

LA RESPONSABILITA' AMMINISTRATIVA DELLE SOCIETA' E DEGLI ENTI

n. 1 - gennaio-marzo 2009

SOMMARIO

QUESTIONI E APPROFONDIMENTI

Il giudizio di idoneità del Modello Organizzativo ex d.lgs 231/2001: criteri di accertamento e garanzie <i>di Francesco Vignoli</i>	7
La responsabilità degli enti negli strumenti internazionali multilaterali: 1. Gli strumenti delle Nazioni Unite <i>di Fabrizio Gandini</i>	13
Profili di responsabilità penale nei gruppi di società <i>di Giovanni Paolo Accinni</i>	23
Processo agli enti e regole speciali per banche, intermediari finanziari e imprese di assicurazione <i>di Alessandro Bernasconi</i>	33
L'efficacia sanzionatoria dei provvedimenti contro il riciclaggio: qualche riflessione <i>di Ranieri Razzante</i>	45
Normativa sulla responsabilità amministrativa degli enti e normativa sulla <i>privacy</i> : punti di contatto <i>di Fabio Ledda e Patrizia Ghini</i>	55
Il ruolo e la responsabilità dell'Organismo di Vigilanza nella disciplina antiriciclaggio <i>di Fabrizio D'Arcangelo</i>	65
La manipolazione del mercato mediante la diffusione di false notizie (parte prima) <i>di Luigi Orsi</i>	75

PROFILI DI RESPONSABILITA' PENALE NEI GRUPPI DI SOCIETA'

Avv. Giovanni Paolo Accinni, Avvocato in Milano

1. Premessa

L'ordinamento penale italiano non mai ha contemplato una disposizione specifica in tema di responsabilità penali all'interno dei cd. gruppi societari. La norme del diritto penale societario, prima della riforma operata con d.lgs. 61/2002, non prendevano infatti in considerazione gli eventuali rapporti esistenti tra società, ma solo le condotte poste in essere all'interno della singola società.

La dottrina e la giurisprudenza, per contro, non avevano mancato di rilevare ed analizzare le possibili implicazioni che i rapporti fra società avrebbero potuto determinare nell'applicazione delle predette norme incriminatrici¹.

Si era dunque avuto modo di chiarire che il problema principale in materia era (e, per la verità, tale resta tutt'ora) che ad un'"unica" grande impresa intesa in senso economico (il gruppo, appunto) si contrappongono una pluralità di società che, pur sottoposte alla direzione unitaria della capogruppo, conservano la propria autonomia giuridica: non cessano cioè di essere soggetti giuridicamente distinti.

Ed è proprio siffatta contrapposizione che, oggi come allora, può generare problemi di non facile soluzione. Infatti, se in ragione dell'evidenziata unicità del soggetto economico chi è chiamato ad amministrarlo è naturalmente portato a gestirlo come un'unica impresa, l'autonomia giuridica delle società nelle quali è organizzato impone per contro agli amministratori di ciascuna società di non agire in conflitto di interessi con la società alla quale sono preposti.

Vero che, di regola, l'interesse sociale della capogruppo (ovvero quello del gruppo da questa espresso) e quello delle società affiliate sono - o almeno dovrebbero essere - omogenei e convergenti. E tuttavia non può escludersi che in casi specifici, magari rispetto all'esigenza di adottare particolari determinazioni, quegli interessi non coincidano e siano anzi configgenti.

"Sovente, infatti, la massimizzazione del risultato economico globale «esige» «riti sacrificali», in termini di «travasi di risorse» dall'una all'altra affiliata: e così - tanto per richiamare ipotesi emblematiche - finanziamenti gratuiti intesi a sostenere comparti nevralgici, o canalizzazioni di utili, tramite operazioni di *transfert price*, verso società

¹ In proposito, ci sia consentito rinviare a ACCINNI, *Profili penali del conflitto di interessi nei gruppi di società*, in *Riv. soc.*, 1991, pp. 1010 ss.; Id., *La responsabilità penale degli amministratori nel gruppo di società*, in *Le società*, 1992, pp. 1625 ss.

in perdita o residenti in paesi a più bassa fiscalità, onde ridurre il carico tributario complessivo”².

In ipotesi similari gli amministratori della singola società del gruppo (spesso peraltro espressione della capogruppo) sono chiamati a rispettare al contempo l’obbligo di agire nell’interesse della società alla cui amministrazione sono preposti, ovvero di non agire in conflitto con l’interesse di questa, e l’esigenza contrastante di rispettare la politica del gruppo.

Il problema si pone in ragione del dovere che impone in capo agli amministratori di ciascuna società figlia di perseguire l’interesse della società da loro amministrata, in assenza cioè del perseguimento di interessi che rispetto alla stessa siano estranei, ovvero “*extra-sociali*” quali appunto sono, o potrebbero essere considerati, i configgenti interessi del gruppo. Qualora infatti i due interessi fossero contrastanti, ovvero incompatibili, quello di gruppo sarebbe rispetto a quello della singola società, un interesse terzo, ovvero “*extra-sociale*”.

E’ questo un dato che trae origine proprio dalla circostanza che il fenomeno del gruppo di imprese è di natura economica e come tale fondato sul caratteristico fine di impresa di massimizzare i propri profitti: la società capogruppo o altra società controllante (appartenente allo stesso gruppo) mirano attraverso la propria partecipazione a perseguire i propri interessi di impresa, che non coincidono necessariamente con gli interessi della società partecipata o dei suoi azionisti (in particolar modo quelli di minoranza) o creditori. Per questi ultimi la partecipazione costituisce invece un affare a sé e come tale indipendente dalla politica imprenditoriale di gruppo ed essi appuntano i propri interessi sulla singola società della quale sono soci.

Il problema viene così ad essere (anche) quello della tutela degli azionisti “esterni” al gruppo e (anche in assenza di questi in ipotesi di partecipazioni totalitarie) dei creditori, i quali appuntando la proprie aspettative sulla situazione economica di una singola società del gruppo, possono vedere lese tali aspettative da una politica volta a favorire altri settori del complesso. “Nell’alterità giuridica delle diverse società del gruppo cova, in effetti, una latente minaccia per coloro - soci di minoranza e creditori, *in primis* - le cui aspettative patrimoniali riposano, in via monopolistica, sulla situazione economica della singola «monade»”³.

A titolo esemplificativo si può ricordare una vicenda della quale si sono recentemente anche occupati anche gli organi di stampa. La società Alfa detiene una partecipazione nella società Beta e, a seguito del lancio di un’offerta pubblica di acquisto, viene ad acquisirne la maggioranza assoluta del capitale sociale e dunque ad esercitare il controllo di diritto. A seguito di ciò il Consiglio di Amministrazione della controllata Beta delibera la fusione per incorporazione di Beta in Alfa.

La vicenda si caratterizzava per il fatto che la controllata Beta era società quotata, mentre la controllante e incorporante Alfa no, di talché l’esecuzione della delibera di fusione avrebbe implicato il *delisting* di Beta. I soci di minoranza di Beta si opposero conseguentemente alla delibera che, a loro dire, avrebbe comportato una svalutazione della loro partecipazione, sollevando diverse questioni sulla possibilità, per gli

² NAPOLEONI, *Geometrie parallele e bagliori corruschi del diritto penale dei gruppi (bancarotta infragruppo, infedeltà patrimoniale e «vantaggi compensativi»)*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 3788.

³ NAPOLEONI, *Geometrie parallele e bagliori corruschi del diritto penale dei gruppi (bancarotta infragruppo, infedeltà patrimoniale e «vantaggi compensativi»)*, *cit.*, p. 3788.

amministratori di Beta che fossero espressione di Alfa, di partecipare alle votazioni del Consiglio in ordine a siffatta operazione.

Un interrogativo quest'ultimo che ci svela la principale prospettiva attraverso la quale i penalisti hanno da sempre approcciato la materia dei gruppi societari. Si tratta della prospettiva del cd. "conflitto di interessi", ossia della possibilità per gli amministratori di una società controllata (che siano espressione della proprietà) di partecipare all'adozione di delibere rispondenti ad un precipuo interesse della controllante e, al contempo, pregiudizievoli per la controllata.

2. La abrogata fattispecie di conflitto di interessi (art. 2631 c.c.)

E' noto che prima della riforma del diritto societario, la disposizione di cui all'art. 2391 c.c. imponeva all'amministratore che rispetto ad una data operazione si trovasse (per conto proprio o di terzi) in una situazione di conflitto d'interessi con la società, di informarne gli altri consiglieri ed il Collegio Sindacale e di astenersi dal partecipare alla deliberazione in ordine a quella stessa operazione.

In caso di inosservanza, e ferme restando le sanzioni di carattere civile, l'amministratore sarebbe stato penalmente responsabile a norma dell'art. 2631 c.c., disposizione che appunto puniva l'amministratore che, avendo in una determinata operazione un interesse in conflitto con quello della società, non si astenesse dal partecipare alla relativa deliberazione.

In questo contesto si era allora osservato che "già il fatto della mancata astensione dal voto viene pertanto elevato a delitto, nell'evidente intento di sottrarre l'amministratore anche alla semplice tentazione di un tradimento dell'interesse sociale". Il legislatore, quindi, "non attende il verificarsi di conseguenze pregiudizievoli, e nemmeno richiede che il voto dell'amministratore abbia effettivamente contribuito all'approvazione della delibera. [...] La fattispecie sembra dunque rilevare, nella sua figura base, una impronta decisamente formalistica, più disciplinare che propriamente penale"⁴.

A ciò si deve aggiungere che, in assenza di un'esplicita disciplina penale che attribuisse una possibile valenza scriminante (o almeno attenuante) agli interessi di gruppo, la giurisprudenza era propensa a negare ogni rilievo all'esistenza di collegamenti fra società pure appartenenti ad un medesimo gruppo. Per conseguenza ipotesi di trasferimento di denaro o di beni effettuate da una singola società a favore di altre del medesimo gruppo, se realizzate in assenza di vantaggi economici immediatamente percepibili nella sfera della dante causa, venivano penalmente sanzionate (a seconda dei casi) ai sensi delle disposizioni incriminatrici della legge fallimentare, ovvero delle disposizioni di cui all'art. 646 c.p. (appropriazione indebita) o - appunto - all'art. 2631 c.c.⁵.

⁴ FOFFANI, *Reali societari*, in PEDRAZZI - ALESSANDRI - FOFFANI - SEMINARA - SPAGNOLO (a cura di), *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna 2000, p. 362.

⁵ In proposito si vedano, anche per i rimandi bibliografici, SANTORIELLO, *Il nuovo diritto penale delle società*, Torino 2003, p. 264; NAPOLEONI, *Geometrie parallele e bagliori corruschi del diritto penale dei gruppi (bancarotta infragruppo, infedeltà patrimoniale e «vantaggi compensativi»)*, cit., pp. 3786 ss.; BUSSON, *Operazioni infragruppo e bancarotta mediante distrazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, pp. 762 ss. che osserva "proprio sottolineando la carenza di tale normativa, la giurisprudenza ha sempre avuto buon gioco nel continuare ad applicare le disposizioni di legge di volta in volta

3. La riforma del diritto societario e la legge sul risparmio

La riforma del diritto societario attuata con d.lgs. 61/2002 è quindi intervenuta innovando profondamente la preesistente disciplina. La disposizione di cui all'art. 2391 c.c., nella sua nuova formulazione, non impone infatti più il dovere di astensione. L'amministratore deve semplicemente dare notizia agli altri amministratori ed al collegio sindacale di ogni interesse⁶ che, per conto proprio o di terzi, abbia in una determinata operazione ed il Consiglio, nel deliberare, dovrà quindi motivare in maniera adeguata le ragioni e la convenienza per la società dell'operazione nella quale l'amministratore abbia interesse ed alla cui deliberazione egli può comunque partecipare.

L'obbligo di astensione permane in capo al solo Amministratore Delegato e la ragione di siffatta eccezione va ragionevolmente ricercata nel "diverso livello istituzionale" rivestito dal soggetto⁷. Ma a prescindere dal più rigoroso trattamento riservato all'Amministratore Delegato, è corretto concludere che "si passa da un sistema di divieti ad un sistema di *disclosure* obbligatoria e di decisione informata"⁸.

In conformità a siffatte modifiche è venuta quindi meno anche la fattispecie penale di conflitto d'interessi, già prevista e punita dalla citata disposizione di cui all'art. 2631 c.c.; cosicché la mancata astensione dalla deliberazione dell'amministratore in conflitto d'interessi è oggi condotta di per sé penalmente non illecita, mentre le fattispecie incriminatrici suscettibili di venire all'attenzione, allo stato attuale della normativa, sono le due seguenti: l'ipotesi di delitto di "omessa comunicazione del conflitto d'interessi" e quella di delitto di "infedeltà patrimoniale", rispettivamente previste dalle disposizioni di cui agli artt. 2629-*bis* e 2634 c.c.

La prima, più recentemente introdotta dalla cd. "legge sul risparmio" (legge 262/2005), punisce con la reclusione da uno a tre anni gli amministratori di una società quotata che violino gli obblighi previsti dall'art. 2391 c.c. ("Omessa comunicazione del conflitto d'interessi").

La condotta tipica può dunque essere omissiva o commissiva: omissiva per gli amministratori che violino l'obbligo di dare notizia al Consiglio del loro interesse; commissiva nel solo caso dell'Amministratore Delegato che violi l'obbligo di astenersi dal compiere l'operazione.

Bene tuttavia precisare che il semplice fatto della violazione degli obblighi di cui all'art. 2391 c.c. non è ancora di per sé sufficiente a configurare l'ipotesi di reato come invece era nella previgente disciplina il semplice fatto della mancata astensione dalla delibera. Ai fini della punibilità è infatti altresì richiesto che la mancata comunicazione del proprio interesse da parte dell'amministratore (o la mancata astensione dell'Amministratore Delegato) abbiano determinato un danno per la società o per i terzi.

chiamate in causa, senza sostanzialmente distinguere a seconda che ad agire fosse stata una società singola ed autonoma oppure operante in un contesto di gruppo".

⁶ Dunque non solo di quelli in conflitto con la società, ma anche di quelli conformi all'interesse sociale.

⁷ ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, Milano, 2008², p. 299.

⁸ MONTALENTI, *L'amministrazione sociale nella riforma del diritto societario*, relazione al convegno *Verso il nuovo diritto societario. Dubbi ed attese*, Firenze 16 novembre 2002.

Infatti “la semplice violazione degli obblighi, soprattutto in una situazione non conflittuale, riguarda una dimensione di trasparenza o di diligenza”. “Il danno è l'essenza dell'offensività” e “[...] deve avere natura patrimoniale”⁹.

Non vi è dunque alcuna omogeneità tra la *ratio* politico criminale sottesa all'abrogata fattispecie del conflitto d'interessi e quella sottesa alla vigente fattispecie di omessa comunicazione del conflitto d'interesse.

La seconda fattispecie penale da considerarsi è quindi quella di cui all'art. 2634 c.c. che, come pure noto, punisce con la reclusione da sei mesi a tre anni gli amministratori che, avendo un interesse in conflitto con quello della società, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto od altro vantaggio, compiono o concorrono a deliberare atti di disposizione dei beni sociali, cagionando intenzionalmente alla società un danno patrimoniale (“Infedeltà patrimoniale”).

Anche siffatta ipotesi di reato è posta a tutela del patrimonio della società ed infatti ai fini della consumazione è richiesta la verifica di un danno espressamente qualificato come patrimoniale. La precisazione vale a chiarire che non si tratta di un reato “volto a sanzionare un mero comportamento infedele di chi agisca in situazione di conflitto d'interessi: è fin troppo evidente che la fattispecie è volta alla tutela del patrimonio sociale, la cui lesione costituisce l'evento del reato, mentre la situazione conflittuale è il mero presupposto della condotta”¹⁰.

Il mero dato della situazione di conflitto non è dunque sufficiente ad integrare la fattispecie, che si connota invece ed innanzitutto alla luce di un evento di danno patrimoniale per la società e quindi per un elemento soggettivo particolarmente intenso: l'intenzione di danneggiare il patrimonio della società mossa dal fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto od altro vantaggio (cd. dolo specifico).

Ebbene: *quid iuris* nel caso in cui l'atto dannoso intenzionalmente deliberato dagli amministratori sia mosso dal fine di procurare un profitto o un vantaggio (ad esempio) alla società controllante o alla capogruppo od al gruppo più generale?

4. I vantaggi compensativi quale criterio di esonero dalla responsabilità penale

In proposito, il legislatore ha introdotto una disposizione *ad hoc*: il comma 3 dell'art. 2634 c.c. sancisce infatti che “in ogni caso non è ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo, se compensato da vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo”.

Scopo della norma - come si legge nella Relazione illustrativa al cd. Progetto Mirone - “è quello di evitare che la fattispecie si presti a qualificare penalmente, in presenza di situazioni di conflitto «formale» tra società del medesimo gruppo, operazioni che, isolatamente considerate, avvantaggino l'una società ai danni dell'altra, ma si inseriscano in un panorama di scambi intragruppo, anche *in fieri*, idonei ad assicurare in prospettiva un complessivo riequilibrio dei rapporti”¹¹.

⁹ TOSATO, *Commento all'art. 2629-bis*, in LANZI-CADOPPI (a cura di), *I reati societari*, Padova 2007, p.144, che pure soggiunge che “anche se manca una puntualizzazione normativa sul punto, il legislatore, nel definire i nuovi reati societari, ha sempre posto l'accento sul patrimonio quale oggetto di tutela quando ha utilizzato la parola danno”.

¹⁰ ALDOVRANDI, *Commento all'art. 2634*, in LANZI-CADOPPI, *I reati societari*, cit., p. 187.

¹¹ La citazione è contenuta in ALDOVRANDI, *Commento all'art. 2634 cit.*, p. 200.

La dottrina non ha mancato di osservare che siffatta previsione rappresenta il primo intervento del legislatore penale in materia di gruppi di società, intervento quanto mai opportuno poiché (come pure anticipato) “la figura del gruppo solleva [...] sul versante penalistico numerosi problemi, atteso che l'esercizio del potere di direzione e coordinamento dell'attività svolto dalla capogruppo talvolta può porsi in collisione con gli interessi di singole società del gruppo che, è bene evidenziare, nonostante il carattere unitario dell'attività, continuano a mantenere sotto il profilo del diritto la fisionomia di autonomi centri di imputazione di rapporti giuridici”¹².

Per la verità un precedente (almeno nelle intenzioni) vi era già stato. Lo schema di delega legislativa per l'emanazione di un nuovo codice penale licenziato nel 1992 dalla Commissione presieduta dal Prof. Antonio Pagliaro contemplava infatti all'art. 112, n. 2, una figura di infedeltà patrimoniale all'interno del capo IV (“Dei reati contro l'economia pubblica”) e quindi prevedeva che la norma definitiva avrebbe dovuto precisare che “non è ingiusto il profitto dell'impresa collegata, ove questo sia compensato dai riflessi favorevoli per l'impresa per il cui conto l'atto è compiuto”¹³.

E' noto tuttavia che il cd. Progetto Pagliaro non è mai stato tradotto in legge, sicché la “novellata” disposizione di cui all'art. 2634, comma 3, c.c. è stata la prima presa di posizione del legislatore penale italiano in materia di gruppi societari, ossia la prima disposizione che attribuisse un qualche valore scriminante all'appartenenza della società ad un gruppo.

Considerato poi che, come pure noto, la riforma dei reati societari è entrata in vigore prima della più generale riforma del diritto societario comune, non pare azzardato affermare che il legislatore penale sia stato in materia vero e proprio pioniere.

Volendo entrare più nel dettaglio della disciplina, vi è dunque da osservare che la citata disposizione di cui al comma 3 dell'art. 2634 c.c. esclude l'ingiustizia del profitto conseguito dalla società collegata o dal gruppo ove questo sia compensato da vantaggi derivati dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo. Il vantaggio del gruppo esclude dunque - per espressa *voluntas legis* - la sussistenza del dolo specifico che invece deve connotare la fattispecie di infedeltà patrimoniale.

Detto in altri termini, il delitto di infedeltà patrimoniale prevede che gli amministratori che, avendo un interesse in conflitto con quello della società, compiono o concorrono a deliberare atti dannosi per la società, siano puniti se (e solo se) hanno realizzato siffatta condotta al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto od altro vantaggio patrimoniale (cd. dolo specifico). La disposizione in esame precisa ancora che laddove il profitto perseguito si identifichi con quello della controllante o del gruppo, lo stesso non possa considerarsi ingiusto (né dunque soddisfare l'estremo del dolo specifico) quante volte sia compensato da vantaggi del gruppo, ossia da vantaggi che il gruppo potrebbe ricavare dall'effettuazione dell'operazione pure pregiudizievole per la singola società.

La dottrina si è interrogata sulla natura dogmatica di siffatta previsione ed a quanti hanno ritenuto che la stessa configuri una vera e propria causa di insussistenza del fatto di reato, si sono contrapposti coloro che hanno invece ritenuto che la stessa integri una circostanza scriminante speciale¹⁴.

¹² ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, cit., pp. 290 ss.

¹³ Il testo del progetto è pubblicato in *Ind. pen.*, 1992, pp. 579 ss.

¹⁴ Nel primo senso MUSCO, *I nuovi reati societari*, Milano 2002, p. 148; nel secondo MUCCIARELLI, *Il ruolo dei «vantaggi compensativi» nell'economia del delitto di infedeltà patrimoniale degli amministratori*, in *Giur. comm.*, 2002,

Non è questa la sede per addentrarsi in elucubrazioni dogmatiche, basti qui solo osservare che l'eventuale atto di disposizione pregiudizievole posto in essere dagli amministratori in conflitto di interessi con la società amministrata non sarà punibile ove sia compensato (e dunque nella sostanza corrisponda) da un interesse di gruppo.

Il riferimento al venir meno dell'ingiustizia del profitto "segnala subito all'interprete la necessità di non considerare in modo atomistico la società interessata, ma di collocarla nella più ampia dimensione del gruppo"¹⁵. Se infatti è vero che il dolo specifico richiesto dalla norma esprime la concretizzazione del conflitto di interessi, indicando l'opzione dell'amministratore a favore del perseguimento di un interesse *extra*-sociale, "l'esistenza di un interesse compensativo fondatamente prevedibile evita che l'astratto conflitto d'interessi oggettivamente esistente in ordine ad una determinata operazione si concretizzi in una scelta ai danni dell'interesse sociale, il cui perseguimento è assicurato dalla logica dei «vantaggi compensativi»"¹⁶.

5. La "compensazione" tra danno e vantaggio

Al di là di queste affermazioni di principio pure condivisibili, la dottrina più accorta non ha tuttavia mancato di criticare la formulazione utilizzata dal legislatore che, ad un attento esame, presenta aspetti di imprecisione forieri di dubbi applicativi.

Ed infatti la "compensazione" avente efficacia scriminante viene stabilita tra il profitto della società collegata o del gruppo perseguito dagli amministratori (da una parte) ed i vantaggi derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo (dall'altra parte), mentre una più corretta definizione avrebbe imposto che la "compensazione" avesse quali termini di riferimento il danno subito dalla controllata ed il suo vantaggio derivante dall'appartenenza al gruppo. "La compensazione della società svantaggiata e un corretto riequilibrio dei rapporti intragruppo devono necessariamente passare per la considerazione dell'elemento del danno (della singola società sacrificata), e non già del profitto (della società collegata o del gruppo) perseguito dal soggetto agente"¹⁷.

Allorquando l'interesse *extra*-sociale perseguito dagli amministratori in conflitto d'interessi sia l'interesse del gruppo (o anche solo quello della società controllante) e si voglia perseguire la strada politico - criminale della creazione di "spazi di liceità" nell'operatività dei gruppi, appare manifesto che la compensazione della singola unità societaria vada commisurata al pregiudizio da essa subito. "Verrebbe meno, altrimenti, la ragion d'essere del gruppo, che è verosimilmente quella di creare sinergie virtuose, produttive di profitti superiori rispetto a quelli conseguibili dalle singole società isolatamente considerate e rispetto ai quali appaia tollerabile un transitorio e non eccessivo pregiudizio sofferto a tal fine da taluna delle componenti del gruppo medesimo"¹⁸.

p. 631.

¹⁵ MILITELLO, *L'infedeltà patrimoniale* (art. 2634), in GIARDA-SEMINARA (a cura di), *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Padova 2002, p. 491.

¹⁶ ALDOVRANDI, *Commento all'art. 2634*, cit., pp. 202 s.

¹⁷ POFFANI, *Le infedeltà*, in ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano 2002, p. 360

¹⁸ POFFANI, *Le infedeltà*, cit., p. 361.

Rispetto a siffatte (corrette e condivisibili) obiezioni, può tuttavia osservarsi che è la stessa struttura della fattispecie di infedeltà patrimoniale a postulare la verifica di un danno patrimoniale in seno alla società controllata, danno rispetto al quale il profitto della collegata o del gruppo costituiscono l'altra faccia della medaglia.

Non è quindi seriamente dubitabile che l'operatività della scriminante di cui al terzo comma dell'art. 2634 c.c. sia vincolata alla possibilità di riconoscere la sussistenza di un rapporto di proporzione tra il sacrificio imposto alla società controllata (cui corrisponde il profitto che gli amministratori mirano a far conseguire alla controllante o al gruppo) ed i vantaggi che comunque deriveranno o potranno conseguire in capo alla stessa controllata in ragione della sua appartenenza al gruppo¹⁹.

D'altra parte è questa l'unica interpretazione che pare davvero coerente con la c.d. "teoria dei vantaggi compensativi" alla quale il legislatore penale si è ispirato: "la compatibilità con l'interesse sociale dell'interesse di gruppo deve valutarsi in termini di razionalità e coerenza di una singola scelta, ancorché pregiudizievole per la società che la pone in essere, rispetto ad una politica economica generale di gruppo di medio e lungo termine, da cui ragionevolmente può derivare un vantaggio alla singola società, anche su piani economici differenti, anche in tempi diversi rispetto al momento dell'operazione ed anche secondo un parametro non rigidamente proporzionale, né necessariamente quantitativo"²⁰.

Il punto diventa allora comprendere in quali casi siffatto rapporto di compensazione tra il danno/profitto e l'interesse del gruppo possa dirsi soddisfatto, ossia in presenza di quali circostanze il giudice chiamato a valutare un'ipotesi di infedeltà patrimoniale potrà mandare gli amministratori esenti da pena in applicazione della disposizione di cui al comma 3 dell'art. 2634 c.c.

Siffatta norma prevede infatti che i vantaggi derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo possano essere "conseguiti o fondatamente prevedibili", ossia che possano essere effettivi (nel senso di già conseguiti) oppure anche solo potenziali, ipotizzabili.

Rispetto all'eventualità di vantaggi solo prevedibili, la giurisprudenza ha comunque avuto modo di chiarire che "la disposizione trova [...] applicazione solo in presenza di vantaggi «prevedibilmente fondati», e cioè basati su elementi sicuri e non aleatori o costituenti una semplice aspettativa"²¹.

Più in dettaglio, la disposizione di cui al comma 3 dell'art. 2634 c.c. "trova applicazione in presenza di concreti vantaggi compensativi dell'appropriazione e del conseguente danno provocato alle singole società, non essendo sufficiente la mera speranza, ma che i vantaggi corrispondenti, compensativi della ricchezza perduta, siano «conseguiti» o «prevedibili» fondatamente e, cioè, basati su elementi sicuri, pressoché certi e non meramente aleatori o costituenti una semplice aspettativa; deve trattarsi, quindi, di una previsione di sostanziale certezza"²².

Ciò che, se da un lato conferma l'interpretazione qui proposta (ossia che la "compensazione" vada operata tra il danno patito dalla controllata ed i vantaggi che alla stessa possono derivare dalla sua appartenenza al gruppo), vale a chiarire che la

¹⁹ Così MUCCIARELLI, *Il ruolo dei «vantaggi compensativi» nell'economia del delitto di infedeltà patrimoniale degli amministratori*, cit., p. 631; SANTORIELLO, *Il nuovo diritto penale delle società*, cit., p. 265.

²⁰ MONTALENTI, *Conflitto d'interessi nei gruppi e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, pp. 710 ss.

²¹ Cass., Sez. V, 18 novembre 2004, n. 10688, in *Cass. pen.*, 2005, 12, p. 3781.

²² Cass., Sez. V, 23 giugno 2003, n. 38100, in *Cass. pen.*, 2004, p. 457.

scriminante opera soltanto in presenza di una compensazione effettiva che, ancorché non immediata, sia comunque facilmente prevedibile in termini di sostanziale concretezza.

Si tratta di un'interpretazione condivisibile: solo attribuendo all'estremo della compensazione un significato concreto e pregnante la condotta apparentemente infedele e pregiudizievole degli amministratori può essere spiegata e giustificata in nome dell'interesse di gruppo. Diversamente si rischierebbe di finire per legittimare qualsivoglia operazione infragruppo, ancorché priva di qualunque effettiva rispondenza ad un superiore interesse economico "comune", ed anzi posta in essere per scopi esclusivamente emulativi nei confronti delle minoranze o dei creditori.

La dottrina dal canto suo, in sostanziale accoglimento di siffatta tesi, ha avuto modo di precisare che sebbene il concetto di "compensazione" non possa essere inteso quale espressione di un'equivalenza aritmetica tra il danno patito ed il vantaggio conseguito, proprio l'utilizzo di quel termine (evocativo di un rapporto fra quantità tra loro paragonabili) autorizza l'interprete a ritenere che il vantaggio (conseguito o fondatamente atteso), dal quale deriva la non ingiustizia del profitto, dovrà essere comunque non manifestamente irrisorio²³.

6. Brevi osservazioni di raffronto con la disciplina civilistica

Resta infine da osservare che la clausola di esonero dalla responsabilità penale contenuta nella disposizione di cui al terzo comma dell'art. 2634 c.c. ha un contenuto assai più ampio di quanto non sia per l'analoga previsione civile di cui al comma 1 dell'art. 2497 c.c.

Siffatta ultima norma, come noto, sancisce invero che "le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società". E subito soggiunge "non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato a seguito di operazioni a ciò dirette".

La citata disposizione di cui all'art. 2497, comma 1, c.c. esclude dunque la responsabilità della controllante solo nel caso in cui il danno alla controllata sia mancante o comunque integralmente eliminato. Diversamente la fattispecie penale è scriminata quante volte il danno alla controllata sia compensato da vantaggi connessi alla sua partecipazione al gruppo, vantaggi che possono essere anche solo "fondatamente prevedibili".

Manifesto allora che l'ambito di applicazione della scriminante penale appare assai più ampio ed indefinito rispetto a quello della clausola di esonero da responsabilità civile.

²³ MUCCIARELLI, *Il ruolo dei «vantaggi compensativi» nell'economia del delitto di infedeltà patrimoniale degli amministratori*, cit., p. 633.

Siffatta differenza tra le due norme non pare tuttavia essere tale da sollevare problemi di coordinamento. Ed infatti la più ampia sfera di rilevanza penalistica dell'esimente dei vantaggi compensativi, e quindi la riduzione dell'illecito penale ad un "sotto-insieme" degli illeciti civilistici, ben risponde al carattere sussidiario e di *extrema ratio* dell'intervento penale, consentendo ai soggetti preposti alla gestione delle società appartenenti a gruppi di assumersi rischi d'impresa che - ove siano osservati i principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale - sono destinati a rimanere tali. In tal modo si evita l'esposizione al rischio di sanzioni penali per il solo fatto che le scelte si siano rivelate dannose per la società gestita²⁴.

²⁴ ALDOVRANDI, *Commento all'art. 2634, cit.*, p. 204.

**RESPONSABILITA'
AMMINISTRATIVA
DELLE SOCIETA'
E DEGLI ENTI**

2009

[HOME](#)[CHI SIAMO](#)[HANNO COLLABORATO](#)[SHOPPING 231](#)[COME ABBONARSI](#)Buonasera Avv. Giovanni Paolo Accinni (codice abbonato: 002277) [sanzione, sentenza n.6287 del 9.2.2017](#) in [INTERVENTI](#) Gio, 16 Mar 2017

LE RUBRICHE

[CIRCOLARI](#)[NORME E ATTI](#)[GIURISPRUDENZA](#)[RASSEGNA STAMPA](#)[TESI DI LAUREA](#)[CONVEGNI](#)[BIBLIOGRAFIA](#)[OSSERVATORI](#)

GLI INTERVENTI

[ANNO 2017](#)[ANNO 2016](#)[ANNO 2015](#)[ANNO 2014](#)[ANNO 2013](#)[ANNO 2012](#)[ANNO 2011](#)[ANNO 2010](#)[ANNO 2009](#)[Dicembre 2009](#)[Novembre 2009](#)[Ottobre 2009](#)[Settembre 2009](#)[Agosto 2009](#)[Luglio 2009](#)[Giugno 2009](#)[Maggio 2009](#)[Aprile 2009](#)[Marzo 2009](#)[Febbraio 2009](#)[Gennaio 2009](#)[ANNO 2008](#)[ANNO 2007](#)[ANNO 2006](#)[ANNO 2005](#)

LE NOTIZIE

[ANNO 2017](#)[ANNO 2016](#)[ANNO 2015](#)[ANNO 2014](#)[ANNO 2013](#)[ANNO 2012](#)[ANNO 2011](#)[ANNO 2010](#)[ANNO 2009](#)[ANNO 2008](#)[ANNO 2007](#)[ANNO 2006](#)[ANNO 2005](#)

PROFILI DI RESPONSABILITA' PENALE NEI GRUPPI DI SOCIETA' - di Giovanni Paolo Accinni

[stampa questa pagina](#)

1. Premessa.

L'ordinamento penale italiano non mai ha contemplato una disposizione specifica in tema di responsabilità penali all'interno dei c.d. gruppi societari. La norme del diritto penale societario, prima della riforma operata con d.lgs. 61/2002, non prendevano infatti in considerazione gli eventuali rapporti esistenti tra società, ma solo le condotte poste in essere all'interno della singola società.

La dottrina e la giurisprudenza, per contro, non avevano mancato di rilevare ed analizzare le possibili implicazioni che i rapporti fra società avrebbero potuto determinare nell'applicazione delle predette norme incriminatrici.

Si era dunque avuto modo di chiarire che il problema principale in materia era (e, per la verità, tale resta tutt'ora) che ad un'"unica" grande impresa intesa in senso economico (il gruppo, appunto) si contrappongono una pluralità di società che, pur sottoposte alla direzione unitaria della capogruppo, conservano la propria autonomia giuridica: non cessano cioè di essere soggetti giuridicamente distinti.

Ed è proprio siffatta contrapposizione che, oggi come allora, può generare problemi di non facile soluzione.

Infatti, se in ragione dell'evidenziata unicità del soggetto economico chi è chiamato ad amministrarlo è naturalmente portato a gestirlo come un'unica impresa, l'autonomia giuridica delle società nelle quali è organizzato impone per contro agli amministratori di ciascuna società di non agire in conflitto di interessi con la società alla quale sono preposti.

Vero che, di regola, l'interesse sociale della capogruppo (ovvero quello del gruppo da questa espresso) e quello delle società affiliate sono – o almeno dovrebbero essere – omogenei e convergenti. E tuttavia non può escludersi che in casi specifici, magari rispetto all'esigenza di adottare particolari determinazioni, quegli interessi non coincidano e siano anzi confliggenti.

"Sovente, infatti, la massimizzazione del risultato economico globale «esige» «riti sacrificali», in termini di «travasi di risorse» dall'una all'altra affiliata: e così – tanto per richiamare ipotesi emblematiche – finanziamenti gratuiti intesi a sostenere comparti nevralgici; o canalizzazioni di utili, tramite operazioni di transfert price, verso società in perdita o residenti in paesi a più bassa fiscalità, onde ridurre il carico tributario complessivo".

In ipotesi similari gli amministratori della singola società del gruppo (spesso peraltro espressione della capogruppo) sono chiamati a rispettare al contempo l'obbligo di agire nell'interesse della società alla cui amministrazione sono preposti, ovvero di non agire in conflitto con l'interesse di questa, e l'esigenza contrastante di rispettare la politica del gruppo.

Il problema si pone in ragione del dovere che impone in capo agli amministratori di ciascuna società figlia di perseguire l'interesse della società da loro amministrata, in assenza cioè del perseguimento di interessi che rispetto alla stessa siano estranei, ovvero "extra-sociali" quali appunto sono, o potrebbero essere considerati, i confliggenti interessi del gruppo. Qualora infatti i due interessi fossero contrastanti, ovvero incompatibili, quello di gruppo sarebbe rispetto a quello della singola società, un interesse terzo, ovvero "extra-sociale".

E' questo un dato che trae origine proprio dalla circostanza che il fenomeno del gruppo di imprese è di natura economica e come tale fondato sul caratteristico fine di impresa di massimizzare i propri profitti: la società capogruppo o altra società controllante (appartenente allo stesso gruppo) mirano attraverso la propria partecipazione a perseguire i propri interessi di impresa, che non coincidono necessariamente con gli interessi della società partecipata o dei suoi azionisti (in particolare modo quelli di minoranza) o creditori. Per questi ultimi la partecipazione costituisce invece un affare a sé e come tale indipendente dalla politica imprenditoriale di gruppo ed essi appuntano i propri interessi sulla singola società della quale sono soci.

Il problema viene così ad essere (anche) quello della tutela degli azionisti "esterni" al gruppo e (anche in assenza di questi in ipotesi di partecipazioni totalitarie) dei creditori, i quali appuntando la proprie aspettative sulla situazione economica di una singola società del gruppo, possono vedere lese tali aspettative da una politica volta a favorire altri settori del complesso. "Nell'alterità giuridica delle diverse società del gruppo cova, in effetti, una latente minaccia per coloro – soci di minoranza e creditori, in primis – le cui aspettative patrimoniali riposano, in via monopolistica, sulla situazione economica della singola «monade»".

A titolo esemplificativo si può ricordare una vicenda della quale si sono recentemente anche occupati anche gli organi di stampa. La società Alfa detiene una partecipazione nella società Beta e, a seguito del lancio di un'offerta pubblica di acquisto, viene ad acquisirne la maggioranza assoluta del capitale sociale e dunque ad esercitare il controllo di diritto. A seguito di ciò il Consiglio di Amministrazione della controllata Beta delibera la fusione per incorporazione di Beta in Alfa.

La vicenda si caratterizzava per il fatto che la controllata Beta era società quotata, mentre la controllante e incorporante Alfa no, di talché l'esecuzione della delibera di fusione avrebbe implicato il delisting di Beta. I soci di minoranza di Beta si opposero conseguentemente alla delibera che, a loro dire, avrebbe comportato una svalutazione della loro partecipazione, sollevando diverse questioni sulla possibilità, per gli amministratori di Beta che fossero espressione di Alfa, di partecipare alle votazioni del Consiglio in ordine a siffatta operazione. Un interrogativo quest'ultimo che ci svela la principale prospettiva attraverso la quale i penalisti hanno da sempre approcciato la materia dei gruppi societari. Si tratta della prospettiva del c.d. "conflitto di interessi", ossia della possibilità per gli amministratori di una società controllata (che fossero espressione della proprietà) di partecipare all'adozione di delibere rispondenti ad un precipuo interesse della controllante e, al contempo, pregiudizievoli per la controllata.

più generale?

4. I vantaggi compensativi quale criterio di esonero dalla responsabilità penale.

In proposito, il legislatore ha introdotto una disposizione ad hoc: il terzo comma dell'art. 2634 c.c. sancisce infatti che "in ogni caso non è ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo, se compensato da vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo".

Scopo della norma – come si legge nella Relazione illustrativa al c.d. Progetto Mirone – "è quello di evitare che la fattispecie si presti a qualificare penalmente, in presenza di situazioni di conflitto «formale» tra società del medesimo gruppo, operazioni che, isolatamente considerate, avvantaggiano l'una società ai danni dell'altra, ma si inseriscano in un panorama di scambi intragruppo, anche in fieri, idonei ad assicurare in prospettiva un complessivo riequilibrio dei rapporti".

La dottrina non ha mancato di osservare che siffatta previsione rappresenta il primo intervento del legislatore penale in materia di gruppi di società, intervento quanto mai opportuno poiché (come pure anticipato) "la figura del gruppo solleva [...] sul versante penalistico numerosi problemi, atteso che l'esercizio del potere di direzione e coordinamento dell'attività svolto dalla capogruppo talvolta può porsi in collisione con gli interessi di singole società del gruppo che, è bene evidenziare, nonostante il carattere unitario dell'attività, continuano a mantenere sotto il profilo del diritto la fisionomia di autonomi centri di imputazione di rapporti giuridici".

Per la verità un precedente (almeno nelle intenzioni) vi era già stato. Lo schema di delega legislativa per l'emanazione di un nuovo codice penale licenziato nel 1992 dalla Commissione presieduta dal Prof. Antonio Pagliaro contemplava infatti all'art. 112, n. 2, una figura di infedeltà patrimoniale all'interno del capo IV ("Dei reati contro l'economia pubblica") e quindi prevedeva che la norma definitiva avrebbe dovuto precisare che "non è ingiusto il profitto dell'impresa collegata, ove questo sia compensato dai riflessi favorevoli per l'impresa per il cui conto l'atto è compiuto".

E' noto tuttavia che il c.d. Progetto Pagliaro non è mai stato tradotto in legge, sicché la "novellata" disposizione di cui all'art. 2634, comma 3, c.c. è stata la prima presa di posizione del legislatore penale italiano in materia di gruppi societari, ossia la prima disposizione che attribuisce un qualche valore scriminante all'appartenenza della società ad un gruppo.

Considerato poi che, come pure noto, la riforma dei reati societari è entrata in vigore prima della più generale riforma del diritto societario comune, non pare azzardato affermare che il legislatore penale sia stato in materia vero e proprio pioniere.

Volendo entrare più nel dettaglio della disciplina, vi è dunque da osservare che la citata disposizione di cui al terzo comma dell'art. 2634 c.c. esclude l'ingiustizia del profitto conseguito dalla società collegata o dal gruppo ove questo sia compensato da vantaggi derivati dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo. Il vantaggio del gruppo esclude dunque – per espressa voluntas legis – la sussistenza del dolo specifico che invece deve connotare la fattispecie di infedeltà patrimoniale.

Detto in altri termini, il delitto di infedeltà patrimoniale prevede che gli amministratori che, avendo un interesse in conflitto con quello della società, compiono o concorrono a deliberare atti dannosi per la società, siano puniti se (e solo se) hanno realizzato siffatta condotta al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto od altro vantaggio patrimoniale (c.d. dolo specifico). La disposizione in esame precisa ancora che laddove il profitto perseguito si identifichi con quello della controllante o del gruppo, lo stesso non possa considerarsi ingiusto (né dunque soddisfare l'estremo del dolo specifico) quante volte sia compensato da vantaggi del gruppo, ossia da vantaggi che il gruppo potrebbe ricavare dall'effettuazione dell'operazione pure pregiudizievole per la singola società.

La dottrina si è interrogata sulla natura dogmatica di siffatta previsione ed a quanti hanno ritenuto che la stessa configuri una vera e propria causa di insussistenza del fatto di reato, si sono contrapposti coloro che hanno invece ritenuto che la stessa integri una circostanza scriminante speciale.

Non è questa la sede per addentrarsi in elucubrazioni dogmatiche, basti qui solo osservare che l'eventuale atto di disposizione pregiudizievole posto in essere dagli amministratori in conflitto di interessi con la società amministrata non sarà punibile ove sia compensato (e dunque nella sostanza corrisponda) da un interesse di gruppo.

Il riferimento al venir meno dell'ingiustizia del profitto "segnala subito all'interprete la necessità di non considerare in modo atomistico la società interessata, ma di collocarla nella più ampia dimensione del gruppo". Se infatti è vero che il dolo specifico richiesto dalla norma esprime la concretizzazione del conflitto di interessi, indicando l'opzione dell'amministratore a favore del perseguimento di un interesse extra-sociale, "l'esistenza di un interesse compensativo fondatamente prevedibile evita che l'astratto conflitto d'interessi oggettivamente esistente in ordine ad una determinata operazione si concretizzi in una scelta ai danni dell'interesse sociale, il cui perseguimento è assicurato dalla logica dei «vantaggi compensativi»".

5. La "compensazione" tra danno e vantaggio.

Al di là di queste affermazioni di principio pure condivisibili, la dottrina più accorta non ha tuttavia mancato di criticare la formulazione utilizzata dal legislatore che, ad un attento esame, presenta aspetti di imprecisione forieri di dubbi applicativi.

Ed infatti la "compensazione" avente efficacia scriminante viene stabilita tra il profitto della società collegata o del gruppo perseguito dagli amministratori (da una parte) ed i vantaggi derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo (dall'altra parte), mentre una più corretta definizione avrebbe imposto che la "compensazione" avesse quali termini di riferimento il danno subito dalla controllata ed il suo vantaggio derivante dall'appartenenza al gruppo. "La compensazione della società svantaggiata e un corretto riequilibrio dei rapporti intragruppo devono necessariamente passare per la considerazione dell'elemento del danno (della singola società sacrificata), e non già del profitto (della società collegata o del gruppo) perseguito dal soggetto agente". Allorquando l'interesse extra-sociale perseguito dagli amministratori in conflitto d'interessi sia l'interesse del gruppo (o anche solo quello della società controllante) e si voglia perseguire la strada politico – criminale della creazione di "spazi di liceità" nell'operatività dei gruppi, appare manifesto che la compensazione della singola unità societaria vada commisurata al pregiudizio da essa subito. "Verrebbe meno, altrimenti, la ragion d'essere del gruppo, che è verosimilmente quella di creare sinergie virtuose, produttive di profitti superiori rispetto a quelli conseguibili dalle singole società isolatamente considerate e rispetto ai quali appaia tollerabile un transitorio e

16/3/2017

PROFILI DI RESPONSABILITA' PENALE NEI GRUPPI DI SOCIETA' - di Giovanni Paolo Accinni



[Chi siamo](#) - [Link](#) - [Note legali](#) - [Cookie](#) - [Contatti](#)

PLENUM S.r.l. - P.I./C.F. 08809900015

Via San Quintino, 26/A - 10121 Torino - Tel. 011.812.47.05 - Fax. 011.812.70.70

