di una sede secondaria di un ente con sede principale all'estero potrà escludere la responsabilità solo quando essa non sia dotata di autonomia decisionale e risulti essere nient'altro che una mera appendice dell'ente, ovvero quando le scelte organizzative connesse al *risk management* debbano essere e siano state prese all'estero.

Per avallare questa seconda ricostruzione dottrina si evidenzia, inoltre, come la lettera dei commi 1 e 2 dell'art. 1 sembri alludere a fenomeni aggregativi tipicamente italiani e come, del resto, sia preclusa in tale campo l'applicazione analogica, a causa dell'evidente contenuto di sfavore della disciplina in commento. Del resto, la soluzione opposta a quella qui sostenuta mostrerebbe profili di incompatibilità anche con il principio di legalità che assiste non solo il sistema penale ma anche quello punitivo in senso più ampio: ebbene, ove il legislatore avesse inteso estendere le disposizioni del d.lgs. 231/01 anche agli enti stranieri l'avrebbe detto – e avrebbe dovuto dirlo – espressamente, esattamente come fa all'art. 3 c.p. che, nel sancire che la legge italiana

⁵⁵ In questo senso cfr. GEMELLI, *Società con sede all'estero e criteri di attribuzione della responsabilità ex d.lgs. 231/01: compatibilità e incompatibilità*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 4-2012, 9, 15.

obbliga tutti coloro che si trovano nel territorio dello Stato, specifica che essa si rivolge tanto ai cittadini quanto agli stranieri.

Nel d.lgs. 231/01, invece, non si ravvisa alcuna disposizione che consenta di perseguire un illecito amministrativo commesso da una società di diritto straniero, neppure quando la commissione dell'illecito risulti collegata alla commissione del reato in Italia. L'interpretazione opposta esporrebbe, inoltre, al rischio di *ne bis in idem*: «rischio che si profilerebbe quante volte – in mancanza di un'apposita regolamentazione convenzionale – si attivi, oltre a quella italiana, la giurisdizione dello stato estero⁵⁶».

5. Spunti ermeneutici per una soluzione comunitariamente e costituzionalmente orientata al problema dell'applicabilità del d.lgs.231/01 agli enti con sede principale all'estero

Appare evidente che la soluzione affermativa al problema dell'applicabilità del d.lgs. 231/01 agli enti stranieri produce numerosi punti di aperta frizione con i principi ordinamentali, prestandosi a numerose critiche e calzanti obiezioni.

Essa *coinvolge e sconvolge* principi come quello di legalità, di tassatività, di libertà di stabilimento e porta ad interrogarsi, ancora più fortemente, sulla natura stessa dell'illecito, del quale si potrebbe arrivare ad escludere la sostanza penale ove esso venga a perdere la sua consistenza soggettiva, consentendo un rimprovero nei confronti dell'ente straniero in disparte da qualsivoglia verifica di rimproverabilità.

Appare parimenti evidente, tuttavia, che essa è ispirata a non irrilevanti ragioni di politica criminale e soprattutto – come si è già avuta occasione di rimarcare – alla necessità di evitare elusioni della disciplina nazionale attraverso lo stabilimento della sede all'estero, quando la società sia destinata ad operare prevalentemente o esclusivamente in Italia.

Nondimeno, il sistema risulterebbe quantomeno iniquo se le società straniere potessero delinquere in Italia e cionondimeno andare esenti dalle pesanti sanzioni previste dal decreto 231, e vi è da chiedersi se anche questa conclusione non possa provocare effetti distorsivi della concorrenza al pari di quella che sembra preferibile escludere, per tutte le ragioni sopra esposte.

Preso atto dell'univoco orientamento giurisprudenziale, è indispensabile chiedersi se non sia possibile “limitare i danni” attraverso una lettura costituzionalmente e comunitariamente orientata del decreto che, pur non riuscendo a colmare il *deficit* di legalità sopra evidenziato né a sanarne le numerose fratture, sia rispondente alla *ratio* della sua introduzione, allo spirito che lo informa, al rigore metodologico più che a quello letterale.

In particolare, il correttivo che si propone consentirebbe di superare le critiche mosse alla tesi dell'applicabilità del d.lgs. 231 agli enti stranieri almeno con riferimento

⁵⁶ DI GIOVINE, *op. cit.*, 46.

al principio di colpevolezza, allo stesso tempo garantendo a questi ultimi le medesime *chances* di esonero da responsabilità prospettate per gli enti con sede principale nel territorio nazionale ed evitando le indebite restrizioni alla ridetta libertà di stabilimento prodotte dalla *formale facoltatività* ma *sostanziale obbligatorietà* dei modelli.

Considerando, cioè, che il d.lgs. 231 non è espressamente rivolto agli enti stranieri ma neppure esclude la riferibilità agli stessi, e volendo per un attimo trascurare le altre ragioni a sostegno della tesi della inapplicabilità, occorre chiedersi se la struttura del sistema in commento non consenta di escludere la necessità del modello ai fini dell'esonero dalla responsabilità: è ammissibile, cioè, che l'adozione di idonei, specifici e concreti accorgimenti per la gestione del rischio reato da parte dell'ente straniero, anche qualora non esternalizzati in modelli cartacei di organizzazione e gestione, escluda la configurazione dell'elemento soggettivo dell'illecito dipendente da reato? Può un sistema prevenzionistico di pari efficienza ma diverso da quello previsto dagli artt. 6 e 7 del d.lgs. 231/01 avere effetto esimente?

A ben guardare, la lettura delle norme del corpo normativo oggetto di analisi sembra rigidamente imporre l'adozione dei modelli organizzativi, di fatto escludendo la possibilità di prendere in considerazione sistemi prevenzionistici altrettanto efficienti ma non conformi a quello indicato⁵⁷. L'ente virtuoso e dotato di un'organizzazione efficiente nella prevenzione del rischio reato che, però, non sia stata sufficiente ad impedirne la commissione, dovrà quindi rispondere pur non essendo in colpa; dovrà, cioè, essere punito anche quando il *comportamento alternativo lecito* (l'adozione del modello prescritto dal decreto) non avrebbe potuto evitare – come di fatto non ha evitato – l'evento.

La conclusione alla quale così argomentando si perviene induce ad approfondire l'analisi. E così si nota che, se è vero che il legislatore ha inteso riempire di contenuto positivo e materiale l'obbligo prevenzionistico, specie per far concretamente fronte alla «prevenzione del rischio reato nelle realtà organizzative complesse, caratterizzate da una articolazione di competenze che fanno capo ad una pluralità di centri decisionali [e per le quali] il richiamo a generici *standard* di diligenza [non può che risultare insufficiente]»⁵⁸, è parimenti vero che lo stesso legislatore ha escluso un collegamento necessario tra adozione del modello e responsabilità dell'ente⁵⁹.

Quanto si afferma è dimostrato dal fatto che l'adozione del modello *ante factum* non esclude qualsiasi effetto sfavorevole derivante dall'illecito ove il modello (*rectius* l'organizzazione nella gestione del rischio reato) non sia giudicato idoneo a prevenire il reato di fatto verificatosi o non sia stato efficacemente attuato. Ciò che esclude la responsabilità, insieme all'adozione di un modello idoneo, è la efficace attuazione dello stesso, e quindi l'aver concretamente posto in essere un comportamento conforme alla

⁵⁷ MANACORDA, *op. cit.*, 97.

⁵⁸ Relazione governativa al d. lgs. 231/01, paragrafo 3.5.

⁵⁹ BASSI, EPIDENDIO, *op. cit.*, 258.

regola cautelare, cosicché, in mancanza, non sarà prospettabile alcuna esenzione da responsabilità.

L'adozione di una corretta politica preventiva da parte dell'ente straniero non dovrebbe ritenersi, quindi, irrilevante, e ciò soprattutto atteso che il d.lgs. 231 non impone l'adozione del modello organizzativo.

L'ente con sede principale fuori dal territorio nazionale che operi in Italia e ivi commetta un reato, in questo senso, dovrebbe andare esente da responsabilità *quando provi di aver concretamente posto in essere misure preventive astrattamente idonee ad impedire i reati verificatisi, di aver adottato una organizzazione efficiente nella prevenzione del rischio reato e che, in sostanza, il comportamento conforme (non solo sostanzialmente ma anche formalmente) alle norme del d.lgs. 231 non avrebbe potuto impedire la commissione del reato, in ossequio ai principi penalistici in materia di causalità della colpa.*

Non sarebbe quindi corretto affermare che non è esigibile, nei confronti dell'ente straniero, un comportamento diverso da quello che ha consentito il realizzarsi di un reato da parte di un soggetto apicale alla stessa collegato, dovendosi pertanto escludere l'applicabilità del decreto a detti enti⁶⁰: sarebbe vero piuttosto che, essendo detto comportamento sempre esigibile, esso dovrà avere giuridica rilevanza quando allo stesso l'ente abbia diligentemente conformato la propria condotta.

È chiaro che la soluzione potrebbe prestarsi ad alcune obiezioni: si potrebbe ritenere che essa violi il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., atteso che si riserva agli enti con sede all'estero un trattamento diverso da quello destinato agli enti con sede nel territorio nazionale. A questa obiezione, tuttavia, si potrebbe efficacemente rispondere che il principio di uguaglianza è rispettato quando situazioni identiche siano trattate in modo identico, mentre lo stesso non può essere invocato quando involga situazioni intrinsecamente eterogenee, come quelle qui considerate. Ne deriva, quindi, che dovranno comunque adottare i modelli organizzativi rispondenti alle norme del d.lgs. 231/01 quegli enti che operino sostanzialmente e prevalentemente in Italia, pur avendo stabilito – magari per finalità elusive – la propria sede all'estero, con una verifica caso per caso rimessa al giudice in sede di applicazione della disciplina in analisi.

Ma ancora si potrebbe obiettare che, a parità di norme, alle stesse conclusioni possa pervenirsi per gli enti con sede nel territorio nazionale, finendo per considerare i modelli organizzativi di gestione e controllo come lo *specchio* che riflette l'*assenza* di colpa, piuttosto che come l'*essenza* di quest'ultima.

Questa conclusione potrebbe attagliarsi in particolar modo alle banche, la cui disciplina primaria e regolamentare impone una stringente politica di controllo. Esse sono infatti dotate di «complessi sistemi di regole interne che assolvono alla funzione di organizzare il sistema dei poteri e delle deleghe; di regolamentare e proceduralizzare le attività che si svolgono all'interno della società; di gestire i rapporti fra i vari attori del sistema dei controlli interni; di disciplinare i flussi

⁶⁰ Così GEMELLI, *op. cit.*, 13.

informativi fra le varie funzioni, organi, ecc.»⁶¹. Cautele, queste ultime, che «già di per sé possono costituire dei modelli organizzativi o quanto meno la base precettiva di ciò che è un modello organizzativo»⁶² nel sistema 231.

Nonostante la tesi appaia non poco suggestiva, tornano qui in rilievo le osservazioni già effettuate circa la precettività delle disposizioni di cui agli artt. 6 e 7, la chiarezza delle norme nell'imporre l'adozione dei modelli ai fini dell'esonero da responsabilità (con il conseguente evidente richiamo al brocardo *in claris non fit interpretatio*), oltreché le ragioni sottese all'estrinsecazione delle politiche preventive nei modelli di gestione e controllo: si tratta, infatti, di elementi di disciplina che appaiono difficilmente superabili, soprattutto in difetto di superiori esigenze di conformità ai principi comunitari e, quindi, costituzionali.

⁶¹ [Linee Guida dell'Associazione Bancaria Italiana per l'adozione dei modelli organizzativi sulla responsabilità amministrativa delle banche, febbraio 2004, 19.](#)

⁶² [Linee Guida dell'Associazione Bancaria Italiana, op. cit., 19.](#)