

TUTELA PENALE DEL RISPARMIO: FORME DI REPRESSIONE DEGLI ABUSI
NELL'EROGAZIONE DEL CREDITO E NELLA GESTIONE DEGLI INVESTIMENTI

di Fabio Di Vizio¹

§ 1. PREMessa	[3]
§.2. APPROPRIAZIONE INDEBITA	[7]
§.2.1. CONSIDERAZIONI GENERALI	[7]
§.2.2. CONCESSIONE ABUSIVA DI FIDI	[9]
§.2.3. INADEMPIMENTO DEGLI OBBLIGHI DI CUSTODIA E DI RESTITUZIONE DEI FONDI DEPOSITATI	[12]
§.2.4. INADEMPIMENTI DEGLI OBBLIGHI DI GESTIONE E DI INVESTIMENTO DEI FONDI AFFIDATI	[15]
§.3. REATI FALLIMENTARI	[16]
§.4. GESTIONE INFEDELE	[22]
§.4.1. LA NORMA ED IL BENE GIURIDICO	[22]
§.4.2. I SOGGETTI ATTIVI	[22]
§.4.3. PRESUPPOSTO DELLA CONDOTTA E COMPORTAMENTO PENALMENTE RILEVANTE	[27]
§.4.4. CONFLITTI DI INTERESSI E VIOLAZIONE DELLE DISPOSIZIONI CHE LI REGOLANO	[27]
§.4.5. OPERAZIONI CHE ARRECANO DANNO AGLI INVESTITORI	[34]
§.4.6. DOLO SPECIFICO	[35]
§.4.7. RAPPORTI CON ALTRE FATTISPECIE PENALI	[36]
§.4.7.1. APPROPRIAZIONE INDEBITA	[37]
§.4.7.2. REATI FALLIMENTARI	[38]
§.4.7.3. TRUFFA	[38]
§.4.7.4. INFEDeltÀ PATRIMONIALE EX ART. 2634 C.C.	[43]
§.4.7.5. CORRUZIONE TRA PRIVATI	[46]
§.5. CONFUSIONE DI PATRIMONI	[52]
§.5.1. LA NORMA ED IL BENE GIURIDICO	[52]
§.5.2. I SOGGETTI ATTIVI	[53]
§.5.3. LA CONDOTTA	[53]
§.5.4. L'ELEMENTO SOGGETTIVO	[54]
§.6. L'OMESSA COMUNICAZIONE DEL CONFLITTO DI INTERESSI EX ART. 2629-BIS C.C.	[55]
§.6.1. LA NORMA ED IL BENE GIURIDICO	[55]
§.6.2. I SOGGETTI ATTIVI	[58]
§.6.3. LA CONDOTTA	[59]
§.6.4. L'ELEMENTO SOGGETTIVO	[61]
§.6.5. PROBLEMATICHE E PARADOSSI APPLICATIVI	[61]

¹ L'autore è Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Pistoia.

§.7. LE OBBLIGAZIONI DEGLI ESPONENTI BANCARI: ART. 136 TUB	[63]
§.7.1. LA NORMA ED IL BENE GIURIDICO	[63]
§.7.2. STORIA DI RIFORME PENDOLARI	[65]
§.7.3. LA CONDOTTA	[76]
§.7.3.1. OBBLIGAZIONI DI QUALSIASI NATURA	[76]
§.7.3.2. PORTATA ABROGATIVA DELL'ARTICOLO 24-TER DELLA LEGGE 17 DICEMBRE 2012 N. 221 E OBBLIGAZIONI CONTRATTE INDIRETTAMENTE	[78]
§.7.3.3. DELIBERE CON QUORUM QUALIFICATI	[87]
§.7.3.4. DELIBERE GENERICHE E ASSUNTE PREVIA GRAVE TRASGRESSIONE DEGLI OBBLIGHI PREVISTI DAL CODICE CIVILE IN MATERIA DI INTERESSI DEGLI AMMINISTRATORI E DI OPERAZIONI CON PARTI CORRELATE	[88]
§.7.4. SOGGETTI ATTIVI	[94]
§.7.5. L'ELEMENTO SOGGETTIVO	[95]
§.8. MENDACIO BANCARIO INTERNO EX ART. 137, CO.2 TUB	[96]
§.8.1. LA NORMA E IL BENE GIURIDICO	[96]
§.8.2. SOGGETTI ATTIVI, LA CONDOTTA E L'ELEMENTO SOGGETTIVO	[96]
§.9. CONCLUSIONI: HA ANCORA UN SENSO IL DELITTO PENALE SIMBOLICO AI TEMPI DEL BAIL IN?	[98]

§ 1. PREMESSA

Nelle realtà moderne l'esistenza di conflitti di interessi costituisce *fenomeno fisiologico*, espressione dell'accresciuta complessità delle relazioni sociali e delle forme dell'agire economico. Tale contrasto, non vietato né all'origine d'inevitabile inattività, nell'evenienza di gestione di beni altrui è fonte di doveri di trasparenza e di oneri comportamentali.

Il conflitto gestionale può realizzarsi tra i diversi interessi dei quali sono portatrici le *persone fisiche*. Differenti possono esserne le situazioni scaturigine: da un lato, gli azionisti, i quotisti, i proprietari, gli imprenditori, i risparmiatori e gli investitori non professionali; dall'altro i gestori, i controllori, gli intermediari finanziari e gli investitori professionali. Con ogni combinazione ulteriore tra le categorie ora enunciate. Parimenti, il contrasto può manifestarsi tra l'interesse delle persone fisiche e quello delle *persone giuridiche* o con autonomia patrimoniale variamente collegate alle prime.

Il comune presupposto di queste situazioni è la *dissociazione* tra la *titolarità delle risorse finanziarie* suscettibili di utilizzi remunerativi e la gestione delle facoltà collegate alla loro *amministrazione*. E' tale scissione che favorisce la possibilità di *abusi*, di rilievo anche criminale, per la *connaturale diversità degli interessi* coinvolti nel *governo* delle ricchezze.

In tale situazione, il *potere* può essere abusato da chi controlla l'informazione e gestisce l'interesse altrui, facendo prevalere ragioni o aspettative personali nonché diverse da quelle che dovrebbero essere salvaguardate. Un tale abuso origina l'*infedeltà*, premessa variegata dei reati oggetto di questa riflessione.

Occorre ancora premettere che la scissione tra gestione delle facoltà e titolarità del diritto può essere l'effetto di una *libera scelta*, ma anche di una *condizione necessitata* dalla natura riservata dell'attività di amministrazione. In quest'ultimo caso, in particolare, con soggetti provvisti di conoscenze e professionalità enormemente diversificate, la disparità delle competenze tecniche può originare abusi più insidiosi e riprovevoli in danno di coloro che ne sono forniti in minore misura.

Lo studio si propone di esaminare i limiti entro i quali gli attuali strumenti del diritto penale sostanziale sono realmente utili a reprimere gli abusi gestori nei particolari settori dell'erogazione del credito nonché dell'amministrazione del risparmio e degli investimenti. Si tratta di confrontarsi con la reale capacità delle tecniche di prevenzione e repressione prescelte dal legislatore penale italiano per fronteggiare l'evolversi delle forme più frequenti di aggressione degli interessi patrimoniali, oltre che informativi, di risparmiatori, investitori ed azionisti.

Corrisponde ormai a consapevolezza diffusa che gli abusi di gestione, nel contesto societario, sono assai dannosi, sia per il tessuto economico che per la integrità delle Istituzioni. Dall'immiserimento zitto dei patrimoni societari possono trarre origine gravi pregiudizi per soci "innocenti" e per i creditori sociali vanamente fiduciosi, così come risorse che espongono a rischio l'integrità

dei comportamenti degli amministratori pubblici. Vulnerando, con l'affidamento nelle regole del mercato, un bene, se possibile, ancora più prezioso: la convinzione dell'utilità di comportamenti conformi alle legge, base di ogni convivenza civile.

Occorre non trascurare, d'altro canto, che molte di tale infedeltà possono contare su diffusa considerazione bonaria, collegata all'origine economicamente lecita delle risorse, sostenuta dalla concomitante (e non facilmente contrastabile) convinzione dell'inadeguatezza strutturale del processo penale a verificare in profondità la contestata *mala gestio*, rispetto a realtà normative ed operative obiettivamente complesse. Questo conduce non di rado a preferire letture che confinano i comportamenti infedeli nell'ambito della responsabilità professionale e civile, contesti nei quali i termini dell'indulgenza verso quanto è complesso e difficile da intendere e provare (ma non meno reale e grave) non si leniscono ed ordinariamente pregiudicano la parte debole o meno competente del rapporto.

Nella materia della gestione del risparmio e dell'erogazione del credito, se possibile, l'analisi giuridica dovrebbe essere ancor più intensamente sostenuta da queste irrinunciabili *consapevolezze economiche*. Ciò per un duplice ordine di considerazioni.

In *primo luogo*, sono noti i *rischi economici connessi a gestioni anomale nel settore creditizio*, principalmente, ma non solo, per i *soggetti privati* interessati all'amministrazione del risparmio e degli strumenti di investimento, *direttamente incisi* da fenomeni di infedeltà all'origine degli insuccessi degli impieghi. Si pensi, in tal senso, agli effetti connessi all'inefficiente allocazione delle risorse, con conseguenti *perdite di componenti positive di reddito e di patrimonio*. E' del tutto evidente come le forme di slealtà gestoria nel settore possono importare pregiudizi economici per depositanti ed investitori.

Non di meno, dalle stesse forme di infedeltà può conseguire un *inquinamento del tessuto concorrenziale ed imprenditoriale*, particolarmente grave nella realtà economica italiana, connotata da imprese di piccole dimensioni, scarsamente capitalizzate, con altissimo livello di indebitamento da terzi finanziatori. Situazione che identifica nella possibilità di accesso al credito la prioritaria condizione selettiva di sopravvivenza imprenditoriale. L'arbitrarietà con cui si svolge la scelta dell'erogazione del credito, ove influenzata dai fenomeni di infedeltà, costituisce, dunque, grave contaminazione dell'integrità dell'ambiente economico.

Si possono profilare, inoltre, pregiudizi per la *stabilità dell'intermediario*, ridotto in condizioni di dissesto, con pregiudizio immediato dei suoi azionisti ed obbligazionisti subordinati. Proprio le vicendevoli relazioni tra gli intermediari finanziari, ancora, possono innescare contaminazioni finanziarie, dagli effetti difficilmente pronosticabili e suscettibili di pericolose propagazioni, per evitare le quali interventi pubblici, con elevati oneri per i contribuenti, possono condurre alla *compromissione dell'equilibrio dei bilanci pubblici*. Né le considerazioni esposte patiscono ridimensionamento dalla nuova impostazione della gestione delle crisi

bancarie e del sostenimento dei costi finali dell'insuccesso economico delle imprese creditizie in dissesto².

Nonostante la riconosciuta connotazione privatistica dell'attività bancaria, il settore creditizio rivela, dunque, insopprimibili interessi di rilievo pubblico, connessi alla natura delle risorse coinvolte dalla gestione altrui. Interessi dei quali non si dovrebbe mai essere dimentichi, evitando di rammentarsene solo durante lo scandalo ed al rumore dei lamenti.

In *secondo luogo*, senza anticipare le conclusioni, perdura la tendenza ad affrontare le infedeltà gestorie secondo una visione economicistica e contrattuale, enfatizzando il ruolo dell'autonomia privata e della flessibilità statutaria, a discapito delle norme imperative ed inderogabili, secondo l'ispirazione espressa dalla riforma societaria dei primi anni 2000.

Di fronte all'ampia ineffettività dei presidi penali societari ed ai contenuti di diffusione del crimine economico non pare posta in seria discussione la razionalità di quelle premesse e la loro effettiva capacità di contenere i fenomeni da avversare, se non quando ne emergono le manifestazioni irrimediabili, peraltro, a distanza di tempo, difficilmente ricollegabili in termini di certezza processuale alle premesse tradite.

La costruzione del contrasto penale dell'infedeltà patrimoniale essenzialmente sul momento del *danno*, ad esempio, evitando l'anticipazione dell'intervento penale sin dal momento del serio pericolo, in uno con l'accentuazione della preoccupazione avverso ogni ritenuta inutile complicazione o ostacolo allo sviluppo economico, travolgono le ragioni che consiglierebbero prudenza e rispetto dei presidi formali, finendo per svilire la rilevanza di quei pochi residuati.

La tendenza verso la contrazione dei presidi di rilevanza penale nella materia economica e il correlativo ampliamento delle irregolarità assistite da sanzioni amministrative costituiscono espressioni di questa stessa ispirazione.

E' l'esigenza di non ostacolare l'economia sofferente a guidare molta parte della riflessione giuridica, creando spazi cedevoli nel sistema del diritto penale dell'economia, con il rischio di ridurlo nella condizione di vestito a maglie larghe, mero paravento, che non può mancare ma di cui va assicurata la *rassicurante ineffettività*. In nome della determinatezza del precetto, le fattispecie rifuggono elementi flessibili e si riempiono di condizioni selettive, che finiscono per frenarne le possibilità di impiego.

In linea con quanto detto, di recente, è stato osservato come, nel campo societario, allontanandosi dalla dicotomia proprietà-controllo, si sia giunti all'abbandono del principio di legalità e delle norme imperative, accusate di ledere la libertà di mercato, cui sarebbero compatibili solo il contratto, l'accordo tra privati, l'autonomia privata e la libertà statutaria, in linea con la teoria della *governance*. Con l'implicita premessa che la norma giuridica «*non è creduta capace*

² Cfr. articoli 48 e ss. del d.lgs.n. 180/2015 in materia di passività interessate dal *bail in*.

di contrastare gli illeciti e di costituire, nei loro confronti, neppure un sufficiente deterrente»³.

L'esame sarà condotto muovendo dall'*appropriazione indebita*, ovvero dalla tradizionale figura, assieme alla truffa ed alle diverse figure di bancarotta, invocata per contrastare le infedeltà gestorie di interesse.

Si passeranno in rassegna, quindi, le prime forme di *infedeltà patrimoniale* introdotte nella materia dell'intermediazione finanziaria (artt. 167 e 168 d.lgs. n. 58/1998), illustrate secondo un serrato confronto con le contigue figure dei reati societari (artt. 2629-bis, 2634, 2635 c.c.) per giungere all'analisi dei reati bancari (articoli 136, 137 d.lgs. n. 385/1993), le sole fattispecie di pericolo residue nella criminalizzazione delle possibili infedeltà gestorie, ma di operatività seriamente problematica e controversa.

³ G.ROSSI (*La Biblioteca di Babele del diritto societario*, Sole 24 ore del 22.11.2015) ha notato come la crisi economica scoppiata nel 2008 abbia ampiamente influenzato i legislatori, dovunque ispirati dagli economisti, con travolgimento degli ordinamenti ed «un'alluvione di norme regolamentari.....Norme in continuo rifacimento e contraddizione, influenzate da dottrine economiche neoclassiche alle quali i giuristi si sono spesso supinamente e goffamente adeguati...Non più, dunque, disciplina unitaria e norme inderogabili, bensì competizione regolamentare e contrattualizzazione del diritto societario. Libertà statutaria e deregolamentazione sono strettamente collegate sicché la prima pare conseguenza ineludibile della possibilità di scelte regolatorie, al di fuori delle norme inderogabili e imperative del singolo Stato. E gli Stati, nell'ambito del diritto delle società e del correlato capitalismo finanziario globale, hanno ormai perso ogni dignità e forza, frantumandosi in centri di potere spesso arbitrario, poiché incontrollato, che ne costituiscono un'indiscussa supplezza e si ergono minacciosi, nei confronti dei diritti fondamentali».

§.2. APPROPRIAZIONE INDEBITA

§.2.1. CONSIDERAZIONI GENERALI

La configurabilità di tale delitto comune è stata variamente esaminata con riferimento alle ipotesi di *concessione abusiva di fidi da parte dei dipendenti bancari* e di inadempimento degli *obblighi di custodia, gestione e di restituzione* dei fondi depositati.

L'assenza nell'ordinamento penale italiano di una norma equiparabile a quelle che contrastano l'abuso dei beni, del credito e dei poteri da parte dei gestori, note da oltre ottanta anni al diritto penale societario francese⁴, unita alla mancata definizione per via normativa dell'esatto contenuto dell'interesse sociale e dell'interesse personale, continuano ad ingenerare ricorrenti dispute giuridiche circa l'esatta estensione della nozione di appropriazione. In particolare, il dissidio più intenso si consuma attorno alla riconducibilità della «*distrazione*» nei confini di quest'ultima nozione, la sola espressamente richiamata nel tessuto normativo dell'articolo 646 c.p..

Come noto, una parte della dottrina⁵ sostiene l'orientamento restrittivo, evidenziando come nella *distrazione*, in senso proprio, la rottura attenga al vincolo di destinazione impresso al bene, a proprio o altrui vantaggio, non al legame tra il bene ed il proprietario, escludendo l'integrazione di espropriazione definitiva e dunque il reato. Non rassicurata dall'operatività in siffatte evenienze dalla verifica del dolo specifico della fattispecie (in particolare per la parte che attiene all'ingiustizia del profitto), tale lettura mira ad evitare l'effetto irragionevole di sanzionare penalmente qualsiasi minimo scostamento della destinazione del bene rispetto alle ragioni che giustificano il possesso ovvero alle istruzioni del *dominus*, anche nel caso di deviazione realizzata nell'interesse di quest'ultimo. Nel settore societario, la stessa interpretazione limitatrice è

⁴ Per le sociétés anonymes, l'articolo L242-6 del Codice di commercio, come modificato dalla legge n°2013-1117, prevede: «3° Le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement ; 4° Le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme de faire, de mauvaise foi, des pouvoirs qu'ils possèdent ou des voix dont ils disposent, en cette qualité, un usage qu'ils savent contraire aux intérêts de la société, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement». In relazione alle società a responsabilità limitata, l'articolo L241-3 del Code de commerce prevede «4° Le fait, pour les gérants, de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement ; 5° Le fait, pour les gérants, de faire, de mauvaise foi, des pouvoirs qu'ils possèdent ou des voix dont ils disposent, en cette qualité, un usage qu'ils savent contraire aux intérêts de la société, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou une autre entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement».

⁵ PEDRAZZI, *Sui limiti dell'appropriazione*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen, 1997, 1435.

sostenuta dalla preoccupazione di evitare che il delitto in esame si ponga quale «strumento onnivoro di controllo penale della correttezza nella gestione della società»⁶.

Ragioni contrarie di razionalità sistematica, d'altro canto, pongono in evidenza gli impensabili vuoti di protezione che scaturirebbero, anche in ragione dell'attuale assetto dell'ordinamento italiano, in relazione a deviazioni gravi della destinazione del bene e contrastanti con l'interesse del *dominus*. Per questi motivi, l'elaborazione giuridica si è mossa cercando di definire altre solide condizioni di rilevanza della deviazione del bene dalla destinazione impressa dall'avente diritto, in violazione del titolo del possesso, per conseguire profitto ingiusto per sé o per altri. Esse sono state essenzialmente individuate: (i) nella realizzazione di condotte incompatibili con la supremazia del proprietario del bene, con *dismissione definitiva e lesione irrimediabile* degli interessi di quest'ultimo⁷; (ii) nell'esercizio di poteri non congruenti con il titolo del possesso, *esorbitanti* dallo stesso, con sottrazione del bene dai fini cui era destinato⁸.

⁶ VIGANO' PIERGALLINI, *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, Torino, 2015

⁷ Cass., II, 5136/1997, Bussei «Sussiste il delitto di appropriazione indebita nel fatto dell'amministratore di società che, costituendo riserve di danaro extrabilancio, con gestione occulta, le distrae in favore di terzi per scopi illeciti ed estranei all'oggetto sociale ed alle finalità aziendali, così procurando ad essi un ingiusto profitto: la condotta di appropriazione, che caratterizza il delitto di cui all'art. 646 cod. pen., consiste infatti non solo nell'annettere al proprio patrimonio il danaro o la cosa mobile altrui, bensì anche nel disporre arbitrariamente, "uti dominus", sotto qualsiasi forma, in modo tale che ne derivi per il proprietario la perdita irreversibile». In applicazione di tale principio la Corte ha ritenuto sussistente il delitto di appropriazione indebita nel caso di un amministratore di società di capitali il quale, omettendo l'annotazione, la fatturazione e l'iscrizione a bilancio di una quota dei ricavi d'impresa, aveva creato riserve occulte utilizzate per pagare, tra l'altro, politici ed amministratori che gestivano appalti pubblici ed ufficiali della Guardia di finanza corrotti o concussori. Contra, V, n. 1245/1998, Cusani: «La creazione di riserve occulte e l'utilizzazione extrabilancio di fondi sociali non sono di per sé sufficienti ad integrare il delitto di appropriazione indebita; deve infatti escludersi che possa essere qualificata come distrattiva, e tantomeno come appropriativa, un'erogazione di danaro che, pur compiuta in violazione delle norme organizzative della società, risponda a un interesse riconducibile anche indirettamente all'oggetto sociale; è da ritenersi, infatti, che per aversi appropriazione sia necessaria una condotta che non risulti giustificata o giustificabile come pertinente all'azione o all'interesse della società, in quanto può accadere che una persona giuridica, attraverso i suoi organi, persegua i propri scopi con mezzi illeciti, senza che ciò comporti di per sé l'interruzione del rapporto organico. Da ciò consegue che ne' il versamento dei fondi extrabilancio su conti non formalmente riconducibili alla società ne' la destinazione di tali fondi al perseguimento con mezzi illeciti degli interessi sociali integrano gli estremi dell'appropriazione indebita, fermo restando comunque che il gestore di tali occulte riserve deve ritenersi gravato da un rigoroso onere di provarne l'effettiva destinazione allo scopo predetto. (Fattispecie in tema di finanziamenti illeciti a partiti politici; nell'occasione la Corte ha precisato che l'appropriazione indebita è invece configurabile, e concorre pertanto con il delitto di cui all'art. 7 l. 2 maggio 1974, n. 195, allorché l'illecito finanziamento di partiti politici con fondi occulti sia erogato nell'interesse personale ed esclusivo dell'amministratore)». Nello stesso senso della sentenza da ultimo rammentata cfr. Cass., V, n. 10041/1998 Altissimo. Per una posizione di significato intermedio, cfr. Cass., VI, n. 16362/2012: «Non integra il delitto di appropriazione indebita in danno di una società per azioni l'erogazione di somme di denaro effettuata dai suoi dirigenti in favore di soggetti terzi, nel rispetto delle regole contabili e di spesa interne, quale corrispettivo di servizi informativi e di sicurezza effettivamente resi e funzionali, direttamente o indirettamente, alla tutela di interessi della società, a nulla rilevando che i predetti servizi siano stati espletati mediante condotte delittuose».

⁸ Cass., II, n. 46256/2013: «Commette il delitto di appropriazione indebita il mandatario che, violando le disposizioni impartitegli dal mandante, si appropria del denaro ricevuto utilizzandolo per propri fini e,

Al fondo di ogni scelta qualificatoria, resta tangibile una serrata tensione sui temi della configurabilità dell'appropriazione tramite distrazione, della definizione dell'ingiustizia del profitto, ripercorrendo ovvero individuando i confini dell'interesse sociale e di quelli personali incoerenti, nonché dei reali obiettivi della condotta. Con un margine di opinabilità delle soluzioni raramente eliminabile.

§.2.2. CONCESSIONE ABUSIVA DI FIDI

Intorno alla fine degli anni '80 si sviluppò un vivace dibattito giurisprudenziale sulla natura dell'attività bancaria e sulla possibilità di considerare integrato il delitto di peculato o di appropriazione indebita aggravato dall'abuso di prestazione di opera nella condotta del dipendente bancario che avesse impiegato, a profitto proprio o altrui, il denaro del quale aveva la disponibilità per ragione del suo ufficio.

La Corte regolatrice (SU, 8243/2007) fissò tre principi fondamentali, due dei quali rimasti capisaldi anche della successiva esperienza giurisprudenziale. In particolare, la Corte affermò che *«la normale attività bancaria di raccolta del risparmio fra il pubblico e di esercizio del credito in un libero mercato concorrenziale, svolta da enti creditizi sia privati che pubblici, non comporta l'attribuzione a chi la esercita della qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio»*. Inoltre, con riferimento ad un fatto privato del carattere di illecito penale a seguito di una successiva modifica legislativa afferente la disciplina normativa extra-penale di riferimento, la Cassazione affermò che *«per attribuire la qualità di soggetto attivo di un reato proprio si applica il principio di retroattività della legge più favorevole affermato dall'art. 2 cod. pen. perché per legge incriminatrice deve intendersi il complesso di tutti gli elementi rilevanti ai fini della descrizione del fatto tra cui, nei reati propri è indubbiamente compresa la qualità del soggetto attivo»*. In particolare, nel caso in diretta valutazione, la Corte ritenne non più ravvisabile l'ipotesi di peculato nella condotta di un dipendente di una Cassa di risparmio che aveva concesso ad un cliente diciannove fidi non autorizzati di rilevante valore, essendo stata esclusa, a seguito di *novatio legis*, l'attribuibilità allo stesso della qualifica di pubblico ufficiale.

Nella medesima evenienza, inoltre, la Corte di legittimità escluse anche che la concessione abusiva di fido commessa da un dipendente bancario potesse integrare gli estremi dell'appropriazione indebita *«poiché tale reato prevede come condotta punibile solo l'appropriazione e non la distrazione»*. La Corte sottolineò come la condotta della "appropriazione" consiste nell'esercizio sulla cosa di atti di dominio (*uti dominus*) incompatibili con il titolo che ne giustifica il possesso mentre quella di "distrazione" nel dare alla cosa una destinazione diversa da

quindi, per scopi diversi ed estranei agli interessi del mandante». Fattispecie relativa ad appropriazione di una somma accreditata sul proprio conto corrente dalla Cassa Nazionale di Previdenza ed assistenza a favore dei Ragionieri e Periti commerciali da parte del mandatario incaricato di compiere un'offerta reale relativa ad una controversia civile.

quella cui era originariamente destinata. Ciò posto la Cassazione chiosò: «Orbene, poiché il reato di appropriazione indebita previsto dall'art. 646 C.P. postula che il possessore si comporti verso la cosa come se fosse propria, compiendo cioè sulla stessa quegli atti che potrebbe compiere solo il proprietario, e questa condotta coincide con quella di "appropriazione" prevista dall'art. 314 C.P. ma nettamente diverge da quella di "distrazione", ne consegue che, quando la "distrazione", consistente nella concessione abusiva di fido, venga commessa da un dipendente bancario che, come nella specie, non riveste la qualifica di "pubblico ufficiale" né di "incaricato di pubblico servizio", il fatto da lui commesso non realizza la fattispecie dell'appropriazione indebita di cui all'art. 646 C.P.».

Quest'ultima affermazione di principio venne lestamente riconsiderata, anche per i pericolosi vuoti di tutela che da essa derivavano. Con un successivo arresto, infatti, le Sezioni Unite ritennero «configurabile il reato di appropriazione indebita nel caso in cui il dipendente dell'istituto bancario, assumendo arbitrariamente i poteri dell'organo di amministrazione competente ad autorizzare il **superamento dei limiti** del fido o della provvista del conto corrente di corrispondenza, abbia **concesso un fido al cliente violando, in collusione con lo stesso, le norme sugli affidamenti** stabilite dagli istituti in modo da realizzare sostanzialmente un'arbitraria disposizione di beni della banca a profitto di terzi»⁹.

La Corte segnalò come la qualificazione di diritto privato dell'ordinaria attività creditizia e, quindi, l'esclusione per essa delle ipotesi di reato di cui agli artt. 314 e 315 c.p., non importasse l'assenza di rilevanza penale del comportamento dei dipendenti bancari, i quali, in violazione di specifiche norme penali poste a tutela del patrimonio, abbiano operato con mezzi fraudolenti oppure in collusione coi terzi. Un'impunità per siffatte modalità di gestione bancaria si sarebbe posta in contrasto con le fondamentali esigenze di protezione dei beni giuridici, riferibili non solo al pubblico dei consumatori del credito, ma anche agli stessi istituti bancari. Escludendo fenomeni di suppletiva giurisprudenziale, la Cassazione ricordò come, già in epoca precedente alla sentenza Tuzet, più volte le sezioni semplici avessero affermato che il reato di appropriazione indebita può sussistere sia nel caso in cui l'agente abbia dato alla cosa una destinazione incompatibile con il titolo e le ragioni del suo possesso, sia nel caso in cui abbia omesso deliberatamente di restituire la cosa, giacché in entrambe le ipotesi è manifestata la sua volontà di affermare un dominio sulla cosa stessa¹⁰. Allorquando il possesso del denaro importi l'impiego dello stesso per un determinato uso, tale possesso non conferisce il potere di compiere atti di disposizione non autorizzati o, comunque, incompatibili col diritto del proprietario, di modo che ove ciò avvenga, l'agente commette il delitto di appropriazione indebita. Trasferendo tali concetti all'evenienza in diretto esame¹¹, si delineava, ad avviso della Corte di legittimità, con sufficiente

⁹ SU 9863/1989; nello stesso senso cfr. II, 3332/2013.

¹⁰ Si vedano, tra le altre, Cass. 11/3/1975, Semeraro; Cass. 1/2/1983, Rappollo; Cass. 19/2/1985, Amato; cfr. tra le altre, Cass. 25/10/1972, Girelli; Cass. 16/4/1985, Fugaroli.

¹¹ Ad un direttore di banca era stata rivolta l'accusa di aver vistato assegni emessi e girati da terzi, privi di copertura, consentendone l'accredito a più riprese sul conto corrente di uno degli imputati.

chiarezza, la configurabilità del reato di appropriazione indebita nel caso in cui il dipendente dell'istituto bancario avesse di fatto concesso un fido al cliente, *violando, in collusione* con lo stesso, le norme sugli affidamenti stabilite dagli istituti, in modo da realizzare sostanzialmente un'arbitraria disposizione di beni della banca a profitto di terzi¹².

La *casistica* nella quale è stata riconosciuta l'appropriazione indebita ha avuto riguardo a situazioni diversificate: - dirigenti bancari che, esorbitando da loro poteri, avevano messo a disposizione del cliente, con accrediti sui conti dello stesso, somme di denaro delle quali disponevano per conto della banca o pagavano assegni privi di provvista¹³; - dipendente di istituto di credito che aveva concesso un *fido* al cliente, con violazione, in accordo con lo stesso, delle norme sugli affidamenti stabiliti dall'istituto, quale arbitraria disposizione dei beni dell'istituto a profitto di terzi; rilevando che la sussistenza di fondate prospettive di "rientro" del beneficiario, la presenza di garanzie o risorse patrimoniali, l'intento di agire nell'interesse dell'istituto di credito, mentre valevano ad escludere l'elemento soggettivo del reato, non incidono minimamente sull'oggettivo "superamento del rischio di impresa", verificatosi attraverso operazioni irregolari e con comportamenti "*uti dominus*"¹⁴; - concessione di *fido* bancario in violazione delle norme di *garanzia* sugli affidamenti stabilite dagli istituti realizzata in concorso con il beneficiario del fido illecitamente concesso e, quindi, mediante la consapevole partecipazione del concedente e del concessionario¹⁵.

In definitiva, sin dalla fine degli anni '80, la Corte di legittimità ha individuato quattro condizioni per assumere integrata l'appropriazione indebita nelle ipotesi di concessione abusiva di fido: (i) travalicamento dei limiti fissati dalle norme statutarie o dalle direttive che regolano gli affidamenti; (ii) collusione tra il dipendente di banca infedele ed il beneficiario del fido; (iii)

¹² «Se, infatti, l'appropriazione di concreta anche col dare alla cosa una destinazione incompatibile con il titolo e le ragioni che ne giustificano il possesso, ne consegue che, allorché il dipendente dell'istituto di credito, nel concedere il fido al cliente, travalichi i limiti fissati dalle norme o dalle direttive che regolano gli affidamenti; egli pone in essere una condotta che rientra nella previsione dell'art. 646 cod.pen. Ed invero, sotto il profilo oggettivo, il dipendente bancario, realizzando un'arbitraria attribuzione di beni della banca a favore di terzi, compie un atto di disposizione "*uti dominus*", si comporta cioè come se la cosa fosse propria. Qualora, poi, ciò avvenga in collusione con il cliente abusivamente favorito ed al fine di procurargli un ingiusto profitto, si realizza anche l'estremo soggettivo del reato di cui all'art. 646 cod.pen., che consiste appunto nella volontà di invertire il titolo del possesso per trarre dalla cosa un ingiusto profitto per sé o per altri. Così, concorrendo l'indispensabile elemento soggettivo, si rende configurabile la fattispecie criminosa dell'art. 646 cod.pen. nei casi in cui il dipendente della banca abbia compiuto un atto di disposizione a favore del cliente, assumendo arbitrariamente i poteri dell'organo di amministrazione competente ad autorizzare il superamento dei limiti del fido o della provvista del conto corrente di corrispondenza. In tali casi di abuso nella gestione del credito, il dipendente bancario non si limita, infatti, a rivolgere a cosa ad un fine diverso da quello cui era destinata, strumentalizzando il possesso a profitto del terzo, esercita sulla cosa poteri di dominio incompatibili col titolo da cui il possesso medesimo trae giustificazione»

¹³ Cass. VI, 8179/1988, Rv. 178881; V, 2337/1994; II, 19.1.2004; II, n. 6603/2014.

¹⁴ Cass. II, 5523/1991.

¹⁵ Cass. II, 2829/1992.

scopo di avvantaggiare quest'ultimo; (iv) consapevolezza dell'irrecuperabilità del denaro prestato, non più restituibile.

Non è mancato un orientamento volto ad escludere la necessità della collusione con il cliente. Con riferimento ad evenienza nella quale al direttore della filiale bancaria si contestava d'aver elargito credito, eccedendo i limiti entro i quali la normativa interna lo autorizzava a concedere fidi, occultando l'appartenenza a un medesimo gruppo di più soggetti simultaneamente finanziati e superando i limiti quantitativi degli affidamenti, per categoria di credito e in assoluto, la Corte di legittimità¹⁶ ha rammentato che l'appropriazione indebita contempla esplicitamente l'ipotesi dell'ingiusto profitto a beneficio di un terzo, sicché il concorso del beneficiario nella condotta dell'agente è solo eventuale. Per la Cassazione, il carattere indebito del vantaggio deriva direttamente dall'illegittimità degli atti di erogazione del credito, mentre nessuna necessità di ordine logico o giuridico impone il coinvolgimento collusivo dei clienti. La collusione con il cliente, secondo l'insegnamento della Sezioni Unite (sent. n. 1 dep. il 7 luglio 1989) costituisce - insieme al comportamento *uti dominus* - l'elemento rivelatore dell'appropriazione indebita del funzionario di banca per concessione di credito extra-fido. Ma si tratta di una relazione descrittiva della situazione di fatto in cui si consuma normalmente l'appropriazione indebita, situazione che non prescinde dalla figura del cliente, al quale fanno capo un complesso di attività di per sé sole prive di significato penale (accensione e intrattenimento del conto, richiesta di fido, presentazione dei titoli all'incasso etc.) senza le quali il delitto non può essere commesso. Malgrado ciò, la Corte ha escluso che questo limitato concetto di collusione si estenda fino ad integrare il concorso necessario di persone nel reato, in contrasto con la definizione normativa dell'appropriazione indebita. «È dunque ben possibile che la collusione di conio giurisprudenziale si arresti ad una soglia di irrilevanza penale relativamente al cliente beneficiario, il quale è ordinariamente ignaro del preciso contenuto della discrezionalità del funzionario, sicché non può agevolmente discernere il momento in cui il comportamento del suo interlocutore si distacca completamente dall'interesse della banca, diventando condotta appropriativa». Del resto, il richiamo alla "collusione" in *subiecta materia* non è neppure una costante nella giurisprudenza di legittimità, non mancando precedenti in cui il tratto caratteristico della condotta antiggiuridica viene individuato da altre circostanze¹⁷.

§.2.3. INADEMPIMENTO DEGLI OBBLIGHI DI CUSTODIA E DI RESTITUZIONE DEI FONDI DEPOSITATI

¹⁶ Cass., II, 26501/2007.

¹⁷ Per un esempio che appare sovrapponibile alla fattispecie in esame cfr. Cass. II, 49301/2004, secondo cui "Il d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, art. 137, comma 2, nel prevedere come illecito penale il falso interno del dipendente di una banca, funzionale alla concessione di un credito ad un terzo, configura un reato di pericolo, per la cui sussistenza non è necessario che il credito sia effettivamente concesso o che il patrimonio della banca sia depauperato. Ne deriva che, ove si verifichi quest'ultima ipotesi, deve ritenersi configurabile la diversa e più grave ipotesi dell'appropriazione indebita".

Secondo un risalente approdo della giurisprudenza di legittimità, confermato anche in tempi recenti, «*il cassiere di banca, in quanto destinatario dell'obbligo di custodia di danaro, valori e titoli in dotazione alla cassa, è titolare del possesso di essi e come tale, qualora disponga in proprio favore di somme depositate sul conto corrente, risponde di appropriazione indebita in danno della banca e non già di delitti in danno del correntista*¹⁸». In applicazione di tale principio, è stato ritenuto responsabile di appropriazione indebita aggravata ex art. 61 n. 11 c.p., e non di truffa, il cassiere di banca, che, mediante il fraudolento rinnovo in assenza del titolare di libretti di deposito a risparmio nominativi, successivamente indebitamente estinti, si era appropriato delle relative somme di denaro¹⁹.

Come sottolineato dalla Corte regolatrice, «*la proprietà delle somme di danaro versate in banca dal titolare di un deposito in conto corrente spetta, ai sensi dell'art. 1834 cod. civ., alla banca depositaria, mentre al correntista l'art. 1852 stesso codice riconosce solo il potere di disporre in qualsiasi momento delle somme risultanti a suo credito, escludendolo anche dal possesso di dette somme che, per quanto contabilizzate nel conto di sua pertinenza, fanno tuttavia parte della massa monetaria appartenente alla banca*».

In altre evenienze²⁰, la Corte ha optato per qualificazioni più severe, assumendo integrato il delitto di *furto aggravato* da parte del dipendente bancario che si era impossessato, mediante movimentazioni effettuate con i terminali dell'ufficio, di somme di danaro di clienti depositate in conti correnti, escludendo al contempo che la condotta sia sussumibile nella fattispecie di cui all'art. 640 ter c.p., quando lo spostamento del denaro (con ordini di bonifico da conto corrente) sia effettuato attraverso operazioni ordinarie sul sistema informatico della banca alle quali era personalmente abilitato dall'istituto titolare del sistema, pur senza averne avuta disposizione dai correntisti. La Corte regolatrice ha osservato che «*ai fini della delimitazione dei confini tra il reato di furto e quello di appropriazione*

¹⁸ Cass. VI, 5170/1988; Cass. II, 28786/2015.

¹⁹ E' stato inoltre ravvisato il delitto di appropriazione indebita e non già quello di truffa quando l'artificio o il raggio non risultino necessari all'impossessamento, già intervenuto, ma valgano a celarlo. In particolare, in relazione ad un cassiere di banca cui erano contestate continuate appropriazioni di denaro dalla cassa alla quale era preposto, è stato ritenuto che, avendo egli, per l'espletamento della sua funzione, la materiale disponibilità del denaro, non aveva necessità di ricorrere ad artifici o raggiri per appropriarsene. L'ulteriore attività commessa, come l'emissione di assegni all'ordine di apparenti prenditori con false girate di costoro, era volta a costruire una falsa documentazione allo scopo di giustificare le differenze di cassa e, pertanto, allo scopo di occultare le appropriazioni di denaro, tanto è vero che se tali artifici si fossero rilevati inidonei per occultare ai quotidiani riscontri le appropriazioni, queste avrebbero dovuto ritenersi comunque consumate e penalmente perseguibili (Cass., VI, 10397/1989). Nello stesso senso è stata ritenuta l'appropriazione nella sottrazione di somme di pertinenza di un'associazione da un libretto di deposito bancario ad opera del suo Presidente che aveva occultato poi gli ammanchi mediante false annotazioni di versamenti per pari importi, in quanto gli artifici e raggiri erano stati posti in essere dopo l'appropriazione del danaro e al solo fine di mascherarla (Cass. II, n. 3924/2004), così come nel rilascio da parte di un promotore finanziario di falsi rendiconti relativi a fondi di investimento da lui gestiti, così da sottrarre ai rispettivi intestatari parte delle somme confluite sui fondi, in quanto il possesso del denaro era già stato conseguito dall'agente al momento della realizzazione degli artifici e raggiri (Cass., II, 39114/2003).

²⁰ Cass. VI, 32543/07.

indebita, possono rientrare nella nozione di possesso vari casi di detenzione, ma deve comunque trattarsi di detenzione "nomine proprio" e non in "nomine alieno", come in tutti i casi di persone che abbiano la disponibilità materiale della cosa ad altri appartenente in virtù del rapporto di dipendenza che le lega al titolare del diritto (Cass. 2012.1993, Balzaretto). L'impiegato di banca non ha la disponibilità neanche provvisoria della provvista dei conti correnti dei clienti dell'istituto, in quanto egli non ha altro compito che quello di eseguire le disposizioni del correntista, il quale rimane, in ogni momento, possessore e "dominus" della gestione del conto; onde risponde del reato di furto, e non del delitto di appropriazione indebita, l'impiegato che, con movimentazioni fittizie, effettui spostamenti o prelievi dai conti correnti dei clienti, sottraendo denaro alla disponibilità di costoro (Cass. 10.07.1996, Iegiani)». Si tratta di un approdo omogeneo a quello in virtù del quale è stato riconosciuto il delitto di furto nell'impossessamento da parte di dipendente di una Cassa di Risparmio dei titoli di clienti dei quali aveva la detenzione materiale o meramente precaria al limitato fine di determinate operazioni, non potendo portarli all'esterno se non per le esigenze connesse a dette operazioni, escludendosi dunque il possesso in senso penalistico²¹.

Per contro, in riferimento alla condotta di un funzionario di banca cui era contestato di essersi impadronito di valori custoditi nella cassetta di sicurezza di pertinenza di un cliente, la Corte²² ha ritenuto configurabile il delitto di appropriazione indebita, assumendo che l'agente ne avesse il possesso. Appare di interesse il percorso argomentativo svolto nell'occasione dalla Cassazione: «è evidente che, se un terzo si impossessa dei beni contenuti in una cassetta di sicurezza allocata in banca, si tratta di furto. In tal caso, ha ritenuto la giurisprudenza (ASN 199007598-RV 184479) la qualità di soggetto passivo del reato viene assunta dalla banca, mentre i titolari delle singole cassette assumono quella di danneggiati dal reato (atteso che la condotta dell'agente pregiudica il rapporto di fatto con la cosa ed il potere di vigilanza e custodia su di essa esercitato dall'istituto di credito). Se poi ad impadronirsi del contenuto della cassetta è un dipendente della banca, che approfitti della sua posizione, la qualificazione giuridica non muta (tranne per quel che riguarda la sussistenza della aggravante ex art. 61, n. 11), trattandosi di situazione sostanzialmente analoga a quella in cui il dipendente di una banca si impossessa, mediante movimentazioni effettuate con i terminali dell'ufficio, di somme di danaro di clienti, depositate in conti correnti (come affermato da ASN 200732543-RV 237175). In entrambi i casi, invero, si verifica l'impossessamento da parte dell'agente (e lo spossessamento in danno del proprietario), tramite la effrazione della cassetta, l'uso non conforme di chiavi in possesso dell'istituto di credito, ovvero la "manomissione elettronica" del conto del cliente. Diversa tuttavia è l'ipotesi in cui (come nel caso in esame) il dipendente della banca abbia ottenuto dal cliente la chiave della cassetta di sicurezza, dal momento che tale traditio sta a significare - a meno che non sia diversamente convenuto - l'autorizzazione ad aprire la cassetta e, salvo prova del contrario, a disporre (si intende nell'interesse del titolare) del suo contenuto. In tal caso, invero, deve giungersi alla conclusione che l'agente abbia il possesso della cassetta e dei beni in essa custoditi».

²¹ Cass., II, n. 4853/1994.

²² Cass., V, 44942/2011.

§.2.4. INADEMPIMENTI DEGLI OBBLIGHI DI GESTIONE E DI INVESTIMENTO DEI FONDI AFFIDATI

La stessa impostazione appare riconoscibile alla base dell'insegnamento alla cui stregua consuma l'appropriazione indebita il dipendente bancario che impossessi di somme di danaro, prelevandole dai conti correnti dei clienti della banca che gli avevano dato incarico di acquistare con essi titoli di stato²³.

Per la relazione del delitto con la contravvenzione della gestione infedele *ex a. 167 T.U.I.F. v. infra*

²³ Cass., VI, 16638/1989.

§.3. REATI FALLIMENTARI

Nelle ipotesi di *finanziamenti* da parte di intermediari bancari *in assenza di garanzie* e di serie prospettive di rientro (tali da operare una dispersione di beni per scopi diversi da quelli doverosi dell'impresa, per esigenze ad essa estranee, del tutto irragionevoli e senza adeguata contropartita), con il manifestarsi della insolvenza dell'intermediario appare ipotizzabile il provvedimento di *liquidazione coatta amministrativa* (cfr. articoli 57²⁴ del T.U.I.F per le Sim, le società di gestione del risparmio, le Sicav e delle Sicaf e articoli 80²⁵ e 82²⁶ TUB per le banche, che non sono soggette a procedure concorsuali diverse dalla liquidazione coatta prevista dalle norme della TUB). Lo stesso può dirsi, ancora, in presenza di estese spoliazione *dei clienti* da parte dell'intermediario. Ciò dischiude spazi di operatività dei reati di bancarotta fraudolenta per distrazione o dissipazione.

In particolare, in materia di *finanziamenti*, la Corte di Cassazione ha riconosciuto sufficiente il *dolo generico* per il delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione, sia nella forma diretta, che indiretta od eventuale, «quando il soggetto agisce anche a costo, "a rischio", di subire una perdita altamente probabile se non certa.

²⁴ Art. 57 TUIF *Liquidazione coatta amministrativa* (in vigore dal 16 novembre 2015): «1. Il Ministero dell'economia e delle finanze, su proposta della Banca d'Italia o della CONSOB, nell'ambito delle rispettive competenze, può disporre con decreto la revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività e la liquidazione coatta amministrativa delle SIM, delle società di gestione del risparmio, delle Sicav e delle Sicaf, anche quando ne sia in corso l'amministrazione straordinaria ovvero la liquidazione secondo le norme ordinarie, qualora le irregolarità nell'amministrazione ovvero le violazioni delle disposizioni legislative, amministrative o statutarie o le perdite previste dall'articolo 56 siano di eccezionale gravità. Nei confronti delle Sim indicate all'articolo 55-bis, comma 1, la liquidazione è disposta se ricorrono i presupposti indicati all'articolo 17 del [decreto di recepimento della direttiva 2014/59/UE], ma non sussiste quella indicata all'articolo 20 del medesimo decreto per disporre la risoluzione».

²⁵ Art. 80 del TUB nella versione in vigore dal 16 novembre 2015: «co.1. Il Ministro dell'economia e delle finanze, su proposta della Banca d'Italia, può disporre con decreto la liquidazione coatta amministrativa delle banche, anche quando ne sia in corso l'amministrazione straordinaria ovvero la liquidazione secondo le norme ordinarie, se ricorrono i presupposti indicati nell'articolo 17 del decreto legislativo [di recepimento della direttiva 2014/59/UE] ma non quelli indicati nell'articolo 20, comma 2, del medesimo decreto per disporre la risoluzione. co.2-5 omissis; co.6. Le banche non sono soggette a procedure concorsuali diverse dalla liquidazione coatta prevista dalle norme della presente sezione; per quanto non espressamente previsto si applicano, se compatibili, le disposizioni della legge fallimentare».

²⁶ Art. 82 del TUB (Accertamento giudiziale dello stato di insolvenza, in vigore dal 16 novembre 2015): «1. Se una banca non sottoposta a liquidazione coatta amministrativa o a risoluzione si trova in stato di insolvenza, il tribunale del luogo in cui essa ha la sede legale, su richiesta di uno o più creditori, su istanza del pubblico ministero o d'ufficio, sentiti la Banca d'Italia e i rappresentanti legali della banca, dichiara lo stato di insolvenza con sentenza in camera di consiglio. Quando la banca sia sottoposta ad amministrazione straordinaria, il tribunale dichiara l'insolvenza anche su ricorso dei commissari straordinari, sentiti i commissari stessi, la Banca d'Italia e i cessati rappresentanti legali. Si applicano le disposizioni dell'art. 195, commi primo, secondo periodo, terzo, quarto, quinto, sesto e ottavo della legge fallimentare. 2. Se una banca, anche avente natura pubblica, si trova in stato di insolvenza al momento dell'emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa e l'insolvenza non è stata dichiarata a norma del comma 1, il tribunale del luogo in cui la banca ha la sede legale, su ricorso dei commissari liquidatori, su istanza del pubblico ministero o d'ufficio, sentiti la Banca d'Italia e i cessati rappresentanti legali della banca, accerta tale stato con sentenza in camera di consiglio. Si applicano le disposizioni dell'art. 195, terzo, quarto, quinto e sesto comma della legge fallimentare. 3. La dichiarazione giudiziale dello stato di insolvenza prevista dai commi precedenti produce gli effetti indicati nell'art. 203 della legge fallimentare».

Ne deriva che la distrazione fallimentare prevista dall'art. 216 n. 1 legge fall. è configurabile anche a titolo di dolo eventuale nell'ipotesi in cui si realizzi mediante l'erogazione di finanziamenti (mutui) concessi dagli amministratori di una banca senza le necessarie garanzie, in violazione delle norme civili e bancarie che regolano i rapporti tra la banca ed i suoi amministratori e nell'interesse degli stessi amministratori e non della banca. In tal caso, infatti, gli amministratori agiscono accettando il rischio della perdita patrimoniale e della conseguente lesione dell'interesse dei creditori ex art. 2740 cod. civ. alla garanzia del patrimonio del debitore»²⁷.

Nell'occasione la Corte regolatrice ha precisato anche che i finanziamenti eseguiti in modo massiccio con la tecnica dei *depositi fiduciari* (mediante la simulazione del deposito interbancario e la dissimulazione del prestito a terzi) nell'interesse del "gruppo" e non delle banche, in violazione dell'art. 38 L. Bancaria, in mancanza di garanzie, senza l'osservanza dei limiti legali dettati dalla disciplina bancaria (art. 35 L.B.), costituiscono ipotesi di distrazione, ai sensi dell'art. 216 n 1 L.F.. Quanto al rapporto tra la fattispecie prevista dall'art. 2624 Cod. Civ. e 38 Legge Bancaria e la fattispecie della distrazione prevista dalla Legge fallimentare, è stato ribadito che il più grave reato fallimentare assorbe il primo, ai sensi dell'art. 15 cod. pen.²⁸.

La Corte ha riconosciuto, inoltre, che nei contratti di mutuo può essere formulata la distinzione tra un rischio di tipo fisiologico, connaturato al tipo di accordo tra le parti (l'alea del successivo adempimento, mediante il rimborso), ed un rischio patologico, conseguente alla carenza di garanzie. L'erogazione dei finanziamenti mediante i fiduciari e con l'inosservanza di tutte le norme poste a tutela dei fondi sociali e per fini non propri della banca ma del "gruppo" comportava dal punto di vista soggettivo l'assunzione del rischio della diminuzione patrimoniale subita dalle banche. All'obiezione difensiva volta a segnalare che la prevedibilità della diminuzione patrimoniale non era sufficiente ad esaurire la tematica del dolo eventuale, essendo la prevedibilità elemento comune sia del dolo eventuale che della colpa - onde nella specie andava configurata l'ipotesi di bancarotta semplice prevista dal n 2 dell'art. 217 L. Fall. (trattandosi di operazioni di pura sorte o manifestamente infondate) - la Cassazione replicava rimarcando la differenza tra le due ipotesi: «Quando l'agente pone in essere operazioni imprudenti idonee a configurare la bancarotta semplice agisce con imprudenza, ma pur sempre nell'interesse dell'impresa; nelle operazioni distrattive, invece, l'agente agisce dolosamente, perseguendo un interesse proprio o di terzi estranei all'impresa, e quindi colla coscienza e volontà, di porre in essere atti incompatibili con la

²⁷ In tal senso, V, n. 15850/1990 sulla vicenda della Banca Privata Italiana; cfr. anche V, rv 182121, rv 178608, rv177518, rv 177152, 170343.

²⁸ Era stato già affermato dalla Cassazione (sent. 4.10.78, Sez. V, imp. Giacobone relativa ad una ipotesi di distrazione fallimentare) che la fattispecie di cui all'art. 2324, II co. C.C., in relazione all'art. 38 L. 7.3.33 n 141 che ha convertito in Legge il R.D.L. 12.3.36 n 375, si realizzava allorché l'agente compiva, con la banca della quale era amministratore, determinate operazioni con la consapevolezza che questa non siano state previamente deliberate dal Consiglio di amministrazione e che non sia intervenuto il voto favorevole di tutti i componenti l'organo di vigilanza.

salvaguardia del patrimonio aziendale ed in contrasto con gli interessi dei creditori alla conservazione delle garanzie patrimoniali».

All'entrata in vigore del TUB era incontrovertibile l'applicazione del diritto penale fallimentare anche in materia bancaria, rinviando l'art. 82, ultimo comma, del d.lgs. n. 385/1993 all'art. 203 della legge fallimentare (L.F.) per la determinazione degli effetti conseguenti alla dichiarazione giudiziale di insolvenza. Il secondo periodo del primo dell'art. 203 prevedeva l'applicabilità ai soci a responsabilità illimitata, agli amministratori, ai direttori generali, ai liquidatori e ai componenti degli organi di vigilanza delle disposizioni da 216 a 219 e da 223 a 225 della legge fallimentare. Tale periodo è stato successivamente abrogato dall'art. 99, co. 1 del d.lgs. n. 270/1999, con modifica altresì del previgente art. 237 L.F..

In base all'attuale formulazione di quest'ultima norma, «l'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza, a norma degli articoli 195 e 202, è equiparato alla dichiarazione di fallimento ai fini dell'applicazione delle disposizioni del titolo VI della legge fallimentare», dedicato alle disposizioni penali concorsuali; inoltre, ai sensi dell'articolo 237/2 L.F. nel caso di liquidazione coatta amministrativa si applicano al commissario liquidatore ed alle persone che lo coadiuvano nell'amministrazione della procedura le disposizioni degli articoli 228, 229 e 230 L.F..

Il recente decreto legislativo 180/2015²⁹, inoltre, ha dato attuazione alla direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014³⁰, introducendo una nuova procedura attivabile in caso di dissesto degli enti creditizi e delle imprese di investimento: la *risoluzione*.

Il Capo 1 del Titolo IV del d.lgs. n. 180/2015 detta alcuni profili di applicazione comune a tutte le procedure attivabili in caso di dissesto, vale a dire

²⁹ Attuazione della direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica la direttiva 82/891/CEE del Consiglio, e le direttive 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE e 2013/36/UE e i regolamenti (UE), n. 1093/2010 e (UE) n. 648/2012, del Parlamento europeo e del Consiglio.

³⁰ La direttiva c.d. *Bank Recovery and Resolution Directive* o anche, BRRD, istituisce un quadro armonizzato a livello dell'Unione Europea in tema di risanamento e di risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento. La Direttiva dà attuazione ai principi in materia di risoluzione delle crisi bancarie, elaborati nell'ottobre 2011 dal *Financial Stability Board* e sottoposti nel novembre 2011 ai Capi di Stato e di Governo riuniti nel G-20 a Cannes. Il nuovo quadro normativo europeo introduce negli ordinamenti nazionali un regime armonizzato per la gestione delle crisi delle banche e di altri intermediari finanziari, con l'obiettivo di assicurare che il dissesto di questi soggetti possa essere affrontato tempestivamente e in modo da garantire la continuità delle funzioni essenziali, evitare effetti negativi sulla stabilità finanziaria, preservare l'integrità delle finanze pubbliche, e tutelare i depositanti e gli investitori protetti. Il nuovo regime normativo ha l'obiettivo di ridurre al minimo i fenomeni di azzardo morale alla base della crisi finanziaria globale, di rafforzare la disciplina di mercato e di contenere gli incentivi all'assunzione di un livello eccessivo di rischio da parte di intermediari, azionisti e creditori. La nuova procedura di risoluzione rappresenta, pertanto, l'alternativa per la gestione delle crisi bancarie più efficiente rispetto agli ordinari procedimenti concorsuali in termini di costi non solo per le finanze pubbliche, ma anche per azionisti e creditori.

la liquidazione coatta amministrativa, la riduzione o la conversione in azioni degli strumenti di capitale (c.d. *write-down*), la risoluzione. Vengono definiti i presupposti per l'avvio delle procedure di gestione delle crisi, gli obiettivi e i principi della risoluzione³¹ e la valutazione delle attività e delle passività dell'intermediario in dissesto, da intraprendere prima del *write-down* o dell'avvio della risoluzione.

Quanto ai presupposti per l'avvio delle procedure di gestione delle crisi, ai sensi dell'articolo 17 è previsto che può intervenire solo se l'intermediario è in stato di dissesto o "rischio di dissesto" e se non sono praticabili soluzioni alternative, di mercato o di vigilanza. A tal fine, l'accertamento dello stato di dissesto o di rischio di dissesto è svolto dalla autorità di vigilanza o da quella di risoluzione, mentre l'accertamento della insussistenza di soluzioni alternative è svolto dall'autorità di risoluzione.

L'articolo 20 disciplina le modalità per individuare la procedura di gestione della crisi concretamente attivabile in caso di sussistenza dei presupposti indicati dall'articolo 17, secondo un principio di proporzionalità e adeguatezza. In particolare, è previsto che: - il *write-down* degli strumenti di capitale³² può essere disposto se, a seguito della sua applicazione, verrebbe superato lo stato di dissesto. In tal caso si applicano le disposizioni contenute nel Capo II del Titolo TV; la risoluzione può essere disposta ove il *write-down* (da solo o in combinazione con un eventuale intervento di terzi) non consenta di rimediare allo stato di dissesto e la liquidazione coatta amministrativa non

³¹ Art. 21 (Obiettivi della risoluzione) «1. La Banca d'Italia esercita i poteri ad essa attribuiti dal presente decreto avendo riguardo alla continuità delle funzioni essenziali dei soggetti di cui all'articolo 2, alla stabilità finanziaria, al contenimento degli oneri a carico delle finanze pubbliche, alla tutela dei depositanti e degli investitori protetti da sistemi di garanzia o di indennizzo, nonché dei fondi e delle altre attività della clientela. 2. Nel perseguire gli obiettivi di cui al comma 1, si tiene conto dell'esigenza di minimizzare i costi della risoluzione e di evitare, per quanto possibile, distruzione di valore». Art. 22 (Principi della risoluzione): «1. La risoluzione si conforma ai seguenti principi: a) le perdite sono subite dagli azionisti e dai creditori, nell'ordine e nei modi stabiliti dal presente decreto; b) salvo che sia diversamente previsto dal presente decreto, gli azionisti e i creditori aventi la stessa posizione nell'ordine di priorità applicabile in sede concorsuale ricevono pari trattamento e subiscono le perdite secondo l'ordine medesimo; c) nessun azionista e creditore subisce perdite maggiori di quelle che subirebbe se l'ente sottoposto a risoluzione fosse liquidato, secondo la liquidazione coatta amministrativa disciplinata dal Testo Unico Bancario o altra analoga procedura concorsuale applicabile; d) i depositi protetti non subiscono perdite; e) gli organi con funzioni di amministrazione e di controllo e l'alta dirigenza dell'ente sottoposto a risoluzione sono sostituiti, salvo i casi in cui la permanenza in carica di tutti o di alcuni di essi sia necessaria per conseguire gli obiettivi della risoluzione; i componenti di tali organi forniscono alla Banca d'Italia o ai commissari speciali l'assistenza necessaria, anche in caso di cessazione dalla carica; f) agli azionisti, ai creditori e agli altri soggetti interessati dalla risoluzione sono applicate le salvaguardie previste dal Titolo VI; g) i soggetti che hanno dolosamente o colposamente dato causa o contribuito al dissesto dell'ente sottoposto a risoluzione ne rispondono secondo quanto previsto dalla legge; h) i provvedimenti adottati ai sensi del presente decreto sono volti a ridurre al minimo gli effetti negativi della risoluzione sulla stabilità finanziaria nell'Unione Europea e nei suoi Stati membri, nonché, se l'ente sottoposto a risoluzione fa parte di un gruppo, sulle altre componenti del gruppo e sul gruppo nel suo complesso. 2. Le azioni di risoluzione tengono conto della complessità operativa, dimensionale e organizzativa dei soggetti coinvolti, nonché della natura dell'attività svolta; esse sono effettuate nel rispetto della disciplina sugli aiuti di Stato dell'Unione Europea».

³² Vale a dire la riduzione o conversione di azioni, di altre partecipazioni e di strumenti di capitale emessi dalla banca.

consenta di tutelare in maniera almeno equivalente alla risoluzione l'interesse pubblico alla stabilità finanziaria, alla tutela dei depositanti e dei clienti, alla continuità delle funzioni essenziali; in tal caso, si applica la disciplina contenuta nei Capi IV e V del Titolo IV; - la liquidazione coatta amministrativa può essere avviata se il *write-down* (da solo in combinazione con un eventuale intervento di terzi) non consente di rimediare allo stato di dissesto e non sussistono i presupposti per la risoluzione. L'articolo 21 fissa gli obiettivi della risoluzione, mentre l'articolo 22 ne delinea i principi.

Nel caso di *banche*, l'articolo 82 del TUB si confronta, ora, con varie situazioni: se il secondo comma attiene a banca già interessata da provvedimento di LCA, il primo comma attiene a banca non sottoposta a LCA o a *risoluzione*. L'articolo 36 del d.lgs. n. 180/2015 ha chiarito che ove l'ente sottoposto a risoluzione si trovi in stato di insolvenza alla data di adozione del provvedimento di avvio della risoluzione di cui all'articolo 32 del d.lgs. n. 180/2015, si applica proprio l'articolo 82, comma 2 TUB (con i meccanismi di richiamo e rinvio alle disposizioni fallimentari penali già illustrati), con l'avvertenza che la legittimazione dei commissari liquidatori ivi prevista spetterà ai commissari speciali di cui all'articolo 37 del d.lgs. n. 180/2015 (se questi ultimi non sono stati nominati, il ricorso può essere presentato dalla Banca d'Italia o da un soggetto da essa appositamente designato). Al Tribunale compete accertare lo stato di insolvenza dell'ente sottoposto a *risoluzione* avendo riguardo alla situazione esistente al momento dell'avvio della risoluzione.

In relazione a tali evenienze, dunque, può pervenirsi alla *sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza della banca*, su istanza di legittimati più estesi di quelli previsti dall'articolo 195 LF (è ammessa anche la pronuncia di ufficio o su istanza del pubblico ministero ovvero dei commissari liquidatori e speciali), il Tribunale essendo onerato di sentire la Banca d'Italia ed i legali rappresentanti.

L'articolo 82 TUB *richiama*, nelle sue varie porzioni, *tutte le previsioni dell'articolo 195 L.F.* onde non pare dubbio che la *sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza*, anche nel contesto di *procedura di risoluzione*, debba considerarsi resa ai sensi di quest'ultima previsione e dunque equiparata, in base all'articolo 237 L.F., alla sentenza di fallimento ai fini dell'applicazione delle disposizioni penali fallimentari.

L'articolo 36/2 d.lgs. n. 180/2015 prevede inoltre che «*le disposizioni del Titolo VI della legge fallimentare trovano applicazione anche quando lo stato di insolvenza è superato per effetto della risoluzione*». La disposizione appare stabilizzare le prospettive di praticabilità delle iniziative investigative oltre che sanzionatorie ricollegate alla consumazione dei reati fallimentari.

Nelle evenienze di insolvenze gestite con procedure di LCA o risoluzione, dunque, l'ipotesi più realistica sarà che eventuali operazioni di contenuto distrattivo o infedele, astrattamente riconducibili agli articoli 167 TUIF e 136 TUB, restino assorbite dalla applicazione dei più gravi reati previsti dagli artt. 216 e seguenti della legge fallimentare.

Se l'articolo 237, co.1, L.F. equipara la dichiarazione giudiziale di insolvenza «*a norma degli articoli 195 e 202*» alla dichiarazione di fallimento ai fini

dell'applicabilità delle disposizioni penali fallimentari, occorre anche di tenere in conto che l'attuale <<previsione legislativa sintetica, in luogo di quella precedente, analitica nei molteplici rinvii alle singole norme incriminatrici, comporta che l'interprete verifichi l'effettiva possibilità del rinvio, tenendo conto delle peculiarità e modalità obiettive e soggettive delle diverse fattispecie penali. Il rinvio peraltro deve intendersi effettuato a quelle tra esse soltanto che risultino applicabili in rapporto alle diverse situazioni che si possono effettivamente verificare nell'ambito della procedura di liquidazione coatta>> (Cass., V, 9724/2004)³³.

³³ Secondo la Cassazione «la previsione incriminatrice di cui all'art. 220 legge fallimentare che prevede l'obbligo di procedere al deposito dei bilanci e delle scritture contabili non si applica all'imprenditore soggetto a liquidazione coatta amministrativa, sia che si abbia riguardo alla disciplina previgente alla novella introdotta con decreto legislativo n. 270 del 1999, sia che si abbia riguardo alla nuova regolamentazione della materia introdotta con il nuovo testo dell'art. 237 legge fallimentare». In motivazione la Corte ha osservato: «L'art. 237, vecchio testo, rendeva applicabili all'imprenditore in caso di liquidazione coatta amministrativa le disposizioni degli artt. 220 e 226. L'art. 220 considera varie condotte illecite del fallito, tra cui la mancata osservanza degli obblighi imposti dall'art. 16 n. 3 l. fall., vale a dire il deposito dei bilanci e delle scritture contabili nelle 24 ore dalla pronuncia della sentenza dichiarativa di fallimento. Tale norma non è peraltro applicabile alla liquidazione coatta amministrativa. Com'è noto, la procedura si apre con il provvedimento ministeriale che dispone la liquidazione coatta, provvedimento che può precedere o seguire, giusta il disposto degli artt. 195 e 202 l. fall., l'accertamento giudiziale dello stato d'insolvenza. La sentenza che accerta lo stato d'insolvenza non contiene l'ordine di deposito dei bilanci e delle scritture contabili, come si evince chiaramente dal disposto degli artt. 195 e 202 ora citati. D'altra parte neppure il provvedimento che dispone la liquidazione coatta contiene siffatto ordine ne' esso discende dalla disciplina degli effetti del provvedimento quali sono regolati dagli artt. 200 e ss. l. fall. Si deve dunque concludere, come sempre rilevato dalla dottrina, che il rinvio dell'art. 237, vecchio testo, all'art. 220 si riferiva ad altre condotte del fallito punite dalla norma incriminatrice, ma non al mancato deposito delle scritture contabili, non sussistendo una norma da cui si potesse ricavare l'obbligo del fallito, ed in caso di società, degli amministratori, di procedere al deposito nelle 24 ore dalla pronuncia del decreto che dispone la liquidazione coatta ovvero della sentenza che accerta lo stato d'insolvenza. Né risultava un obbligo, penalmente sanzionato, dell'imprenditore in liquidazione coatta amministrativa di procedere al deposito su richiesta del commissario liquidatore».

§.4. GESTIONE INFEDELE

§.4.1. LA NORMA ED IL BENE GIURIDICO

Ai sensi dell'articolo 167 del d.lgs. n. 58/1998³⁴, «salvo che il fatto costituisca reato più grave, chi, nella prestazione del servizio di gestione di portafogli o del servizio di gestione collettiva del risparmio, in violazione delle disposizioni regolanti i conflitti di interesse, pone in essere operazioni che arrecano danno agli investitori, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, è punito con l'arresto da sei mesi a tre anni e con l'ammenda da euro cinquemilacentosessantacinque a euro centotremiladuecentonovantuno».

La disposizione costituisce la riproposizione, in chiave estensiva, dei contenuti dell'articolo 38³⁵ della legge n. 415/1996 (c.d. decreto Eurosim³⁶), ovvero della prima forma di infedeltà patrimoniale che ha trovato ingresso nell'ordinamento penale italiano.

Il rilievo del danno nella struttura della previsione rivela in termini sufficientemente chiari che l'interesse tutelato è quello di salvaguardia del patrimonio dell'investitore e del risparmio, quali interessi collettivi che si riverberano sull'economia

§.4.2. I SOGGETTI ATTIVI

TIPICI

Gli autori tipici del delitto sono individuati con riferimento alle *funzioni* svolte, senza definizioni formalistiche. In particolare, soggetti attivi del reato possono essere coloro che *prestano il servizio (i) di gestione di portafogli o (ii) di gestione collettiva del risparmio.*

Nelle realtà imprenditoriali complesse, il riferimento deve intendersi ai soggetti preposti, con effettiva autonomia decisionale ed operativa, alle scelte gestionali nei servizi e nelle attività appena ricordate, presupposte dal reato.

LA GESTIONE DI PORTAFOGLI

La *gestione dei portafogli* (cfr. lettera d) del quinto comma dell'art. 1 del d.lgs. n. 58/1998) concreta uno dei servizi e delle attività di investimento riservate (essendone sanzionato penalmente lo svolgimento in assenza di abilitazione, ex art. 166/1 lett. a) del d.lgs. n. 58/1998) in quanto riferite a

³⁴ Così modificato dall'art. 16 del d.lgs. n. 164 del 17.9.2007.

³⁵ Art. 38 legge n. 415/1996 (Gestione infedele): «salvo che il fatto costituisca reato più grave, chi, nella gestione di portafogli di investimento, in violazione delle disposizioni regolanti i conflitti di interesse, pone in essere operazioni che arrecano danno a un investitore, al fine di procurare a se' o ad altri un ingiusto profitto, e' punito con l'arresto da sei mesi a tre anni e l'ammenda da lire dieci milioni a duecento milioni.

³⁶ Di recepimento della direttiva 93/22/CEE del 10 maggio 1993 relativa ai servizi di investimento nel settore dei valori mobiliari e della direttiva 93/6/CEE del 15 marzo 1993 relativa all'adeguatezza patrimoniale delle imprese di investimento e degli enti creditizi.

strumenti finanziari, secondo la nozione delineata dall'articolo 1, co. 2 del d.lgs. n. 58/1998³⁷.

In base all'articolo 1, comma 5-quinquies del d.lgs. n. 58/1998³⁸, per "gestione di portafogli" si intende «la gestione, su **base discrezionale e individualizzata**, di portafogli di investimento che includono uno o più **strumenti finanziari e nell'ambito di un mandato conferito dai clienti**».

L'esercizio professionale nei confronti del pubblico dei servizi e delle attività di investimento, tra le quali, come detto, è compresa la gestione dei portafogli, è riservato (art. 18/1 T.U.I.F.) alle *imprese di investimento* (le Sim e le imprese di investimento comunitarie ed extracomunitarie) ed alle *banche* (italiane, comunitarie con succursale in Italia ed extracomunitarie, autorizzate all'esercizio dei servizi o delle attività di investimento). L'articolo 18, co.2 del T.U.I.F. estende anche alle *società di gestione del risparmio* (società per azioni con sede legale e direzione generale in Italia autorizzate a prestare il servizio di gestione collettiva del risparmio) la facoltà di svolgere il servizio di gestione dei portafogli. Inoltre, in base all'art. 60, comma 4, d.lgs. n. 415/96, le società fiduciarie-SIM continuano

³⁷ Ai sensi dell'articolo 1, comma 2 del d.lgs. n. 58/1998, per "strumenti finanziari" si intendono: « a) valori mobiliari; b) strumenti del mercato monetario; c) quote di un organismo di investimento collettivo del risparmio; d) contratti di opzione, contratti finanziari a termine standardizzati («future»), «swap», accordi per scambi futuri di tassi di interesse e altri contratti derivati connessi a valori mobiliari, valute, tassi di interesse o rendimenti, o ad altri strumenti derivati, indici finanziari o misure finanziarie che possono essere regolati con consegna fisica del sottostante o attraverso il pagamento di differenziali in contanti; e) contratti di opzione, contratti finanziari a termine standardizzati («future»), «swap», accordi per scambi futuri di tassi di interesse e altri contratti derivati connessi a merci il cui regolamento avviene attraverso il pagamento di differenziali in contanti o può avvenire in tal modo a discrezione di una delle parti, con esclusione dei casi in cui tale facoltà consegue a inadempimento o ad altro evento che determina la risoluzione del contratto; f) contratti di opzione, contratti finanziari a termine standardizzati («future»), «swap» e altri contratti derivati connessi a merci il cui regolamento può avvenire attraverso la consegna del sottostante e che sono negoziati su un mercato regolamentato e/o in un sistema multilaterale di negoziazione; g) contratti di opzione, contratti finanziari a termine standardizzati («future»), «swap», contratti a termine («forward») e altri contratti derivati connessi a merci il cui regolamento può avvenire attraverso la consegna fisica del sottostante, diversi da quelli indicati alla lettera f), che non hanno scopi commerciali, e aventi le caratteristiche di altri strumenti finanziari derivati, considerando, tra l'altro, se sono compensati ed eseguiti attraverso stanze di compensazione riconosciute o se sono soggetti a regolari richiami di margini; h) strumenti derivati per il trasferimento del rischio di credito; i) contratti finanziari differenziali; j) contratti di opzione, contratti finanziari a termine standardizzati («future»), «swap», contratti a termine sui tassi d'interesse e altri contratti derivati connessi a variabili climatiche, tariffe di trasporto, quote di emissione, tassi di inflazione o altre statistiche economiche ufficiali, il cui regolamento avviene attraverso il pagamento di differenziali in contanti o può avvenire in tal modo a discrezione di una delle parti, con esclusione dei casi in cui tale facoltà consegue a inadempimento o ad altro evento che determina la risoluzione del contratto, nonché altri contratti derivati connessi a beni, diritti, obblighi, indici e misure, diversi da quelli indicati alle lettere precedenti, aventi le caratteristiche di altri strumenti finanziari derivati, considerando, tra l'altro, se sono negoziati su un mercato regolamentato o in un sistema multilaterale di negoziazione, se sono compensati ed eseguiti attraverso stanze di compensazione riconosciute o se sono soggetti a regolari richiami di margini». Ai sensi dell'articolo 1, comma 4 del d.lgs. n. 58/1998 «I mezzi di pagamento non sono strumenti finanziari. Sono strumenti finanziari ed, in particolare, contratti finanziari differenziali, i contratti di acquisto e vendita di valuta, estranei a transazioni commerciali e regolati per differenza, anche mediante operazioni di rinnovo automatico (c.d. "roll-over"). Sono altresì strumenti finanziari le ulteriori operazioni su valute individuate ai sensi dell'articolo 18, comma 5».

³⁸ Inserito dall'articolo 1 del d.lgs. n. 164 del 17.9.2007.

a prestare il servizio di gestione di portafogli d'investimento, anche mediante intestazione fiduciaria.

Per individuare le *premesse giuridiche* di possibili infedeltà gestorie delineate dalla fattispecie penale in esame, conviene rammentare che per lo svolgimento dei servizi e delle attività di investimento ed accessorie l'articolo 21 del T.U.I.F. fissa criteri generali che impongono ad esso abilitati di: a) comportarsi con *diligenza, correttezza e trasparenza*, per *servire al meglio l'interesse dei clienti* e per l'integrità dei mercati; b) *acquisire, le informazioni necessarie* dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati; c) utilizzare *comunicazioni pubblicitarie e promozionali corrette, chiare e non fuorvianti*; d) *disporre di risorse e procedure, anche di controllo interno, idonee ad assicurare l'efficiente svolgimento dei servizi e delle attività*. Si tratta di principi fondamentali, espressi dal dovere di «*servire al meglio l'interesse dei clienti*», con «*diligenza, correttezza e trasparenza*», con declinazioni sotto i diversi profili delle informazioni (preliminari e concomitanti), delle sollecitazioni e dell'efficienza dell'attività tipica, che deve essere svolta in una costante tensione pro-attiva rispetto al soddisfacimento dell'interesse dei clienti investitori.

Con particolare riferimento alle Sim, alle imprese di investimento extracomunitarie, alle Sgr, alle società di gestione armonizzate, alle banche italiane e quelle extracomunitarie, l'articolo 21, co.2 del T.U.I.F. prevede, inoltre, l'obbligo di: a) adottare ogni misura ragionevole per *identificare i conflitti di interesse* che potrebbero insorgere con il cliente o fra clienti, e di *gestirli*, anche adottando *idonee misure organizzative*, in modo da evitare che incidano negativamente sugli interessi dei clienti; b) *informare* chiaramente i clienti, prima di agire per loro conto, della natura generale e/o delle fonti dei conflitti di interesse quando le misure adottate ai sensi della lettera a) non sono sufficienti per assicurare, con ragionevole certezza, che il rischio di nuocere agli interessi dei clienti sia evitato; c) svolgere una *gestione indipendente, sana e prudente* e adottare misure idonee a salvaguardare i diritti dei clienti sui beni affidati. Nello svolgimento dei servizi le imprese di investimento, le banche e le società di gestione del risparmio possono, previo consenso scritto, agire in nome proprio e per conto del cliente.

In base all'articolo 23, co.1 T.U.I.F., i contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento, escluso il servizio di cui all'articolo 1, comma 5, lettera f), e, se previsto, i contratti relativi alla prestazione dei servizi accessori devono essere redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti³⁹.

Per la gestione di portafogli, l'articolo 24 T.U.I.F. delinea le ulteriori regole di rilievo ai fini della fattispecie penale in diretto esame: «a) *il cliente può*

³⁹ La Consob, sentita la Banca d'Italia, può prevedere con regolamento che, per motivate ragioni o in relazione alla natura professionale dei contraenti, particolari tipi di contratto possano o debbano essere stipulati in altra forma. Nei casi di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo. Secondo l'articolo 23, co.6 T.U.I.F. «*nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente nello svolgimento dei servizi di investimento e di quelli accessori, spetta ai soggetti abilitati l'onere della prova di aver agito con la specifica diligenza richiesta*».

impartire istruzioni vincolanti in ordine alle operazioni da compiere; b) il cliente può recedere in ogni momento dal contratto, fermo restando il diritto di recesso dell'impresa di investimento, della società di gestione del risparmio o della banca ai sensi dell'articolo 1727 del codice civile; c) la rappresentanza per l'esercizio dei diritti di voto inerenti agli strumenti finanziari in gestione può essere conferita all'impresa di investimento, alla banca o alla società di gestione del risparmio con procura da rilasciarsi per iscritto e per singola assemblea nel rispetto dei limiti e con le modalità stabiliti con regolamento dal Ministro dell'economia e delle finanze, sentite la Banca d'Italia e la Consob ».

LA GESTIONE COLLETTIVA DEL RISPARMIO

La gestione collettiva del risparmio (art. 1, co.1 lettera n del T.U.I.F.) «è il servizio che si realizza attraverso la gestione di Oicr e dei relativi rischi». L'Organismo di investimento collettivo del risparmio" (Oicr, ex art. 1, co.1 lettera K T.U.I.F.) è «l'organismo istituito per la prestazione del servizio di gestione collettiva del risparmio, il cui patrimonio è raccolto tra una pluralità di investitori mediante l'emissione e l'offerta di quote o azioni, gestito in monte nell'interesse degli investitori e in autonomia dai medesimi nonché investito in strumenti finanziari, crediti, inclusi quelli erogati a valere sul patrimonio dell'OICR, partecipazioni o altri beni mobili o immobili, in base a una politica di investimento predeterminata».

Anche l'articolo 32-quater, co.1 T.U.I.F. identifica una riserva di attività rispetto all'esercizio in via professionale del servizio di gestione collettiva del risparmio. Essa è riconosciuta a favore delle Sgr, delle Sicav⁴⁰, delle Sicaf⁴¹, delle società di gestione UE⁴² che gestiscono OICVM italiani⁴³, dei GEFIA UE⁴⁴ e dei GEFIA non UE⁴⁵ che gestiscono un FIA italiano⁴⁶. Il medesimo stesso articolo 32-quater, al co. 2, prevede una serie di soggetti cui non si applicano disposizioni del titolo III del T.U.I.F. (dedicato alla gestione collettiva del risparmio). Tra le attività esercitabili, l'articolo 33 T.U.I.F. annovera per le Sgr, prioritariamente, la

⁴⁰ Art. 1/1 lettera i) T.U.I.F.: "società di investimento a capitale variabile" (Sicav): l'Oicr aperto costituito in forma di società per azioni a capitale variabile con sede legale e direzione generale in Italia avente per oggetto esclusivo l'investimento collettivo del patrimonio raccolto mediante l'offerta di proprie azioni.

⁴¹ Art. 1/1 lettera i-bis) T.U.I.F.: "società di investimento a capitale fisso" (Sicaf): l'Oicr chiuso costituito in forma di società per azioni a capitale fisso con sede legale e direzione generale in Italia avente per oggetto esclusivo l'investimento collettivo del patrimonio raccolto mediante l'offerta di proprie azioni e di altri strumenti finanziari partecipativi.

⁴² Art. 1/1 lettera o-bis) "società di gestione UE": la società autorizzata ai sensi della direttiva 2009/65/CE in uno Stato dell'UE diverso dall'Italia, che esercita l'attività di gestione di uno o più OICVM.

⁴³ Art. 1/1 lettera m) "Organismi di investimento collettivo in valori mobiliari italiani" (OICVM italiani): il fondo comune di investimento e la Sicav rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva 2009/65/CE.

⁴⁴ Art. 1/1 lettera p) "gestore di FIA UE" (GEFIA UE): la società autorizzata ai sensi della direttiva 2011/61/UE in uno Stato dell'UE diverso dall'Italia, che esercita l'attività di gestione di uno o più FIA.

⁴⁵ Art. 1/1 lettera q) "gestore di FIA non UE" (GEFIA non UE): la società autorizzata ai sensi della direttiva 2011/61/UE con sede legale in uno Stato non appartenente all'UE, che esercita l'attività di gestione di uno o più FIA.

⁴⁶ Art. 1/1 lettera m-ter) "Oicr alternativo italiano" (FIA italiano): il fondo comune di investimento, la Sicav e la Sicaf rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva 2011/61/UE.

gestione del patrimonio e dei rischi degli Oicr nonché l'amministrazione e commercializzazione degli Oicr gestiti, oltre ad una serie di attività connesse e strumentali e di servizi accessori (art. 33/2 T.U.I.F.). Quanto alle Sicav ed alle Sicaf il servizio di gestione collettiva del risparmio è svolto, unitamente alle attività connesse e strumentali, in relazione al patrimonio raccolto mediante l'offerta di azioni proprie.

Le Sgr, le Sicav e le Sicaf possono *delegare* a soggetti terzi specifiche funzioni inerenti alla prestazione dei servizi riservati, senza svuotare l'attività della società, nel rispetto delle disposizioni in materia di esternalizzazione di funzioni previste in attuazione dell'articolo 6, comma 2-bis. Resta ferma la responsabilità della Sgr, della Sicav e della Sicaf nei confronti degli investitori per l'operato dei soggetti delegati.

Quali principi di comportamento e di gestione dei conflitti di interessi, l'articolo 35-decies d.lgs. n. 58/1998 prevede che «*le Sgr, le Sicav e le Sicaf che gestiscono i propri patrimoni: a) operano con diligenza, correttezza e trasparenza nel miglior interesse degli Oicr gestiti, dei relativi partecipanti e dell'integrità del mercato; b) si organizzano in modo tale da ridurre al minimo il rischio di conflitti di interesse anche tra i patrimoni gestiti e, in situazioni di conflitto, agiscono in modo da assicurare comunque un equo trattamento degli Oicr gestiti...*». Gli stessi obblighi si estendono ai GEFIA UE e GEFIA non UE che svolgono le attività previste dal comma 1 e dal capo II-ter nel territorio della Repubblica mediante stabilimento di succursali (art. 41-ter e 41-quater T.U.I.F.).

Con provvedimento della Banca d'Italia del 19 gennaio 2015 è stato emanato il «*Regolamento sulla gestione collettiva del risparmio*», che abroga e sostituisce il provvedimento dell'8 maggio 2012.

GESTORI ABUSIVI ED INFEDELI?

Secondo un primo orientamento la gestione infedele *ex art. 167 T.U.I.F.* sarebbe realizzabile solo da chi è *abilitato* al servizio ed all'attività di investimento. Con la conseguenza che i fatti di gestione infedele commessi in concomitanza con un esercizio abusivo dell'attività di intermediazione finanziaria *ex art. 166 T.U.I.F.* non integrerebbero l'ipotesi di contravvenzionale⁴⁷.

La Corte di Cassazione⁴⁸, con riferimento ad un'ipotesi di esercizio abusivo di attività di intermediazione finanziaria, per attività di servizi di investimento e di gestione collettiva del risparmio svolta senza la debita abilitazione, ha ritenuto che ove la gestione avvenga in modo infedele può determinare un'ipotesi di concorso con il delitto di truffa. La riflessione giurisprudenziale⁴⁹, in senso più generale, si è solitamente preoccupata di verificare la possibilità che il reato di esercizio abusivo di intermediazione finanziaria, quale reato di pericolo (il cui bene tutelato è il corretto

⁴⁷ In tal senso, P. SEVERINO DI BENEDETTO, *op.cit.*, p. 330; R. ZANNOTTI, *op.cit.*, p. 85; *contra*, M. CERASE, *Commento all'art. 38 del d.lg. n. 416 del 1996*, in *Leg.pen.*, 1996, p. 37, che ritiene trattarsi di reato comune.

⁴⁸ V, 31893/2007.

⁴⁹ V, 22419/2003; V, 43026/2009; II, 42085/2010.

funzionamento, nell'interesse degli investitori, dei mercati mobiliari attraverso l'opera di soggetti abilitati) concorra con quello di truffa, quale reato di danno (che si consuma con la diminuzione patrimoniale del soggetto passivo e l'arricchimento dell'agente, per mezzo di artifici e raggiri), senza affrontare *ex professo* la questione del concorso con la contravvenzione *ex art. 167 T.U.I.F.* .

Non è manca l'opinione⁵⁰ che sottolinea come il riferimento all'esercizio effettivo dell'attività operato dall'articolo 167 cit. («...nella prestazione del servizio...») autorizza a ritenervi compreso anche lo svolgimento, di fatto, da parte di soggetti non abilitati del servizio e delle attività riservate. A sostegno di tale orientamento più essere addotta anche la tecnica di individuazione dell'autore, attraverso il riferimento alle *funzioni* concretamente svolte e senza definizioni formalistiche. Tale impostazione appare coerente proprio con la prospettiva estensiva della protezione penale, volta ad evitare vuoti di tutela, in linea con analoghe previsioni definitorie. Per l'adiacente materia dei reati societari, ad esempio, si pensi all'articolo 2639 c.c., che consente di equiparare per via legislativa a colui che è investito di qualifica formale chi è tenuto a svolgere le stesse funzioni o di chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o la funzione; norma a sua volta richiamata dall'articolo 135 TUB per chi svolge funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso banche. Secondo uno schema già testato con la riforma del 1990 rispetto agli articoli 357 e 358 c.p., nei quali, parimenti, la definizione delle qualifiche soggettive penalistiche assume base oggettiva-funzionale. In altri termini, è la prestazione effettiva del servizio di gestione di portafogli o di gestione collettiva del risparmio a costituire la premessa fattuale che consente la condotta d'interesse penale e che giustifica la configurabilità della fattispecie.

§.4.3. PRESUPPOSTO DELLA CONDOTTA E COMPORTAMENTO PENALMENTE RILEVANTE

Il presupposto della condotta è l'esistenza di un *conflitto di interessi* tra gestore ed investitore-cliente, mentre il comportamento penalmente rilevante si identifica nella realizzazione di «operazioni che arrecano danno agli investitori», poste in essere nella prestazione del servizio di gestione di portafogli o di gestione collettiva del risparmio ed «in violazione delle disposizioni regolanti i conflitti di interesse»

§.4.4. CONFLITTI DI INTERESSI E VIOLAZIONE DELLE DISPOSIZIONI CHE LI REGOLANO

L'esistenza di un conflitto di interesse riveste funzione selettiva della rilevanza penale della condotta, identificando la premessa della infedeltà gestoria del risparmio e dell'investimento. Ma è la «violazione delle disposizioni regolanti il

⁵⁰ MUCCIARELLI, *La tutela penale dell'intermediazione finanziaria e della trasparenza dei mercati*, in *Studium Juris*, 1998, p. 1179.

conflitto di interessi» ad integrare appieno una delle componenti del comportamento materiale oggetto dell'incriminazione.

Le problematiche interpretative poste da tale espressione non sono trascurabili, poiché la violazione delle disposizioni che disciplinano il conflitto di interessi è imprescindibile componente della condotta. Occorre verificare l'effettiva estensione delle trasgressioni penalmente sanzionate ed acclarare, in tal senso, se la norma primaria congegnata è capace di offrirne una definizione sufficientemente precisa in maniera da rendere determinato e riconoscibile il precetto presidiato.

La lettura che ha raccolto le maggiori adesioni è attestata nel ritenere che costituisce premessa rilevante della gestione infedele *solo l'inadempimento di disposizioni deputate specificamente a regolare il conflitto di interesse* tra gestore e cliente nell'ambito dell'intermediazione finanziaria. Dunque, non la trasgressione di qualsiasi disposizione che evidenzi in concreto l'esistenza di un conflitto di interessi tra investitore e gestore⁵¹ né qualsiasi disposizione comunque sorretta da una *ratio*, anche secondaria o indiretta, di prevenzione o di soluzione dei conflitti d'interesse.

Alla scelta interpretativa prevalente conseguono rilevanti effetti di riduzione dello spazio di infedeltà presidiato dal reato. In senso contrario, per vero, può obiettarsi che la difesa della formulazione storica della locuzione in commento (*«violazione delle disposizioni regolanti i conflitti di interesse»*) e la limitazione prevalente nella riflessione giuridica si scontrano con la concreta difficoltà di distinguere «regolamentazione» e «gestione» del conflitto di interessi. Salvo ritenere che la prima (pur se provvista di portata lessicale obiettivamente più ampia) attenga all'ipotesi di conflitto insorto, riferendo alla seconda contenuti più ampi, anche preventivi. Si tratta di una distinzione seriamente problematica e contrastante con la struttura della disciplina primaria e secondaria, impostata su un procedimento di gestione anche preventivo (volto esplicitamente ad evitare e ridurre i conflitti), oltre che ad informare e comunicare l'interesse confliggente nonché a garantire un trattamento equo dell'interesse dei clienti.

In proposito, si ritiene più coerente con l'espressione letterale e il significato sistematico della previsione che a venire in rilievo siano le *regole rivolte a identificare, informare, evitare e, ove non ovviabile, a gestire trasparentemente e con equo trattamento* le situazioni di conflitto di interessi nel settore dell'intermediazione finanziaria.

Tra le disposizioni specificamente dedicate alla regolamentazione del conflitto rilevante paiono annoverabili le norme in materia di conflitto d'interesse contenute nel T.U.I.F. nonché le relative disposizioni emanate dalla Consob.

Per le prime il pensiero corre agli *artt. 21 comma 1- bis e 35-decies, co.1 lettere a) e b) del T.U.I.F.*, che fissano i criteri generali nella prestazione di servizi di investimento e le regole di comportamento per le società di gestione del risparmio. In particolare, ai sensi dell'articolo 21, co.1 bis del T.U.I.F. *«nella*

⁵¹ FOFFANI, *L'infedeltà patrimoniale nel diritto penale dell'intermediazione finanziaria*, p.363 .

prestazione dei servizi e delle attività di investimento e dei servizi accessori, le Sim, le imprese di investimento extracomunitarie, le Sgr, le società di gestione armonizzate, gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco previsto dall'articolo 107 del testo unico bancario, le banche italiane e quelle extracomunitarie: a) adottano ogni misura ragionevole per **identificare i conflitti di interesse** che potrebbero insorgere con il cliente o fra clienti, e **li gestiscono, anche adottando idonee misure organizzative, in modo da evitare che incidano negativamente sugli interessi dei clienti;** b) **informano chiaramente** i clienti, prima di agire per loro conto, della natura generale e/o delle fonti dei conflitti di interesse quando le misure adottate ai sensi della lettera a) non sono sufficienti per assicurare, con ragionevole certezza, che il rischio di nuocere agli interessi dei clienti sia evitato». L'articolo 35-decies, co.1 lettere a) e b) del T.U.I.F. fissa regole di comportamento per le Sgr, le Sicav e le Sicaf che gestiscono i propri patrimoni, disponendo che esse: «a) operano con diligenza, correttezza e trasparenza nel miglior interesse degli Oicr gestiti, dei relativi partecipanti e dell'integrità del mercato; b) si organizzano in modo tale da ridurre al minimo il rischio di conflitti di interesse anche tra i patrimoni gestiti e, in situazioni di conflitto, agiscono in modo da assicurare comunque un equo trattamento degli Oicr gestiti». Tali prescrizioni, come i loro antecedenti storici⁵², erano state riconosciute provviste di *significativa portata definitoria* anche ai fini dell'art. 167 T.U.I.F. , assumendosi coerente con la logica della legislazione in materia bancaria e finanziaria che fosse demandato alla sede amministrativa il più concreto contenuto della regolamentazione.

In tal senso si segnalavano il *regolamento Consob* - emanato in vigore del d.lgs. n. 415/96 - con *deliberazione n. 10943 del 30 settembre 1997*, relativo solo ai servizi di investimento e, quindi, alla gestione di portafogli. L'art. 4 del citato regolamento prevedeva il divieto di effettuare operazioni con o per conto della propria clientela in presenza di un interesse (diretto o indiretto) in conflitto; il divieto era superabile previo consenso formale del cliente che doveva essere preventivamente informato sulla natura e l'estensione dell'interesse dell'intermediario nell'operazione.

La previsione veniva confermata dal *Regolamento Consob del 1° luglio 1998* concernente la disciplina degli intermediari (art. 27) che, in materia di conflitti d'interessi nel servizio di gestione di portafogli, affiancava all'obbligo di consenso del cliente anche la fissazione di talune soglie quantitative, in ragione del portafoglio del cliente, per gli strumenti finanziari relativi ad operazioni in conflitto effettuate nel rispetto del citato art. 27 (art. 45). Con riguardo alle gestioni collettive, disposizioni significative per la materia del conflitto d'interesse erano individuate nella normativa emanata dalla Banca d'Italia con riguardo ai fondi comuni di investimento mobiliare⁵³. Nel contesto di tale normativa venivano, tra l'altro, posti limiti di investimento in rapporto alle attività del fondo per i titoli emessi da società del gruppo di appartenenza (15%);

⁵² Cfr. prevalenti formulazioni degli artt. 21 comma 1 lett. c) e 40 comma 1 lett. b) T.U.I.F.

⁵³ Cfr. le «Istruzioni di vigilanza per gli organismi di investimento collettivo del risparmio», Circolare n. 188 del 21 ottobre 1993 e successivi aggiornamenti.

più stringente era, poi, il limite per l'investimento in azioni emesse dalle società controllanti la società di gestione (2% del capitale di ciascuna delle società controllanti), a condizione che per le azioni non fosse esercitato il diritto di voto. Altre prescrizioni attenevano, infine, ai limiti di impegno per le società di gestione nelle operazioni di collocamento o distribuzione di valori mobiliari operate da società del gruppo.

Nel *Regolamento Consob del 1° luglio 1998* (relativo alle società di gestione del risparmio ed alle SICAV) in materia di operazioni in conflitto d'interessi (diretto o indiretto) l'art. 49 prevedeva la condizione dell'«equo trattamento» degli OICR e l'obbligo di illustrare nel prospetto informativo le fonti di reddito per la società, diverse dalle commissioni gestionali. L'art. 56 stabiliva che le procedure interne, «anche al fine di ridurre al minimo il rischio di conflitti d'interesse», dovevano essere idonee ad evitare scambi di informazioni con altri settori dell'organizzazione (da mantenere separati ai sensi dell'art. 6 comma 1 lett. a) T.U.I.F.) ovvero con altre società del gruppo.

Il Regolamento concernente la disciplina degli intermediari adottato dalla Consob con delibera n. 11522 del 1° luglio 1998, dopo successive modifiche⁵⁴, è stato da ultimo sostituito dal *Regolamento adottato dalla Consob con delibera n. 16190 del 29 ottobre 2007*, successivamente interessato da modifiche (con delibere n. 16736 del 18 dicembre 2008, n. 17581 del 3 dicembre 2010 e n. 18210 del 9 maggio 2012). Sempre il 29.10.2007 è stato emanato il *Regolamento in materia di organizzazione e procedure degli intermediari che prestano servizi di investimento o di gestione collettiva del risparmio*, adottato dalla Banca d'Italia e dalla Consob con provvedimento successivamente modificato con atti congiunti Banca d'Italia/Consob del 9 maggio 2012, del 25 luglio 2012 e del 19 gennaio 2015 (d'ora in poi Regolamento congiunto).

Il tema dell'individuazione, informazione e gestione del conflitto di interessi ha assunto un ruolo centrale nella regolamentazione secondaria indicata, per la disciplina degli obblighi dei soggetti abilitati in materia di gestione dei conflitti di interesse, potenzialmente pregiudizievoli per i clienti, ex art. 6, comma 2-bis, lett. l), T.U.I.F.. Nel regolamento da ultimo ricordato, infatti, l'intera Terza parte è dedicata alla disciplina dei conflitti di interessi.

Più in dettaglio, l'articolo 23 del Regolamento congiunto fissa alcuni *principi generali*, riprendendo, in termini più organici, il testo normativo primario sopra censito e l'esperienza regolamentare precedente.

Gli intermediari sono tenuti ad adottare ogni misura ragionevole per *identificare* i conflitti di interesse che potrebbero insorgere con il cliente o tra clienti, al momento della prestazione di qualunque servizio e attività di investimento o servizio accessorio o di una combinazione di tali servizi. A tal fine, in relazioni ai conflitti di interessi che potrebbero danneggiare quelli di un cliente, gli intermediari (articolo 24 Regolamento congiunto) considerano la ricorrenza, quale criterio minimo, delle seguenti situazioni a seguito della

⁵⁴ Adottate con le 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.

prestazione di servizi, ovvero se essi, un soggetto rilevante o un soggetto avente con essi un legame di controllo, diretto o indiretto: a) possano realizzare un guadagno finanziario o evitare una perdita finanziaria, a danno del cliente; b) siano portatori di un interesse nel risultato del servizio prestato al cliente, distinto da quello del cliente medesimo; c) abbiano un incentivo a privilegiare gli interessi di clienti diversi da quello a cui il servizio è prestato; d) svolgano la medesima attività del cliente; e) ricevano o possano ricevere da una persona diversa dal cliente, in relazione con il servizio a questi prestato, un incentivo, sotto forma di denaro, beni o servizi, diverso dalle commissioni o dalle competenze normalmente percepite per tale servizio.

In presenza di sussistenti conflitti (art. 23, co. 2 Regolamento congiunto) gli intermediari devono *gestirli anche adottando idonee misure organizzative* e assicurando che l'affidamento di una pluralità di funzioni ai soggetti rilevanti⁵⁵ impegnati in attività che implicano un conflitto di interessi non impedisca loro di agire in modo indipendente, così da evitare che tali conflitti incidano negativamente sugli interessi dei clienti. Ai sensi dell'articolo 25 del Regolamento congiunto, gli intermediari sono tenuti a formulare per iscritto, ad applicare e a mantenere un'efficace politica di gestione dei conflitti di interesse in linea con il principio di proporzionalità. Tale politica deve tenere, altresì, conto delle circostanze, di cui gli intermediari sono o dovrebbero essere a conoscenza, connesse con la struttura e le attività dei soggetti appartenenti al proprio gruppo (art. 25/1 Regolamento congiunto). Tale politica di gestione dei conflitti di interesse deve: a) consentire di individuare, in relazione ai servizi e alle attività di investimento e ai servizi accessori prestati, le circostanze che generano o potrebbero generare un conflitto di interesse idoneo a ledere gravemente gli interessi di uno o più clienti; b) definire le procedure da seguire e le misure da adottare per gestire tali conflitti (art. 25/2 Regolamento congiunto) in maniera da garantire che i soggetti rilevanti impegnati in varie attività che implicano un conflitto di interesse idoneo a ledere gravemente gli interessi di uno o più clienti, svolgano tali attività con un grado di indipendenza appropriato, tenuto conto delle dimensioni e delle attività dell'intermediario e del suo gruppo nonché della rilevanza del rischio che gli interessi del cliente siano danneggiati (art. 25/3). Per garantire l'indipendenza appena ricordata, gli intermediari adottano, laddove appropriato, *misure e procedure* volte a: a) impedire o controllare lo scambio di informazioni tra i soggetti rilevanti coinvolti in attività che comportano un

⁵⁵ Articolo 2, co.1 lettera r del regolamento: "soggetto rilevante": il soggetto appartenente a una delle seguenti categorie: (i) i componenti degli organi aziendali, soci che in funzione dell'entità della partecipazione detenuta possono trovarsi in una situazione di conflitto di interessi, dirigenti o promotori finanziari dell'intermediario; (ii) dipendenti dell'intermediario, nonché ogni altra persona fisica i cui servizi siano a disposizione e sotto il controllo dell'intermediario e che partecipino alla prestazione di servizi di investimento e all'esercizio di attività di investimento da parte del medesimo intermediario; (iii) persone fisiche che partecipino direttamente alla prestazione di servizi all'intermediario sulla base di un accordo di esternalizzazione avente per oggetto la prestazione di servizi di investimento e l'esercizio di attività di investimento da parte del medesimo intermediario.

rischio di conflitto di interesse, quando lo scambio di tali informazioni possa ledere gli interessi di uno o più clienti; b) garantire la vigilanza separata dei soggetti rilevanti le cui principali funzioni coinvolgono interessi potenzialmente in conflitto con quelli del cliente per conto del quale un servizio è prestato; c) eliminare ogni connessione diretta tra le retribuzioni dei soggetti rilevanti che esercitano in modo prevalente attività idonee a generare tra loro situazioni di potenziale conflitto di interesse; d) impedire o limitare l'esercizio di un'influenza indebita sullo svolgimento, da parte di un soggetto rilevante, di servizi o attività di investimento o servizi accessori; e) impedire o controllare la partecipazione simultanea o successiva di un soggetto rilevante a distinti servizi o attività di investimento o servizi accessori, quando tale partecipazione possa nuocere alla gestione corretta dei conflitti di interessi (art. 25/4 Regolamento congiunto). Nel caso in cui tali misure e procedure non assicurino l'indipendenza richiesta, gli intermediari adottano le misure e procedure alternative o aggiuntive necessarie e appropriate a tal fine (art. 25/5 Regolamento congiunto).

Ad ogni modo, quando tali misure non sono sufficienti per assicurare, con ragionevole certezza, che il rischio di nuocere agli interessi dei clienti sia evitato, gli intermediari *informano* chiaramente i clienti, prima di agire per loro conto, della natura e/o delle fonti dei conflitti affinché essi possano assumere una decisione informata sui servizi prestati, tenuto conto del contesto in cui le situazioni di conflitto si manifestano (art. 23/3 Regolamento congiunto). Viene altresì definita la forma con cui tali informazioni devono essere fornite, richiedendo un supporto duraturo e un grado di dettaglio sufficiente, considerata la natura del cliente (*ex a.* 23/4 Regolamento congiunto).

Viene codificato l'obbligo a carico degli intermediari di istituire anche un *registro* (art. 26 Regolamento congiunto), da mantenere aggiornato, e sul quale riportare, annotando i tipi di servizi di investimento o accessori o di attività di investimento interessati, le situazioni nelle quali sia sorto, o, nel caso di un servizio o di un'attività in corso, possa sorgere un conflitto di interessi che rischia di ledere gravemente gli interessi di uno o più clienti.

L'articolo 28 del Regolamento congiunto definisce *regole aggiuntive per i conflitti di interessi nella produzione e divulgazione di ricerche in materia di investimenti*, con riferimento a quelle che raccomandano o suggeriscono, esplicitamente o implicitamente, una strategia di investimento, riguardante uno o più strumenti finanziari o gli emittenti di strumenti finanziari, compresi i pareri sul valore o il prezzo attuale o futuro di tali strumenti, destinate a canali di divulgazione o al pubblico, ove tali ricerche o informazioni: a) vengano qualificate o descritte come ricerca in materia di investimenti o con termini analoghi, o vengano presentate come una spiegazione obiettiva o indipendente delle questioni oggetto della raccomandazione; b) non costituiscano prestazione del servizio di consulenza in materia di investimenti. Gli intermediari che producono o dispongono la produzione di ricerche in materia di investimenti, che sono o potranno essere divulgate ai loro clienti o al pubblico sotto la loro responsabilità o sotto la responsabilità di un membro del loro gruppo, assicurano l'adozione di tutte le misure di cui all'articolo 25, commi 3, 4 e 5 cit., in relazione

agli analisti finanziari coinvolti nella produzione delle ricerche che si trovano in situazione di potenziale conflitto di interessi con coloro ai quali le ricerche sono divulgate⁵⁶.

Quanto alla disciplina dei conflitti di interesse rispetto ai soggetti che prestano servizi di gestione collettiva del risparmio, il Regolamento congiunto del 29.10.2007 in materia di organizzazione e procedure degli intermediari che prestano servizi di investimento o di gestione collettiva del risparmio opera molteplici richiami alle previsioni del regolamento delegato (UE) n. 231/2013 della Commissione del 19 dicembre 2012 che integra la direttiva 2011/61/UE del Parlamento europeo e del Consiglio⁵⁷, definendo le situazioni che possono far sorgere un conflitto di interessi rilevante (art. 46/1) e la relativa disciplina (art. 46/2), declinando i doveri di identificazione, gestione ed informazione (art. 46/3), comunicazione (art. 47) e monitoraggio (art. 49).

Come è agevole rilevare all'esito di questa panoramica, il reato risulta consumato anche attraverso la violazione di prescrizioni di natura amministrativa, con contenuti specificativi ma anche integrativi di norme primarie, di tenore obiettivamente più programmatico e generale. Tale situazione ha condotto a ritenere configurabile l'art. 167 T.U.I.F., almeno in parte, quale norma penale in bianco e a porne in discussione la tenuta costituzionale.

⁵⁶ Art. 28/2: «Gli intermediari di cui al comma 1 adottano procedure volte ad assicurare che: a) gli analisti finanziari e gli altri soggetti rilevanti non realizzino operazioni personali o eseguano ordini, relativi a strumenti finanziari oggetto di ricerca in materia di investimenti o ad essi correlati, ad eccezione di ordini non sollecitati. Gli analisti finanziari e gli altri soggetti rilevanti sono sottoposti al divieto di cui al paragrafo precedente se hanno conoscenza dei tempi o del contenuto probabili della ricerca in questione e tali notizie non sono accessibili al pubblico o ai clienti e non possono essere facilmente dedotte dalle informazioni disponibili, fino a quando i destinatari della ricerca in materia di investimenti non abbiano avuto ragionevolmente la possibilità di agire sulla base di tale ricerca; b) in ogni caso, gli analisti finanziari e gli altri soggetti rilevanti coinvolti nella produzione di ricerche in materia di investimenti non realizzino operazioni personali relative a strumenti finanziari oggetto della ricerca o ad essi correlati, che siano contrarie alle raccomandazioni correnti, salvo che in circostanze eccezionali e con la preventiva autorizzazione della funzione di controllo di conformità; c) essi, gli analisti finanziari e gli altri soggetti rilevanti coinvolti nella produzione di ricerche in materia di investimenti non accettino incentivi da parte di persone aventi un interesse significativo nell'oggetto della ricerca in materia di investimenti, fatta eccezione per incentivi di modico valore, comunque inferiore a quanto specificamente indicato nella politica di gestione dei conflitti di interesse di cui all'articolo 25; d) essi, gli analisti finanziari e gli altri soggetti rilevanti coinvolti nella produzione di ricerche in materia di investimenti non promettano trattamenti di favore agli emittenti degli strumenti finanziari; e) soggetti diversi dagli analisti finanziari, inclusi gli emittenti, non siano autorizzati ad esaminare, prima della diffusione delle ricerche in materia di investimenti, le relative bozze, per verificare l'accuratezza delle asserzioni fattuali contenute in tale ricerca o per fini diversi dalla mera verifica del rispetto degli obblighi regolamentari, nel caso in cui le bozze contengano una raccomandazione o un prezzo di riferimento. 3. Il comma 1 del presente articolo non si applica agli intermediari che divulgano al pubblico o ai propri clienti una ricerca in materia di investimenti prodotta da terzi a condizione che: a) il soggetto che produce la ricerca in materia di investimenti non appartenga al proprio gruppo; b) gli intermediari non modifichino in modo rilevante le raccomandazioni contenute nella ricerca in materia di investimenti; c) gli intermediari non presentino la ricerca in materia di investimenti come propria; d) gli intermediari verifichino che l'autore della ricerca sia sottoposto ad obblighi equivalenti a quelli previsti dal presente Regolamento».

⁵⁷ In particolare risultano richiamati gli articoli 30, 31, 33, 34, 35, 63 del Regolamento delegato (UE) n. 231/2013.

Dissentendo da quest'ultima lettura, è stata sottolineata l'impossibilità di richiamare la sola presenza di una situazione di conflitto d'interessi (il presupposto della condotta), atteso che la normativa, anche amministrativa, non esclude la possibilità, a determinate condizioni, di operare legittimamente in tale situazione.

Quanto al difetto di certezza e di determinatezza del precetto, è stato anche rilevato che «*si tratta di regolamenti pubblicati, a norma dell'art. 3 comma 3 T.U.I.F. sulla Gazzetta Ufficiale e, soprattutto, diretti ad operatori professionali*»⁵⁸. Né si vede perché si debba far ricorso ai contenuti delle norme regolamentare quando l'articolo 21 del T.U.I.F. esprime, sia pure in forma programmatica e più generale, gli stessi contenuti. Rilievo interpretativo che in parte collide con i contenuti della regolamentazione secondaria. Può forse aggiungersi che il Regolamento congiunto 29.10.2007 opera molteplici ed integrali richiami alle previsioni del Regolamento delegato (UE) n. 231/2013 della Commissione del 19 dicembre 2012, provvedimento come tale *obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri* (ex a. 288 TFUE).

Inoltre, un ulteriore aspetto che impedirebbe di ritenere che la fattispecie si configuri quale mera sanzione dell'inosservanza di precetti amministrativi, il suo solido ancoraggio «*agli elementi del danno patrimoniale e del dolo specifico di profitto ingiusto*»⁵⁹. La necessità del danno, che connota la fattispecie quale forma di infedeltà patrimoniale, eviterebbe che la figura si collochi in una posizione troppo avanzata di tutela⁶⁰. Il danno, quindi, si pone come forte elemento di distinzione dall'illecito amministrativo consistente nella mera violazione delle disposizioni in materia di conflitto d'interessi; in tale caso viene infatti a rendersi applicabile la sanzione amministrativa prevista dall'art. 190 T.U.I.F. (prevista sia per la violazione degli articoli 21 e 35-decies che per la mancata osservanza delle disposizioni generali o particolari emanate dalla Banca d'Italia o dalla Consob in base all'articolo 6).

La natura contravvenzionale dell'illecito penale, infine, preclude la configurabilità nella forma tentata ex a. 56 c.p.. Ciò ostacola altresì la possibilità di recuperarne la valenza di presidio penale contro condotte di mera trasgressione delle disposizioni in esame.

§.4.5. OPERAZIONI CHE ARRECANO DANNO AGLI INVESTITORI

La condotta, oltre che nella trasgressione delle disposizioni che regolano il conflitto di interessi, deve concretarsi in «*operazioni che arrecano danno agli investitori*».

⁵⁸ DONATO, L'infedeltà patrimoniale nell'attività creditizia e nella gestione del risparmio, in Cass. pen. 1999, 09, 2694.

⁵⁹ DONATO, op.cit..

⁶⁰ Secondo SEVERINO DI BENEDETTO (Commento all'art. 38, in La disciplina degli intermediari e dei mercati, a cura di F. CAPRIGLIONE, Cedam, 1997 p. 327, p. 331) in tal modo si elimina «*il rischio di pericolose anticipazioni della soglia di intervento penale ad una fase meramente prodromica alla effettiva lesione dell'interesse tutelato attraverso la creazione di reati meramente formali e di pericolo*».

Il danno deve avere natura *patrimoniale*, importando pregiudizio per l'investimento, in termini di capitale o di redditività, nelle forma del *danno emergente* (perdita subita) o del *lucro cessante* (minor rivalutazione dell'investimento rispetto alle possibilità offerte da una diversa scelta operativa)⁶¹.

Non pare dubbio che il danno possa avere anche carattere solo individuale, atteso che l'espressione «investitori» risulta descrittiva della categoria di danneggiati e priva di valenza definitoria dell'estensione del pregiudizio o della pluralità dei soggetti cui lo stesso è riferibile.

L'evento di danno, dunque, oltre a chiarire la natura patrimoniale dell'interesse tutelato dell'investitore, *tipizza la condotta*. Sono penalmente rilevanti solo le infedeltà gestorie rivelatesi concretamente in grado di arrecare pregiudizi patrimoniali all'investitore.

In proposito, la scelta del legislatore, salutata dal favore di chi vi ha colto l'espressione di una logica contenitiva della repressione in ambito penale, non è restata indenne da critiche.

E' stato segnalato, infatti, che nell'attesa del verificarsi dell'evento di danno la fattispecie non risulta in grado di contrastare prestazioni di servizi di investimento sistematicamente ed deliberatamente trasgressive di regole di contenimento del rischio e delle garanzie della clientela. In dipendenza di questa scelta di politica criminale, la repressione di alcune delle infedeltà gestorie risulta sistematicamente tardiva, dunque vana ed inconsistente, specie in corrispondenza dell'emergere dell'irrimediabile dissesto dell'intermediario⁶².

Si tratta di condotta comunemente considerata *commissiva* ed *eventualmente abituale*, potendo derivare anche da un'unica operazione. La natura commissiva è rivelata dall'impiego delle espressioni "*operazioni*", le quali assumono rilievo in quanto realizzate («*poste in essere*») nel contesto della prestazione «del servizio di gestione di portafogli o di gestione collettiva del risparmio». Si tratta di termini cui difficilmente possono associarsi *mere omissioni*.

Anche tale scelta delimitativa costituisce lacuna grave rispetto alla effettiva efficacia della fattispecie di proteggere l'investitore, atteso che proprio scelte omissive, anche di natura informativa, realizzate trasgredendo le disposizioni regolanti il conflitto di interessi, possono costituire premessa e causa di danni del cliente.

§.4.6. DOLO SPECIFICO

L'elemento psicologico della contravvenzione si connota, almeno in apparenza, per una duplice componente.

Occorre, anzitutto, la coscienza di trovarsi in una situazione di conflitto d'interessi, con la consapevolezza e volontà di realizzare un'operazione che arreca pregiudizio all'investitore, compiuta trasgredendo le disposizioni che

⁶¹ PEDRAZZI, Mercati finanziari, in Digesto disc. Pen..

⁶² L. FOFFANI, Diritto penale della banca, del mercato mobiliare e finanziario.

regolano il conflitto di interessi. Per questa parte, dunque, viene in rilievo un *dolo generico*. Sennonché, è necessario anche che la volontà dell'autore si orienti finalisticamente verso il conseguimento, per sé od altri, di un ingiusto profitto, proprio attraverso la trasgressione cosciente e voluta delle disposizioni regolanti il conflitto di interesse e l'operazione pregiudizievole che la prima precede ed accompagna.

Invero, disarticolare le diverse componenti interessate dall'elemento soggettivo appare impresa problematica, atteso che la finalità si esprime proprio attraverso l'operazione infedele, anzi assumendone la sostanza. Sembra di dover riconoscere, infatti, che la componente finalistica dell'elemento soggettivo in esame pervade e qualifica ulteriormente la stessa operazione dannosa e, prima, la violazione delle disposizioni in materia di conflitto d'interessi, componente quest'ultima che, come tale, potrebbe risultare ancora collegata ad logica di pericolo, non essendo inevitabile che l'operazione in conflitto d'interesse sia fonte di ingiusta sproporzione patrimoniale dei risultati economici per le due parti.

È stato anche osservato che la componente del dolo che vale a connotarlo come specifico, alla prova dei fatti, non ha un'autentica funzione selettiva, nel contesto di una fattispecie che esige comunque il consapevole e volontario perseguimento di un *interesse incompatibile* con quello del titolare del patrimonio gestito⁶³. L'ingiustizia del profitto (per l'autore o il terzo diverso dall'investitore danneggiato) appare, quindi, oggettivamente necessitata dal contesto conflittuale da cui muove l'operazione.

Non è mancato chi, anche scomponendo l'elemento soggettivo, ha ritenuto la compatibilità del *dolo specifico* dell'illecito *ex a.* 167 TUIF (diverso da quello intenzionale del delitto *ex art.* 2634 c.c.) con il *dolo eventuale* in presenza di gestore che agisca al fine di conseguire ingiusto profitto, avendo solo accettato il rischio, senza averne la certezza, che l'operazione cagioni danni all'investitore⁶⁴. Si tratta di posizione che collide con l'insegnamento della giurisprudenza, poco propensa sin qui a riconoscere la compatibilità dei due concetti. La Corte regolatrice, in particolare, ha ritenuto stabilmente che la strutturale intenzionalità finalistica della condotta tipica rende incompatibile la forma del dolo eventuale, che postula l'accettazione solo in via ipotetica, seppure avverabile, del conseguimento di un risultato⁶⁵.

§.4.7. RAPPORTI CON ALTRE FATTISPECIE PENALI

Come per altre norme penali del settore bancario e finanziario, la gestione infedele *ex art.* 167 T.U.I.F. è introdotta dalla clausola di sussidiarietà, in virtù

⁶³ FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa*, Giuffrè, 1997, p. 553.

⁶⁴ ZANNOTTI, *Gestione infedele*, in Testo Unico della Finanza, cit., 794.

⁶⁵ Si vedano: con riferimento al reato di cui all'art. 285 c.p., Cass. II, n. 25436 del 06/06/2007, P.G. in proc. Lauro, Rv. 237153; con riferimento al reato di cui all'art. 422 c.p., Sez. 1, n. 5914 del 29/01/1990, Cicuttini, Rv. 184126; Sez. 1[^], n. 11074 del 05/07/1998, Capone, Rv. 179714); con riferimento al delitto di illecito trattamento dei dati personali, Cass., III, n. 3683/2014.

della quale l'illecito penale è configurabile «salvo che il fatto costituisca reato più grave».

La natura contravvenzionale dell'illecito penale ne determina la "soccumbenza" rispetto alla più parte delle fattispecie delittuose rispetto alle quali la condotta evidenzia le più frequenti contiguità. A seguire se ne offre una rapida panoramica delle più frequenti relazioni.

§.4.7.1. APPROPRIAZIONE INDEBITA

Si è in precedenza esaminata la configurabilità del reato comune in corrispondenza di condotte distrattive dei valori altrui posseduti nell'ambito dell'attività bancaria. Con la precisazione che in talune evenienze il soggetto passivo va individuato, in ragione del regime giuridico del trasferimento della proprietà dei beni monetari versati su conti correnti, nell'ente bancario e non nel cliente depositante, titolare del mero diritto di credito alla restituzione (rimborso) di somme equivalenti a quelle consegnate.

E' sicuramente l'ipotesi distrattiva quella che pone le maggiori problematiche all'individuazione di una esatta linea di demarcazione tra gli illeciti penali in esame, con la precisazione che la potenziale sovrapposizione opera nella misura in cui le condotte abbiano riguardo a «strumenti finanziari».

Appare condivisibile l'opinione che individua il criterio distintivo, più che nella mancata restituzione del bene affidato (evento verificabile anche nella contravvenzione ex art. 167 T.U.I.F.), nelle modalità della gestione, riconoscendola *infedele* in presenza di *operazioni anomale*, trasgressive delle norme regolanti i conflitti di interessi, nel senso chiarito. Si consideri il caso di impiego del risparmio gestito per l'acquisto di titoli, a prezzi esorbitanti rispetto a quelli di mercato, non agevolmente liquidabili ed emessi da società cui l'amministratore è legato da vincoli partecipativi o professionali. Situazione non assimilabile a quella, nitidamente appropriativa, del trasferimento senza consenso di somme di denaro da un conto ad un altro, diversamente intestato, per compensare perdite.

Ad accrescere il carattere problematico di questa distinzione concorre anche un ulteriore aspetto. Vi sono certo evenienze in cui il cliente si vale della facoltà di impartire «*istruzioni vincolanti in ordine alle operazioni da compiere*» (ex art. 24/1 lett. a T.U.I.F.), ma la gestione di portafogli, pur «*nell'ambito di un mandato conferito dai clienti*», è obiettivamente e normativamente connotata da una «*base discrezionale ed individualizzata*», in coerenza con un esercizio professionale, strumentale all'assolvimento del dovere (art. 21/1 lett. a T.U.I.F.) di «*comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati*». Proprio i connotati della discrezionalità e individualità differenziano il contratto di gestione dalle altre tipologie di contratti d'intermediazione finanziaria.⁶⁶

⁶⁶ La Corte di legittimità (Cass. Civ., II, 12479/2007) ha avuto modo di affermare che si ha gestione patrimoniale ove siano *presenti* gli elementi del mandato e dello svolgimento su base discrezionale e individualizzata, mentre ove essi difettino se ne esorbita.

Il carattere di autonomia non difetta neanche nel servizio di gestione collettiva del risparmio; ciò, in associazione con il carattere anche aleatorio degli impieghi, rende oltre modo complicato individuare margini fermi di distrazioni di rilievo penale e dunque di presidiare per questa via gestioni infedeli, con operazioni pregiudizievoli, realizzate al di fuori della trasgressione di disposizioni regolanti il conflitto di interessi.

§.4.7.2.REATI FALLIMENTARI

Si richiama quanto esposto in precedenza circa il normale assorbimento di eventuali gestioni infedeli, astrattamente riconducibili all'articolo 167 TUIF, nei più gravi reati previsti dagli artt. 216 e seguenti della legge fallimentare.

§.4.7.3.TRUFFA

Altra fattispecie contigua alla gestione infedele *ex art. 167 T.U.I.F.* è la truffa.

La Cassazione ha di recente affermato che integra il reato di truffa, e non quello di gestione infedele, colui che, nella prestazione del servizio di gestione di portafogli di investimento su base individuale, o del servizio di gestione collettiva del risparmio, in violazione delle disposizioni regolanti i conflitti di interesse, ponga in essere, con raggiri ed artifici, operazioni che arrecano danno agli investitori, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto⁶⁷. La Corte regolatrice ha osservato che la fattispecie delle gestione infedele è in rapporto di specialità reciproca con quella della truffa: elemento comune alle due figure è il fatto dannoso per la vittima e posto in essere per il vantaggio del reo o di terzi; elementi differenziatori sono, per contro, il carattere proprio del reato di gestione infedele (realizzabile solo dall'operatore finanziario in conflitto di interessi) a fronte del carattere comune del reato di truffa (realizzabile da "chiunque") e l'elemento degli artifici e raggiri, richiesto per il reato di truffa ma non anche per il reato di gestione infedele. Sulla base di questa premessa, la condotta dell'operatore finanziario in conflitto di interessi che pone in essere operazioni che arrecano danno agli investitori al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto è stata ritenuta pienamente ricompresa nella descrizione dell'articolo 167 T.U.I.F., salvo eccederne qualora l'azione sia realizzata con artifici e raggiri: modalità irrilevanti in tale fattispecie ma significative nella fattispecie della truffa⁶⁸.

⁶⁷ II, 44125/2012.

⁶⁸ L'esatta sussunzione del fatto nella relativa disposizione normativa implica, pertanto, il rilievo dell'art. 640 c.p., che punisce chiunque (dunque, anche l'operatore finanziario) con artifici o raggiri, inducendo taluno in errore, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno. L'elemento aggiuntivo della modalità dell'azione (ossia gli artifici e raggiri realizzati) determina una pena più grave e la clausola di riserva di apertura dell'articolo 167 T.U.I.F. determina che il fatto di chi, nella prestazione del servizio di gestione di portafogli di investimento su base individuale o del servizio di gestione collettiva del risparmio, in violazione delle disposizioni regolanti i conflitti di interesse,

In realtà, tale distinzione è assai problematica. La gestione patrimoniale ha per oggetto strumenti finanziari il cui valore è ancorato all'andamento mutevole del mercato, connotato da margini di aleatorietà anche intensi (come nel caso di opzioni, *futures*, *swap* e altri derivati, obbligazioni convertibili e *warrant*). Sovente l'investitore non manca di sottoscrivere le clausole contrattuali con le quali gli sono comunicati i rischi connessi alla transazione. Anche se non sempre ciò equivale a dire che siano spiegati e portati a conoscenza i rischi dell'operazione, sarà allora il risultato negativo della gestione ad innescare complesse verifiche postume, volte a riscontrare l'esistenza di antecedenti infedeltà informative, alla luce delle previsioni della direttiva MIFID 2004/39/CE e della normativa di recepimento, in relazione a piani di investimento prospettati ed attuati, in modo da acclararne la concreta inadeguatezza ovvero il carattere inappropriato rispetto al profilo di rischio e delle competenze dell'investitore.

Questo non significa che la fattispecie dell'articolo 640 c.p. non offra qualche occasione di tutela all'investitore realmente ingannato con artifici e raggiri dal gestore infedele.

In materia di *truffa contrattuale*, la Corte regolatrice ha più volte confermato di ritenere che anche il *silenzio*, maliziosamente serbato su alcune circostanze rilevanti sotto il profilo sinallagmatico da parte di colui che abbia il dovere di farle conoscere, integra l'elemento oggettivo del raggio, idoneo a determinare il soggetto passivo a prestare un consenso che altrimenti avrebbe negato⁶⁹ e che il *mancato rispetto* da parte di uno dei contraenti *delle modalità di esecuzione del contratto*, rispetto a quelle inizialmente concordate con l'altra parte, unito a condotte artificiali idonee a generare un danno con correlativo ingiusto profitto, integra l'elemento degli artifici e raggiri richiesti per la sussistenza del reato di cui all'art. 640 c.p.⁷⁰.

Sulla base di queste premesse la Corte ha ritenuto responsabile del reato di truffa contrattuale il funzionario di banca che, minimizzando i rischi e non rivelando con completezza tutti gli elementi dell'operazione di vendita di prodotti finanziari atipici, proposta al cliente, consapevolmente aveva tratto vantaggio per conto dell'istituto di credito, dall'inesperienza e dall'ignoranza in materia del compratore.

pone in essere con artifici e raggiri operazioni che arrecano danno agli investitori, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, sia punito esclusivamente ai sensi dell'art. 640 c.p., quale reato più grave integrato dalla condotta in esame.

⁶⁹ *ex multis*: Cass. Sez. 2, Sent. n. 39905 del 11/10/2005, dep. 02/11/2005, Rv. 232666.

⁷⁰ Così Sez. 2, n. 41073/2004; VI, 10136/2015. E' altresì opportuno rammentare che per altro orientamento (I, 30216/2003) «l'unilaterale modificazione, da parte di uno dei contraenti, in corso di esecuzione dell'accordo contrattuale, delle modalità esecutive di esso rispetto a quelle previste nel progetto inizialmente concordato tra le parti, non è idonea a integrare il delitto di truffa, in quanto manca l'elemento specifico di detta ipotesi criminosa costituito dall'esistenza di un diretto rapporto causale tra gli artifici posti in essere dall'agente e la prestazione di un consenso viziato da parte del soggetto in tal modo tratto in inganno, e può solo configurare, ricorrendone i presupposti, un inadempimento contrattuale».

Il caso concreto riguardava un consulente finanziario, dipendente di un istituto di credito, che aveva proposto e venduto ad un cliente della banca titoli obbligazionari di società commerciale, da un lato, assicurandogliene la sicurezza ed il recupero dell'intero capitale alla scadenza, dall'altro, nascondendogli le criticità dell'investimento ed il probabile danno conseguente all'acquisto, cui l'investitore non si sarebbe mai determinato, ove posto a conoscenza delle prime. Invero, le dichiarazioni della persona offesa, che aveva smobilizzato dei titoli per investire il ricavato in un titolo sicuro, erano state riscontrate dalle dichiarazioni conformi del direttore di filiale, osservato che in precedenza il cliente aveva effettuato un solo investimento ad alto rischio, dal quale non poteva dedursi una conoscenza qualificata. A conforto della ragionevolezza della valutazione di responsabilità penale espressa dai giudici di merito, la Corte annoverava la professionalità del consulente finanziario (deputato a seguire investimenti con profili di rischio medio-alto), la violazione dell'art. 21, lett. b), TUF e art. 28, comma 2 regolamento Consob (non avendo il consulente sufficientemente informato il cliente dei rischi connessi all'acquisto dei titoli, a nulla rilevando la sottoscrizione della clausola vessatoria contenuta nell'ordine di negoziazione) e le caratteristiche ad alto rischio dei titoli venduti (non classificati da nessuna delle più note società di rating e che avrebbero dovuto essere collocati ai soli investitori istituzionali)⁷¹.

⁷¹ In tal senso Cass., II, n. 49932/2012. Nell'occasione la Corte ha pure precisato: « il delitto di truffa, nella forma cosiddetta contrattuale, si consuma non al momento in cui il soggetto passivo, per effetto degli artifici o raggiri, assume l'obbligazione della dazione di un bene economico, ma al momento in cui si realizza il conseguimento del bene da parte dell'agente con la conseguente perdita dello stesso da parte della persona offesa». In precedente la pronuncia in relazione all'operazione economica di durata posta in essere dalle parti la Cassazione (II, Sentenza n. 43347/2009) aveva escluso si vertesse in tema di reato permanente, ovvero di reato istantaneo ad effetti permanenti, ricostruzioni che postulano l'unitarietà della condotta dell'agente, ma di reato a consumazione prolungata, con le successive scadenze, giacché il soggetto aveva palesa la volontà, fin dall'inizio, di realizzare un evento destinato a durare nel tempo, quantomeno per tutta la durata annuale dei singoli contratti. «Trattandosi di reato "a consumazione prolungata", la condotta truffaldina perdura fino a quando non vengono a scadenza i singoli contratti, cessando in tale momento l'attività illecita, consolidandosi l'ingiusto profitto a favore del beneficiario. Il delitto di truffa, nella forma cosiddetta contrattuale, non si consuma nel momento in cui il soggetto passivo, per effetto degli artifici o raggiri, assume l'obbligazione della dazione di un bene economico, ma al momento in cui si realizza l'ingiusto profitto da parte dell'agente con la conseguente perdita economica da parte della persona offesa, (cfr, in un caso analogo, ma non omogeneo, Sez. 2, Sentenza n. 31044 del 11/07/2008 Ud. (dep. 24/07/2008) Rv. 240659, sez. 2 - 29.01.98, Stabile, CED. 209671; sez. 2 - 16.04.97, Tassinari, CED 207831). È, tuttavia, anche necessario che il profitto dell'azione truffaldina entri nella sfera giuridica di disponibilità dell'agente, non essendo sufficiente che esso sia fuoriuscito da quella del soggetto passivo. (Sez. 5, Sentenza n. 14905 del 29/01/2009 Ud. (dep. 06/04/2009) Rv. 243608). Nella specie, il momento consumativo della truffa coincide con quello della effettiva realizzazione dell'ingiusto profitto che va individuato nel termine di scadenza annuale delle singole operazioni, a seguito del quale si realizza il consolidamento, in termini economici, dell'operazione contrattuale, con l'inserimento della corrispondente partita di debito nel conto del cliente, in ragione della natura di reato a consumazione prolungata a cui corrisponde il profitto ingiusto a favore della banca. Con l'addebito delle passività i rapporti illegittimamente instaurati hanno avuto esecuzione, concretandosi l'offesa al patrimonio, avendo gli scoperti di conto corrente immediate conseguenze economico-patrimoniali negative quali, ad esempio, la natura compensativa delle passività dei successivi versamenti in conto e la difficoltà di ottenere nuovi affidamenti bancari. Inducono a tale considerazione l'indubbia valenza economico-

Omogenee valutazioni sono state espresse dalla Corte regolatrice in evenienza di informazione ritenuta mendace sulla rischiosità delle operazioni concluse⁷², in violazione del generale principio di buona fede negoziale, oltre che degli specifici obblighi previsti dalla Legge SIM.

La Cassazione ha considerato coerente e logica la valutazione della Corte di merito che aveva affermato la piena consapevolezza della banca del rapporto rischio-rendimento che caratterizzava alcune operazioni, speculando al rialzo sul marco e lasciando che il cliente corresse il rischio della svalutazione della lira e della sua fuoriuscita dalla banda di oscillazione dello SME. A fronte di richieste di operatori che chiedevano di acquistare marchi, speculando al ribasso sulla lira e al rialzo sul marco, in previsione di una prossima svalutazione della moneta nazionale, secondo i giudici, la banca aveva trovato clienti che rappresentavano la contropartita di siffatte operazioni, elaborando l'operazione incriminata e proponendola a clientela facoltosa. Rilevante, ai fini della conoscenza dello stato di rischiosità dell'operazione e della mancanza di informazione alla clientela, era risultata la valutazione per cui *«nessun cliente, ove fosse stato consapevole del rapporto rischio-rendimento, sotteso alle predette operazioni finanziarie, avrebbe concluso tali operazioni, essendo insensato affrontare rischi di perdite elevate, teoricamente illimitate con la sola aspettativa di magri guadagni, in quanto speculare in controtendenza al mercato, confidando nell'intervento risolutivo delle banche centrali, avrebbe avuto un senso solo a fronte di un'aspettativa di alto rendimento nel breve o brevissimo termine, aspettativa, invece, nella fattispecie, esclusa ab initio. Se il prodotto finanziario fosse stato ben compreso nella sua rischiosità, di certo non sarebbe mai stata acquistato dai clienti della banca, stante l'improponibilità nei confronti di qualsiasi investitore, come già evidenziato, di un'operazione che, a fronte di una prospettiva di modestissimi guadagni, comportava invece rischi di perdite molto elevate; inoltre è emerso che nessuna delle parti lese aveva effettuato studi specifici in materia economica e finanziaria o aveva alcuna esperienza di prodotti derivati "fuori mercato", ad alto rischio*

patrimoniale insita nell'operazione, quale componente del danno patrimoniale per i clienti della banca, in diretto rapporto di connessione causale con il dolo dei dipendenti della banca».

⁷² La Corte (II, Sentenza n. 43347/2009) poneva mente alle seguenti circostanze: - il volume del rischio, connesso alla struttura stessa delle operazioni, si moltiplicava per effetto di altri fattori, primo fra tutti la valuta prescelta, cioè il marco, divisa forte a fronte di una lira molto debole; - il guadagno del cliente dipendeva dall'apprezzamento della lira sul marco, eventualità all'epoca, neanche prospettabile in termini ragionevoli, attesi i rapporti di forza esistenti tra le due monete, mentre, al contrario, era prevedibile, in termini concreti, la diversa eventualità della svalutazione e, dunque, di un deprezzamento della lira rispetto al marco; - il cliente avrebbe, quindi, subito perdite nel caso in cui il cambio a pronti lira - marco alla scadenza fosse stato superiore al predetto cambio al momento dell'erogazione; - operazione ad alto rischio e basso rendimento, patrocinata dalla stessa banca, sicuramente speculativa e non di copertura, caratterizzata da un rapporto rischio-rendimento non razionalmente prospettabile, in quanto l'aspettativa di un rendimento, comunque modesto, era correlata ad una serie di circostanze che al contempo ne condizionavano l'elevatissima rischiosità, in presenza di un rischio concreto di svalutazione della lira rispetto al marco e tale da rendere altamente rischioso ogni affidamento al riguardo. La banca, inoltre, a seguito di ogni operazione, aveva un ritorno economico e, negoziando le anzidette operazioni in conto proprio, operava in conflitto di interesse con i clienti, nel senso che, se il cliente perdeva, la banca ne traeva un corrispondente utile, così come accertato dalla Consob nella sua relazione ispettiva

di perdite, utilizzati con finalità speculative e non di copertura. Inoltre, la svalutazione della lira e l'uscita dallo SME non erano, all'epoca, fatti imprevedibili, ..., pur essendovi una condizione di stabilità del cambio. Trattavasi, ..., di una situazione precaria ed artificiosa, stante la totale divaricazione della stessa rispetto alla reale situazione economica sottostante definita di assoluto squilibrio, ovviamente a tutto sfavore della valuta nazionale, essendo la lira sopravvalutata, con una situazione di stabilità incongrua rispetto alla reale situazione economica, col rischio concreto ed imminente di una sua svalutazione, tanto da rendere altamente rischioso ogni affidamento al riguardo, pur tenendo conto dell'intervento delle banche centrali».

La consapevolezza degli imputati circa le insidie e le criticità che caratterizzavano l'operazione, dell'anomalo rapporto rischio-rendimento che la contraddistingueva e delle ragioni per cui la dovevano offrire alla clientela, pur trattandosi di un prodotto di per sé invendibile, essendo a basso rendimento ed elevato rischio, emergeva dall'essere una «truffa auto - evidente, nel senso che se l'operazione, nonostante la sua improponibilità, è stata conclusa, ciò non può che essere avvenuto in seguito ad una mendace e dunque proponente informazione idonea ad indurre in errore il malcapitato contraente, ritenendo, con un calzante paragone, che tale situazione non è diversa da quella che si verifica quando il truffatore di strada rifila alla vittima prescelta il classico "pacco", laddove è evidente che, senza l'artificio, il raggirato e l'induzione in errore circa il suo contenuto, la vittima avrebbe rifiutato la transazione. Allo stesso modo gli imputati, consapevoli della alta rischiosità del prodotto, ma indotti alla vendita dalle indicate strategie aziendali di profitto e copertura (...), hanno minimizzato il rischi proponendo l'operazione ai fiduciosi clienti come prodotto a basso rischio-basso rendimento realizzando la condotta idonea a configurare le truffe contestate». La Cassazione rilevava come pienamente credibili le concordi dichiarazioni delle parti offese, dalle quali emergeva che gli imputati «avevano descritto l'operazione ai clienti della banca come un investimento tranquillo, diretto sono alla migliore clientela e che, a fronte di una modesta aspettativa di guadagno, presentava rischi limitati, essendo stati erroneamente descritti come rischi remoti quelli effettivamente prospettabili».

Resta imprescindibile osservare che l'elemento che imprime al fatto dell'inadempimento il carattere di reato è costituito dal *dolo iniziale*, che, influenzando sulla volontà negoziale di uno dei due contraenti - determinandolo alla stipulazione del contratto in virtù di artifici e raggiri e, quindi, falsandone il processo volitivo - rivela nel contratto la sua intima natura di finalità ingannatoria⁷³. Proprio tale dolo iniziale appare di *macchinosa dimostrazione*, peraltro in relazione a strumenti finanziari sovente di valore fisiologicamente mutevole nel corso del rapporto⁷⁴. Né può essere il danno patito a rivelare la realtà dell'inganno.

⁷³ Cass. Sez. 2, Sent. n. 5801 del 08/11/2013, dep. 06/02/2014, Rv. 258203; id. n. 28791/2015.

⁷⁴ La Corte (II, Sentenza n. 43347/2009) ha precisato che «anche nella truffa a consumazione prolungata la coscienza e volontà degli effetti dell'azione devono essere presenti fin dall'inizio».

§.4.7.4. INFEDELTÀ PATRIMONIALE EX ART. 2634 C.C.

Agli esordi della riforma societaria del 2002 tale fattispecie venne esaltata quale *forma innovativa* di protezione del patrimonio sociale (cfr. relazione al d.lgs. n. 61/2002).

L'esperienza ha attestato la *sostanziale innocuità* della fattispecie descritta dall'articolo 2634⁷⁵ c.c., anzitutto a causa dell'eccessiva selettività nella descrizione degli elementi costitutivi. Anche rispetto al progetto Mirone, infatti, il dolo specifico si è ampliato, dall' «*ingiusto profitto per sé o per altri*», sino «*ad altro vantaggio*», essendo stato previsto il *dolo intenzionale* di danno ed la procedibilità a *querela*.

Presupposto obiettivo della condotta è un'*attuale ed effettiva situazione di conflitto di interessi* tra soggetto agente (amministratore, direttore generale e liquidatore) e la *società*, preesistente all'atto di disposizione⁷⁶, non semplicemente concomitante o conseguente ad esso. In altri termini, deve ritenersi che sia

⁷⁵ Art. 2634, c.c. «1. Gli amministratori, i direttori generali e i liquidatori, che, avendo un interesse in conflitto con quello della società, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o altro vantaggio, compiono o concorrono a deliberare atti di disposizione dei beni sociali, cagionando intenzionalmente alla società un danno patrimoniale, sono puniti con la reclusione da sei mesi a tre anni. 2. La stessa pena si applica se il fatto è commesso in relazione a beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi, cagionando a questi ultimi un danno patrimoniale. 3. 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. 4. Per i delitti previsti dal primo e secondo comma si procede a querela della persona offesa».

⁷⁶ Secondo la riflessione della Corte regolatrice (II, 3397/2013) «*integra il delitto di appropriazione indebita, e non quello di infedeltà patrimoniale previsto dall'art. 2634 cod. civ., l'erogazione di denaro compiuta dall'amministratore di una società di capitali in violazione delle norme organizzative di questa e per realizzare un interesse esclusivamente personale, in assenza di una preesistente situazione di conflitto d'interessi con l'ente, senza che possa rilevare l'assenza di danno per i soci*». Il *preesistente ed autonomo conflitto di interessi* viene individuato quale presupposto necessario per individuare la *deviazione dell'atto di disposizione dal suo fine istituzionale* e ricondurre quindi la condotta nell'alveo del reato societario. Le norme incriminatrici dell'infedeltà patrimoniale (art. 2634 cod. civ.) e dell'appropriazione indebita (art. 646 cod. pen.) vengono ritenute in rapporto di *specialità reciproca* (cfr. Cass., Sez. 1[^], 24 giugno 2004, n. 30546/04, Bisignani, CED n. 229801; Cass., Sez. 2[^], 26 ottobre 2005 n. 40921/05, Francis ed altro, CED 232525; Cass. Sez. 2[^], 27 marzo 2008, n. 15879/08, Baruffaci, CED n. 239776). L'appropriazione indebita presenta caratteri di specialità per la natura del bene (denaro o cosa mobile), che solo ne può essere oggetto, e per l'irrelevanza del perseguimento di un semplice vantaggio in luogo del profitto. L'ambito di interferenza tra le due fattispecie è dato dalla comunanza dell'elemento costitutivo della "*deminutio patrimonii*" e dell'ingiusto profitto, ma esse differiscono per l'assenza nell'appropriazione indebita di un preesistente ed autonomo conflitto di interessi, che invece connota l'infedeltà patrimoniale (II, 15879/2008). L'infedeltà patrimoniale tipizza la *necessaria relazione tra un preesistente conflitto di interessi*, con i caratteri dell'attualità e dell'obiettiva valutabilità, e le *finalità di profitto o altro vantaggio dell'atto di disposizione*, che si qualificano in termini di ingiustizia per la proiezione soggettiva del preesistente conflitto. La disposizione di cui all'art. 2634 c.c. non esaurisce la tutela penale verso le aggressioni ai beni sociali da parte di soggetti qualificati, come se il legislatore avesse sottratto la materia degli illeciti societari alla generale disciplina dei reati contro il patrimonio; piuttosto ne tipizza le condotte di infedeltà connesse all'attività di gestione, lasciando impregiudicata la rilevanza criminale di quelle che, non previste dalla specifica normativa, risultino punibili in base al diritto comune (v. Cass., sez. F., 4 agosto 2011, n. 40136, Brancher, CED, n. 251197) .

proprio tale situazione di conflitto ad indurre l'autore a compiere o concorrere a deliberare *atti di disposizione di beni sociali* (c.d. conflitto interno) o di beni posseduti o amministrati dalla società per conto terzi (c.d. conflitto esterno). Non semplicemente l'atto dispositivo a rivelare e fondare il conflitto tra i portatori di diversi interessi connessi alla violazione.

Tra gli «*atti di disposizione di beni sociali*» appare compresa l'assunzione di obbligazioni gravanti sul patrimonio sociale (Cass., V, 22.2.2007) ma da essi paiono estranei *comportamenti omissivi o atti di organizzazione*, privi di contenuto, almeno immediatamente apprezzabile, in termini di pregiudizievole in termini patrimoniale (si pensi all'organizzazione di un aumento di capitale).

In tale condizione conflittuale, gli atti di disposizione originano la reazione penale solo se alla conclamata conflittualità consegue un *danno*, frutto di un *dolo intenzionale*, combinato altresì alla finalità di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o un vantaggio. Specificazioni soggettive che restringono ulteriormente lo spazio della tutela penale del patrimonio sociale, facendone esorbitare la condotta dell'amministratore che pur perseguendo consapevolmente l'interesse extrasociale in conflitto con quello della società, si limiti ad accettare il rischio di un danno per il patrimonio sociale. Il legislatore ha mostrato anche in tal modo di focalizzare la fattispecie sull'offesa al patrimonio più che sulla trasgressione del dovere di fedeltà.

La giurisprudenza individua l'*oggetto giuridico* dell'infedeltà patrimoniale nella *tutela del patrimonio sociale*, considerandone parti lese la società, i soci ed i quotisti. Ciò anche ai fini della legittimazione alla querela, riconosciuta in capo al singolo socio⁷⁷, ma non ai creditori sociali⁷⁸.

Con riferimento al tema degli abusi nell'amministrazione dei risparmi e nel servizio di investimenti tal ultimo approdo, peraltro, deve essere integrato in relazione alla peculiare fattispecie delineata dall'articolo 2634, co.2 c.c., in cui il fatto (atto dispositivo realizzato in conflitto di interessi) è commesso in relazione a *beni posseduti o amministrati dalla società per conto terzi* (c.d. conflitto esterno)

⁷⁷ Cass., V. n. 37033/2006, Cass., II, 24824/2009; contra Cass., V, n. 20267/2003.

⁷⁸ La Corte di Cassazione (V, 39506/2015) ha ricordato come per suo costante orientamento la legittimazione alla proposizione della querela per il reato di infedeltà patrimoniale dell'amministratore spetta non solo alla società nel suo complesso (essendo l'incriminazione volta alla tutela dell'integrità patrimoniale della società), ma anche – e disgiuntamente – al singolo socio. Quest'ultimo è persona offesa del reato di infedeltà patrimoniale, e non solo danneggiato dallo stesso, in quanto la condotta dell'amministratore infedele è diretta a compromettere le ragioni della società, ma anche, principalmente, quelle dei soci o quotisti della stessa, che per l'infedele attività dell'amministratore subiscono il depauperamento del proprio patrimonio (Sez. V, n. 37033 del 16/6/2006, Rv. 235282); orientamento consolidatosi in seguito (Sez. II, n. 24824 del 25/2/2009, Rv. 244336; Sez. V, n. 35080 del 7/5/2014, Rv. 260468). La specificità dell'oggetto della tutela nell'incriminazione in esame, *tutto interno alla compagine sociale*, esclude che sia possibile estendere la qualifica di persona offesa dal reato ad altra generica categoria di soggetti quali i creditori sociali i cui interessi sull'integrità del patrimonio sociale trovano differenti modalità di tutela, nelle situazioni di patologia della società (Sez. V, n. 13110 del 5/3/2008, Rv. 239394) idonee a determinare la definitiva lesione del loro interesse.

cagionando a questi ultimi un danno patrimoniale. L'espressione richiama le evenienze di gestione professionale di portafogli e di gestione collettiva del risparmio.

E' utile ricordare, in proposito, che ai sensi dell'articolo 22, co.1 T.U.I.F. «nella prestazione dei servizi di investimento e accessori gli strumenti finanziari e le somme di denaro dei singoli clienti, a qualunque titolo detenuti dall'impresa di investimento, dalla SGR, dalla società di gestione UE o dagli intermediari finanziari iscritti nell'elenco previsto dall'articolo 107 del T.U. bancario, nonché gli strumenti finanziari dei singoli clienti a qualsiasi titolo detenuti dalla banca, costituiscono patrimonio distinto a tutti gli effetti da quello dell'intermediario e da quello degli altri clienti». Su tale patrimonio non sono ammesse azioni dei creditori dell'intermediario o nell'interesse degli stessi, né quelle dei creditori dell'eventuale depositario o subdepositario o nell'interesse degli stessi. Le stesse azioni dei creditori dei singoli clienti sono ammesse nei limiti del patrimonio di proprietà di questi ultimi. Inoltre «per i conti relativi a strumenti finanziari e a somme di denaro depositati presso terzi non operano le compensazioni legale e giudiziale e non può essere pattuita la compensazione convenzionale rispetto ai crediti vantati dal depositario o dal subdepositario nei confronti dell'intermediario o del depositario» (art. 22/2 cit.). Ai sensi dell'articolo 22, co.3 cit., «salvo consenso scritto dei clienti, l'impresa di investimento, la SGR, la società di gestione UE, l'intermediario finanziario iscritto nell'elenco previsto dall'articolo 107 del T.U. bancario e la banca non possono utilizzare, nell'interesse proprio o di terzi, gli strumenti finanziari di pertinenza dei clienti, da essi detenuti a qualsiasi titolo. L'impresa di investimento, l'intermediario finanziario iscritto nell'elenco previsto dall'articolo 107 del T.U. bancario, la SGR e la società di gestione UE non possono utilizzare, nell'interesse proprio o di terzi, le disponibilità liquide degli investitori, da esse detenute a qualsiasi titolo».

Il rigoroso sistema di separazione patrimoniale riepilogato induce a ritenere che nel caso di atti di disposizione realizzati in conflitto di interessi in relazione a beni posseduti o amministrati dalla società per conto terzi (investitori) che cagionino a questi ultimi un danno patrimoniale, essi ben possano considerarsi non solo danneggiati ma propriamente persone offese, come tali legittimati alla querela, con rimozione della preclusione all'esercizio dell'azione penale.

Rimane dubbia l'area di *residua autonomia e reale operatività dell'illecito di gestione infedele ex art. 167 TUIF rispetto all'illecito societario in esame*, atteso che la forma societaria è quella con la quale viene organizzato il servizio di gestione dei portafogli e di gestione collettiva del risparmio.

Secondo una prima opinione, infatti, la contravvenzione del TUIF risulterebbe ormai limitata agli intermediari non societari⁷⁹ e sostanzialmente tacitamente abrogata per quanto sopra detto. Essa si connota infatti per un rapporto di cronica soccombenza con le limitrofe ipotesi delittuose, ivi compresa quella societaria in esame, posta la natura contravvenzionale e la clausola di sussidiarietà che l'introduce.

⁷⁹ Militello, *Infedeltà patrimoniale*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, cit., p. 429.

Uno spazio di più estesa residua autonomia, per contro, è stato segnalato considerando la specialità della materia cui si riferisce l'articolo 167 T.U.I.F. Più in particolare, è stata evidenziata la sfera più contenuta di soggetti attivi tipici del delitto societario (amministratori, direttori generali e liquidatori) rispetto a quella della contravvenzione, realizzabile da qualsiasi persona fisica che nell'intermediazione finanziaria curi direttamente «l'attività di esercizio del servizio con un minimo di autonomia, che consenta di imputarle le singole decisioni operative»⁸⁰. Il riferimento più diretto è alla figura del *promotore finanziario* (art. 31 e ss. TUIF), ovvero la persona fisica che, in qualità di agente collegato ai sensi della direttiva 2004/39/CE, esercita professionalmente l'offerta fuori sede come dipendente, agente o mandatario di imprese di investimento, Sgr, società di gestione UE, Sicav, Sicaf, GEFIA UE e GEFIA non UE, intermediari finanziari iscritti nell'elenco previsto dall'articolo 106 del testo unico bancario e le banche. È proprio tale figura di intermediario, più prossima all'investitore nella gestione del risparmio, quella più esposta alla gestione infedele *ex art. 167 TUIF*. Certo molto più dei soggetti apicali elencati dall'art. 2634 c.c., i quali risultano, almeno in via teorica ed ove non venga dimostrata una specifica incidenza concorsuale quantomeno morale, meno in grado d'influire sulla gestione dei portafogli e di cagionare pregiudizi patrimoniali causalmente ricollegabili ad operazioni poste in essere in violazione delle norme regolanti il conflitto di interessi.

E' stato anche evidenziato che mentre l'infedeltà patrimoniale richiede la preesistenza di un conflitto *sostanziale* di interessi, l'articolo 167 del TUIF si poggia sulla violazione *formale* delle regole che disciplinano il conflitto di interessi. Inoltre, la gestione infedele si realizzerebbe con «operazioni che arrecano danni agli investitori», connotandosi per un contenuto obiettivamente più ampio di quello degli «atti di disposizione» di beni sociali o amministrati per conto di terzi *produttivi di danni patrimoniali*. L'illecito *ex art. 167 TUIF*, infine, non sembra caratterizzato dal dolo intenzionale di danno del delitto societario

§.4.7.5. CORRUZIONE TRA PRIVATI

Per effetto delle modifiche operate dalla legge n. 190/2012, l'articolo 2635 c.c. presenta l'attuale formulazione: «1. *Salvo che il fatto costituisca più grave reato, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, che, a seguito della dazione o della promessa di denaro o altra utilità, per sé o per altri, compiono od omettono atti, in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà, cagionando nocimento alla società, sono puniti con la reclusione da uno a tre anni. 2. Si applica la pena della reclusione fino a un anno e sei mesi se il fatto è commesso da chi è sottoposto alla direzione o vigilanza di uno dei soggetti indicati al primo comma. 3. Chi dà o promette denaro o altra utilità alle persone indicate nel primo e nel secondo comma è punito con le pene ivi previste. 4. Le pene stabilite nei commi precedenti sono raddoppiate se si tratta di società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altri Stati dell'unione*

⁸⁰ PEDRAZZI, *Mercati finanziari (Nuova disciplina Penale)*, p. 464.

europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell'art. 116 del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 e successive modificazioni. 5. Si procede a querela della persona offesa, salvo che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi».

La dazione o la promessa di denaro o altra utilità a favore degli esponenti societari (amministratore, direttore generale, dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, sindaco e liquidatore) variamente coinvolti nella realizzazione od omissione di atti, «in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà», pregiudizievoli per la società costituisce evenienza coerente con dinamiche emergenti nel contesto, essenzialmente, delle pratiche di erogazione del credito, certo più frequentemente che nell'amministrazione del risparmio altrui o degli investimenti.

La fattispecie ora in esame offre qualche occasione di maggior tutela degli interessi pregiudicabili, ma pur sempre di riflesso, dal documento della società in seno alla quale opera l'autore, tenuto conto anche del raddoppio di pene previsto nel caso di «società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altri Stati dell'unione europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell'art. 116 del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 e successive modificazioni», secondo i criteri definiti dall'articolo 2-bis⁸¹ del regolamento Consob n. 11971 del 14.5.1999 e successive modifiche e integrazioni⁸²

⁸¹ Art. 2-bis del regolamento cit. «1. Sono emittenti azioni diffuse fra il pubblico in misura rilevante gli emittenti italiani i quali, contestualmente: a) abbiano azionisti diversi dai soci di controllo in numero superiore a cinquecento che detengano complessivamente una percentuale di capitale sociale almeno pari al 5%; b) non abbiano la possibilità di redigere il bilancio in forma abbreviata ai sensi dell'articolo 2435-bis, primo comma, del codice civile. 2. I limiti di cui al comma precedente si considerano superati soltanto se le azioni alternativamente: abbiano costituito oggetto di un'offerta al pubblico di sottoscrizione e vendita o corrispettivo di un'offerta pubblica di scambio; - abbiano costituito oggetto di un collocamento, in qualsiasi forma realizzato, anche rivolto a soli investitori qualificati come definiti ai sensi dell'articolo 34-ter, comma 1, lettera b); - siano o siano state negoziate su sistemi multilaterali di negoziazione con il consenso dell'emittente o del socio di controllo ovvero siano state ammesse alla negoziazione su mercati regolamentati e successivamente siano state oggetto di revoca; - siano emesse da banche e siano acquistate o sottoscritte presso le loro sedi o dipendenze. 3. Non si considerano emittenti diffusi quegli emittenti le cui azioni sono soggette a limiti legali alla circolazione riguardanti anche l'esercizio dei diritti aventi contenuto patrimoniale, ovvero il cui oggetto sociale prevede esclusivamente lo svolgimento di attività non lucrative di utilità sociale o volte al godimento da parte dei soci di un bene o di un servizio. 4. Sono emittenti obbligazioni diffuse fra il pubblico in misura rilevante gli emittenti italiani di obbligazioni di valore nominale complessivamente non inferiore a 5 milioni di euro e con un numero di obbligazionisti superiore a cinquecento».

⁸² Adottato dalla Consob con delibera n. 11971 del 14 maggio 1999 e successivamente modificato con delibere n. 12475 del 6 aprile 2000, n. 13086 del 18 aprile 2001, n. 13106 del 3 maggio 2001, n. 13130 del 22 maggio 2001, n. 13605 del 5 giugno 2002, n. 13616 del 12 giugno 2002, n. 13924 del 4 febbraio 2003, n. 14002 del 27 marzo 2003, n. 14372 del 23 dicembre 2003, n. 14692 dell'11 agosto 2004, n. 14743 del 13 ottobre 2004, n. 14990 del 14 aprile 2005, n. 15232 del 29 novembre 2005, n. 15510 del 20 luglio 2006, n. 15520 del 27 luglio 2006, n. 15586 del 12 ottobre 2006, n. 15915 del 3 maggio 2007, n. 15960 del 30 maggio 2007, n. 16515 del 18 giugno 2008, n. 16709 del 27 novembre 2008, n. 16840 del 19 marzo 2009, n. 16850 del 1° aprile 2009, n. 16893 del 14 maggio 2009, n. 17002 del 17 agosto 2009, n. 17221 del 12 marzo 2010, n. 17326 del 13 maggio 2010, n. 17389 del 23 giugno 2010, n. 17592 del 14 dicembre 2010, n. 17679 del 1° marzo 2011, n. 17730 del 31 marzo 2011, n.

Risulta d'interesse, in tal senso, l'ampia disamina della fattispecie in esame operata dalla Cassazione, nella configurazione precedente e successiva alla riforma del 2012. L'occasione è stata offerta dalla valutazione della sua contestazione a persone con ruoli gestori (presidente del consiglio di amministrazione e direttore generale) presso un istituto di credito ed ad un imprenditore, in tesi accusatoria, favorito dai primi (e dunque concorrente *extraneus*). Si assumeva, in particolare, che gli *intranei* avessero percepito o ricevuto la promessa di denaro da parte dell'imprenditore al fine di favorire una società cui il medesimo era interessato nelle pratiche di concessione e gestione del credito bancario, violando i doveri di fedeltà relativi al rapporto di amministrazione e direzione di una società quotata nel mercato regolamentato italiano.

Nell'occasione, infatti, la Corte regolatrice⁸³ ha ricordato che la criminalizzazione delle condotte di infedeltà può essere intesa, alternativamente, come manifestazione della tutela del patrimonio dell'ente nel cui ambito si colloca l'*intraneus*, in una chiave eminentemente privatistica, ovvero ispirarsi ad un modello lealistico, come nella legislazione di altri paesi (si pensi nell'art. L. 152-6 del *Code du travail* francese), sanzionando la violazione del rapporto di fiducia che lega il "corrotto" all'ente: in questa seconda prospettiva, può assumere dunque rilievo l'abuso di un potere che l'*intraneus* è chiamato ad esercitare in funzione di interessi altrui, non solo di natura strettamente patrimoniale, e che svolga invece alterando i processi decisionali che lo vedono coinvolto. Secondo la Cassazione il reato *ex art. 2635 c.c.* costituisce una prima forma di tutela penale (anche) lealistica del patrimonio sociale, diversamente da quella classica di infedeltà patrimoniale *ex art. 2634 c.c.*. In tal senso deporrebbe la nozione non esclusivamente patrimoniale⁸⁴ del «nocumento» conseguente all'atto o all'omissione infedele della fattispecie in esame.

Mentre nell'ipotesi criminosa descritta dall'articolo 2634 c.c. gli interessi sottesi alla fattispecie hanno natura esclusivamente patrimoniale (è necessario che alla condotta consegua un danno patrimoniale, soggetti attivi del reato possono essere solo coloro che siano dotati di effettivo potere di gestione del patrimonio della società, essendo criminalizzata la realizzazione di peculiari atti di disposizione di beni sociali, al di fuori di generici atti di amministrazione o indirizzo, a fronte di un presupposto conflitto di interessi), il reato *ex art. 2635 c.c.*

17731 del 5 aprile 2011, n. 17919 del 9 settembre 2011, n. 18049 del 23 dicembre 2011, n. 18079 del 20 gennaio 2012, n. 18098 dell'8 febbraio 2012, n. 18210 del 9 maggio 2012, n. 18214 del 9 maggio 2012, n. 18470 del 20 febbraio 2013, n. 18523 del 10 aprile 2013, n. 18612 del 17 luglio 2013, n. 18671 dell'8 ottobre 2013, n. 19084 del 19 dicembre 2014, n. 19094 dell'8 gennaio 2015, n. 19430 del 29 ottobre 2015 e n. 19446 del 25 novembre 2015.

⁸³ V, n. 14765/13.

⁸⁴ Già in precedenza (Cass., V, 5848/2013) era stato ritenuto che « *in tema di infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità, il nocumento per la società da cui dipende la sussistenza del reato consiste nella lesione di qualsiasi interesse della medesima suscettibile di valutazione economica e non si risolve pertanto nella causazione di un immediato danno patrimoniale. (Fattispecie in cui è stata riconosciuta la determinazione di un nocumento nella lesione dell'immagine e della reputazione di un istituto bancario)*».

non richiede *atti* patrimonialmente connotati, potendo rilevare *anche condotte omissive e di mera organizzazione e dunque non solo quelle dispositive di beni sociali*, attribuendo rilievo alla condotta non solo degli amministratori, dei direttori generali e dei liquidatori ma anche di numerosi altri soggetti, che "compiono" od "omettono" atti, quando ciò avvenga in violazione dei doveri di ufficio che essi avrebbero dovuto osservare ed a seguito di una dazione o promessa di utilità.

E' per questa ragione che tra le peculiari figure che possono essere chiamate a rispondere del reato proprio di cui all'art. 2635 non vi sono soltanto i *titolari del potere gestorio, ma anche i sindaci, i responsabili della revisione e i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari*. Soggetti che, all'evidenza, possono trovarsi a compiere (od ad omettere) una vasta ed assolutamente generica categoria di atti, anche di mera organizzazione e senza alcuna incidenza diretta sugli interessi strettamente patrimoniali della società presso cui svolgono il loro ufficio.

Nella nozione dettata dall'art. 2635 c.c., dunque, per "atto" si intende *anche un parere versato nell'istruttoria di una pratica di finanziamento o per l'apertura di una linea di credito, come pure l'espressione di voto manifestata ai fini della formazione di una delibera collegiale*.

La Corte di Cassazione si è discostata da quanto sembrava profilarsi dalla relazione del d.lgs. n. 61 del 2002, dichiaratamente favorevole all'opzione privatistica del reato, come per le altre figure di infedeltà patrimoniale. Proprio l'impiego del termine "documento", in tal senso, ha persuaso la Corte di trovarsi di fronte ad un concetto di genere, distinto da "danno patrimoniale", concetto di specie sussunto nella fattispecie prevista dall'art. 2634 c.c.. Del resto, se la tutela fosse stata apprestata al patrimonio della società in entrambe le ipotesi, non era dato comprendere perché l'evento conseguente ad un atto dispositivo di beni sociali in costanza di conflitto di interessi (in un caso) e quello derivato dal compimento o dall'omissione di un atto da parte di chi abbia ricevuto la dazione o la promessa di un'utilità (nell'altro caso) dovesse assumere connotazioni differenti.

Sulla base di queste premesse, la Cassazione ha ribadito la seria diversità delle fattispecie e che la locuzione "documento" consente di superare i confini di un danno di natura strettamente patrimoniale, includendo anche pregiudizi differenti (come ad esempio il danno all'immagine della società, od al corretto svolgimento delle attività organizzative e di controllo, fisiologiche alla gestione dell'impresa) che conseguano comunque alla lesione di beni suscettibili sì di valutazione economica - come appunto un danno all'immagine o reputazionale - ma non immediata, a differenza di quanto accade nei casi di diminuzione patrimoniale *stricto sensu*. In tal modo, l'evento dal cui verificarsi deriva la rilevanza penale delle condotte di infedeltà ricollegate alla preventiva dazione o promessa di utilità mantiene concretezza, essendo pur sempre necessario tenere presente che la fattispecie criminosa non è disegnata quale reato di pericolo.

Secondo la Corte anche l'ambito di tutela minima sollecitata da fonti europee prescindeva integralmente da qualsivoglia prospettiva di danno patrimoniale, come definitivamente confermato dal nuovo testo dell'art. 2635 c.c.,

risultante dalle modifiche introdotte in virtù della L. n. 190 del 2012. Con quest'ultimo intervento, si è giunti a conferire alla fattispecie delittuosa in esame il *nomen juris* di *corruzione* (tra privati), peraltro disegnando il precetto sanzionato in chiara continuità normativa rispetto al testo previgente, fatte salve le nuove disposizioni in tema di ampliamento del novero dei soggetti attivi, di procedibilità e di responsabilità amministrativa ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001. Al di là di previsioni di carattere ordinatorio e sistematico (quale la clausola di riserva iniziale, circa l'evenienza che il fatto costituisca più grave reato), od aventi valore esplicativo (il rilievo che la dazione o la promessa riguardi utilità in genere, con espressa ma non indispensabile previsione che possa trattarsi di denaro, ovvero che l'utilità medesima sia destinata non solo all'*intraneus* ma anche ad altri), l'innovazione di maggiore significato è stata individuata nella riconosciuta rilevanza di violazioni - oltre che dei doveri di ufficio - anche di *obblighi di fedeltà*, in linea con la ricordata concezione (anche) lealistica della ratio dell'incriminazione. Ciò a conferma delle aperture già esistenti, nella medesima direzione, attraverso il richiamo alla necessità di un "documento" per la società, scelta lessicale confermata e che avvalorava la tesi secondo cui la norma in esame mirava già alla repressione di *forme di mala gestio tali da determinare deviazioni al fisiologico andamento delle attività della società, prima ancora ed a prescindere da lesioni all'integrità del patrimonio della stessa*. Un danno all'immagine, in definitiva, ben può rilevare ai fini della concretizzazione del "documento" richiesto dalla norma incriminatrice in esame. Deve peraltro trattarsi, di un danno effettivo e non meramente ipotizzato

La lettura della Cassazione appare di estremo interesse, ma non può nascondersi che risulta sostenuta dall'intendimento di vivificare un strumento di tutela gravemente esposto al pericolo di ineffettività, come confermato dalla scarsa esperienza giurisprudenziale.

Com'era emerso sin dai primi commenti⁸⁵, l'intervento del 2002 ha sostanzialmente riproposto il primo comma dell'art. 2635 c.c., senza trasporre, con i necessari adattamenti, il modello pubblicistico della corruzione propria antecedente, di cui non replicata l'anticipazione della soglia di penale rilevanza all'accettazione dell'offerta corruttiva, attendendo per la sua consumazione l'effettivo compimento dell'atto antidoveroso e la realizzazione del documento per la società, punendo «*non la corruzione, bensì il comportamento infedele tenuto verso la persona giuridica nel quale si materializza quel conflitto d'interessi di cui la corruzione è mero sintomo e che costituisce una sorta di requisito "ombra" della fattispecie di nuovo conio, allo stesso modo in cui lo era di quella precedentemente contemplata dall'art. 2635*».

Al reato vengono mantenute caratteristiche autonome, «*frutto dell'ibridazione tra lo schema della corruzione propria antecedente e quello dell'infedeltà patrimoniale di cui all'art. 2634 c.c.*». A fronte di un ampliamento sul versante dei

⁸⁵ G. ANDREAZZA, L. PISTORELLI in *Relazione del Massimario della Cassazione n. III/11/2012 «Novità legislative: L. 6 novembre 2012, n. 190 recante "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione"», Roma, 15 novembre 2012.*

soggettivi attivi (esteso in termini tipici ai sottoposti all'altrui vigilanza o direzione), la condotta incriminata è tuttora integrata dal compimento o dall'omissione di atti in violazione degli obblighi inerenti al proprio ufficio a seguito della dazione o della promessa di utilità, la cui rilevanza penale continua a dipendere dalla causazione del nocumento alla società. In alternativa alla violazione degli specifici doveri ricavabili dalle norme giuridiche o contrattuali che disciplinano la posizione del soggetto attivo tipico, l'aggiunta dell'illiceità dell'atto conseguente alla violazione «degli obblighi di fedeltà» nell'esercizio dell'ufficio privato è risultata di contenuto indecifrabile.

La fattispecie penale è rimasta connotata da un dolo generico, non altrimenti qualificato sotto il profilo dell'intensità, talché è punibile anche nella forma del dolo eventuale, *«essendo sufficiente a tal fine che l'agente si rappresenti il nocumento della società, accettandone il rischio di verifica in conseguenza della propria condotta illecita»*⁸⁶.

Il dato problematico in alcun modo risolto è residuo nel regime di procedibilità del delitto di corruzione privata. Essa è rimasta condizionata, infatti, dalla querela della persona offesa (ovvero della società che subisce il nocumento), com'era già previsto per l'infedeltà a seguito di dazione, salvo che *«dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi», «un vero e proprio ulteriore evento del reato, dal problematico (a dir poco) accertamento e ambiguamente posto in rapporto di derivazione causale non già con la condotta illecita, bensì con il "fatto" oggetto di incriminazione nel suo insieme, talché si potrebbe giungere a sostenere che la distorsione della concorrenza debba dipendere dal nocumento patrimoniale subito dalla società persona offesa, la cui produzione comunque resta imprescindibile anche qualora il reato diventi perseguibile d'ufficio»*⁸⁷.

Il bene giuridico resta dunque il patrimonio sociale, in quanto l'estraneità dell'atto ai doveri sociali oggetto di scambio non rileva per sé, ma in quanto comporti un nocumento alla società, che *«conserva nella maggior parte dei casi il potere di decidere se i comportamenti corruttivi debbano o meno essere puniti»*.

⁸⁶ G. ANDREAZZA, L. PISTORELLI, op. cit.

⁸⁷ G. ANDREAZZA, L. PISTORELLI, op. cit.

§.5. CONFUSIONE DI PATRIMONI

§.5.1. LA NORMA ED IL BENE GIURIDICO

In base al vigente articolo 168 del d.lgs. n. 58/1998⁸⁸, «salvo che il fatto costituisca reato più grave, chi, nell'esercizio di servizi o attività di investimento o di gestione collettiva del risparmio, ovvero nella custodia degli strumenti finanziari e delle disponibilità liquide di un OICR, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, viola le disposizioni concernenti la separazione patrimoniale arrecando danno agli investitori, è punito con l'arresto da uno a tre anni e con l'ammenda da euro 5.164 a euro 103.291».

La previsione rafforza la tutela dei diritti degli investitori sui beni di loro pertinenza dei quali l'intermediario ha la mera disponibilità, garantendone l'identificabilità. Ma la confusione, che concreta un'ulteriore forma di infedeltà gestoria, è punita solo in quanto causativa di un danno, anche in tal caso di natura patrimoniale.

Il quadro normativo che impone la separazione patrimoniale è composito anche se in tal caso quello di natura primaria pare più delineato di quanto è dato riconoscere per la disciplina che regola i conflitti di interesse per la gestione infedele ex art. 167 TUIF . Come sopra ricordato, il principio della separazione patrimoniale scaturisce dall'articolo 22 del T.U.I.F.⁸⁹ e dall'articolo 36, co. 4 T.U.I.F.⁹⁰.

⁸⁸ Come modificato dall'art. 16/3 del d.lgs. n. 164 del 17.9.2007.

⁸⁹ Articolo 22 del T.U.I.F. «1. Nella prestazione dei servizi di investimento e accessori gli strumenti finanziari e le somme di denaro dei singoli clienti, a qualunque titolo detenuti dall'impresa di investimento, dalla SGR, dalla società di gestione UE o dagli intermediari finanziari iscritti nell'elenco previsto dall'articolo 107 del T.U. bancario, nonché gli strumenti finanziari dei singoli clienti a qualsiasi titolo detenuti dalla banca, costituiscono patrimonio distinto a tutti gli effetti da quello dell'intermediario e da quello degli altri clienti. Su tale patrimonio non sono ammesse azioni dei creditori dell'intermediario o nell'interesse degli stessi, né quelle dei creditori dell'eventuale depositario o subdepositario o nell'interesse degli stessi. Le azioni dei creditori dei singoli clienti sono ammesse nei limiti del patrimonio di proprietà di questi ultimi. 2. Per i conti relativi a strumenti finanziari e a somme di denaro depositati presso terzi non operano le compensazioni legale e giudiziale e non può essere pattuita la compensazione convenzionale rispetto ai crediti vantati dal depositario o dal subdepositario nei confronti dell'intermediario o del depositario. 3. Salvo consenso scritto dei clienti, l'impresa di investimento, la SGR, la società di gestione UE, l'intermediario finanziario iscritto nell'elenco previsto dall'articolo 107 del T.U. bancario e la banca non possono utilizzare, nell'interesse proprio o di terzi, gli strumenti finanziari di pertinenza dei clienti, da essi detenuti a qualsiasi titolo. L'impresa di investimento, l'intermediario finanziario iscritto nell'elenco previsto dall'articolo 107 del T.U. bancario, la SGR e la società di gestione UE non possono utilizzare, nell'interesse proprio o di terzi, le disponibilità liquide degli investitori, da esse detenute a qualsiasi titolo».

⁹⁰ Articolo 36, co. 4 T.U.I.F. «Ciascun fondo comune di investimento, o ciascun comparto di uno stesso fondo, costituisce patrimonio autonomo, distinto a tutti gli effetti dal patrimonio della società di gestione del risparmio e da quello di ciascun partecipante, nonché da ogni altro patrimonio gestito dalla medesima società; delle obbligazioni contratte per conto del fondo, la Sgr risponde esclusivamente con il patrimonio del fondo medesimo. Su tale patrimonio non sono ammesse azioni dei creditori della società di gestione del risparmio o nell'interesse della stessa, né quelle dei creditori del depositario o del sub depositario o nell'interesse degli stessi. Le azioni dei creditori dei singoli investitori sono ammesse soltanto sulle quote di partecipazione dei medesimi. La società di gestione del risparmio non può in alcun caso utilizzare, nell'interesse proprio o di terzi, i beni di pertinenza dei fondi gestiti».

Con delibera della Banca d'Italia n. 1097 del 29 ottobre 2007 è stato aggiunto al Regolamento della Banca d'Italia del 4 agosto 2000 "Bilancio d'esercizio" il titolo V, dettagliando la disciplina gli obblighi degli intermediari relativi al deposito dei beni e al sub-deposito degli strumenti finanziari della clientela nella prestazione di servizi e attività di investimento. Nel rimettere le soluzioni organizzative e procedurali alla più puntuale definizione degli intermediari l'autorità di vigilanza impone di adeguarle al tipo e all'entità delle attività svolte e alla natura della clientela, più in generale, dovendo essere idonee a salvaguardare i diritti dei clienti sui beni affidati e la separazione patrimoniale (tra i patrimoni dei singoli clienti e tra questi e il patrimonio dell'intermediario).

§.5.2. I SOGGETTI ATTIVI

Gli autori tipici della contravvenzione possono essere coloro che *esercitano servizi o attività di investimento o di gestione collettiva del risparmio, ovvero custodiscono* gli strumenti finanziari e le disponibilità liquide di un OICR. Anche in tal caso il legislatore ha preferito una definizione oggettiva-funzionale, pur se in concreto il reato pare realizzabile essenzialmente dai soggetti con autonomia operativa presso i soggetti autorizzati alle attività riservate. Si conferma, dunque, la natura di *reato proprio*.

§.5.3. LA CONDOTTA

Il comportamento penalmente rilevante si identifica nella *trasgressione delle disposizioni concernenti la separazione patrimoniale*, delineate dagli articoli 22 e 36 del T.U.I.F. e da quelle che specificative dei precetti posti da queste ultime. Tali violazioni, in ogni caso, rilevano *in quanto arrechino danno agli investitori*, atteso che in assenza di tal elemento valgono solo a costituire l'illecito amministrativo *ex art. 190 T.U.I.F.*, posta la natura contravvenzionale e la conseguente inconfigurabilità dell'illecito in forma tentata.

La condotta può realizzarsi, anzitutto, in *forma commissiva*, come nel caso di indebita realizzazione di compensazioni tra le posizioni (sia in denaro sia in titoli) dei singoli clienti ovvero di intermediari che utilizzino nell'interesse proprio o di terzi le disponibilità liquide e gli strumenti finanziari di pertinenza dei clienti, senza il consenso dei medesimi. Ma non sussistono ragioni ostative alla sua configurabilità in *forma omissiva*, come nel caso in cui si contravvengano alcune delle previsioni introdotte con la delibera della Banca d'Italia n. 1097 del 29 ottobre 2007. Si pensi all'intermediario che ometta di istituire e conservare apposite evidenze degli strumenti finanziari e del denaro dei clienti, ovvero di aggiornarle in via continuativa e con tempestività, in modo tale da poter ricostruire in qualsiasi momento con certezza la posizione di ciascun cliente; o, ancora, all'intermediario che ometta di indicare nelle proprie evidenze, con riferimento alle singole operazioni relative a beni di pertinenza della clientela, la data dell'operazione, la data del regolamento previsto dal contratto e la data dell'effettivo regolamento. Nonché, all'intermediario che ometta di depositare,

entro il giorno lavorativo successivo alla loro ricezione, le disponibilità liquide ricevute dalla clientela presso una banca o una banca centrale in conti intestati agli intermediari depositanti con l'indicazione che si tratta di beni di terzi.

§.5.4. L'ELEMENTO SOGGETTIVO

La contravvenzione è punita a titolo di dolo specifico, dovendo la violazione delle disposizioni concernenti la separazione patrimoniale essere finalizzata al conseguimento di un profitto ingiusto per sé o per altri. Diversamente dalla fattispecie *ex art. 167 T.U.I.F.* la specificazione appare significativa, rispondendo alla preoccupazione di mantenere le condotte di rilevanza penale ben distinte da contegni meramente colposi, come tali oggetto del mero interesse amministrativo *ex art. 190 T.U.I.F.*

§.6. L'OMESSA COMUNICAZIONE DEL CONFLITTO DI INTERESSI EX ART. 2629-BIS C.C.

§.6.1. LA NORMA ED IL BENE GIURIDICO

In base all'articolo 2629-bis c.c.⁹¹ «l'amministratore o il componente del consiglio di gestione di una società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altro Stato dell'Unione europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell'articolo 116 del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 e successive modificazioni, ovvero di un soggetto sottoposto a vigilanza ai sensi del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, del citato testo unico di cui al decreto legislativo n. 58 del 1998, del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209 o del decreto legislativo 21 aprile 1993, n. 124 che viola gli obblighi previsti dall'articolo 2391, primo comma, è punito con la reclusione da uno a tre anni, se dalla violazione siano derivati danni alla società o a terzi».

Si tratta di fattispecie il cui elemento materiale ha una estensione molto più limitata di quella dell'abrogato articolo 2631 c.c.. In virtù di quest'ultima norma, sotto la rubrica «conflitto d'interessi», veniva punito, con la pena della multa, l'amministratore che, avendo in una determinata operazione, per conto proprio o di terzi, un interesse in conflitto con quello della società, non si asteneva dal partecipare alla deliberazione del consiglio o del comitato esecutivo, relativa all'operazione stessa e, al capoverso, anche con la reclusione, se dalla deliberazione derivava un pregiudizio alla società.

Le società interessate dalla nuova tutela penale sono solo quelle «aperte». Inoltre, la sanzione riguarda solo la violazione degli obblighi previsti dal primo comma dell'articolo 2391 c.c. Tale previsione grava l'amministratore di *dare notizia agli altri amministratori e al collegio sindacale* di ogni interesse che, per conto proprio o di terzi, abbia in una determinata operazione della società, precisandone la natura, i termini, l'origine e la portata. Nel solo caso di *amministratore delegato* lo stesso è gravato degli obblighi di *astenersi* dal compiere l'operazione e di investire della stessa l'organo collegiale, nel caso di *amministratore unico* avendo anche l'obbligo di *darne notizia anche alla prima assemblea utile*.

Il vero problema è l'individuazione del contenuto dell'*interesse sociale*. E' noto che il legislatore non ne ha offerto una diretta definizione. Scelta che non ha mancato di autorizzare letture variegiate, venute quasi a superare la separazione e l'autonomia tra l'interesse dei soci-amministratori e quello della società. La tematica si è posta tradizionalmente sul versante dei reati appropriativi in danno di organismi societari⁹², anche se non risulta meno centrale nel contesto dei reati

⁹¹ Introdotta dall'art. 31 della legge n. 262/2005 e modificata dall'art. 6 D.Lgs. 29.12.2006, n. 303.

⁹² La mancanza della esplicita definizione normativa dei contenuti dell'interesse sociale non ha impedito che in alcune, sia pur limitate, evenienze la Corte regolatrice abbia escluso il requisito del profitto ingiusto, richiesto per la integrazione del reato di appropriazione indebita, quanto sia realizzata in accordo con la volontà dei titolari dei beni oggetto della condotta. Titolari dei beni individuati, in termini affatto convincenti per quanto sopra ricordato, nelle diverse componenti

"soggettive" nella compagine sociale (Cass. II, 20062/2011). Occorre, per contro, ricordare che l'orientamento consolidato di legittimità è in senso opposto a quello appena evocato. La Corte di Cassazione (II, 50087/2013) ha ritenuto integrato il delitto di **appropriazione indebita aggravato** dall'abuso delle relazioni di ufficio nella condotta *"dell'amministratore, socio unico di una società a responsabilità limitata, che si appropriò di denaro della società stessa distraendolo dallo scopo cui è destinato"*. Il principio di diritto è stato ribadito in relazione ad evenienza nella quale l'indagato era stato sorpreso dalla Guardia di Finanza in possesso della somma di euro 1.000,00 prelevata senza alcuna causale dalle casse societarie. Ad avviso della Corte la suddetta condotta, integra gli estremi dell'elemento materiale del reato di appropriazione indebita come ritenuto dalla costante e consolidata giurisprudenza di legittimità (Cass. 3397/2012 Rv. 254312 secondo la quale *"integra il delitto di appropriazione indebita, e non quello di infedeltà patrimoniale previsto dall'art. 2634 c.c., l'erogazione di denaro compiuta dall'amministratore di una società di capitali in violazione delle norme organizzative di questa e per realizzare un interesse esclusivamente personale, in assenza di una preesistente situazione di conflitto d'interessi con l'ente, senza che possa rilevare l'assenza di danno per i soci"*; Cass. 40136/2011 Rv. 251197; Cass. 13241/1976 Rv. 134923 secondo la quale *"l'amministratore unico di una società per azioni, che sia anche l'unico azionista, il quale, avendo ottenuto degli sconti da una ditta fornitrice, anziché versarne il relativo importo - come doveva, nelle casse della società - li abbia tratti per sé, convertendoli in proprio profitto, commette il reato di appropriazione indebita"*). Per disattendere la tesi secondo la quale il reato in tali peculiari evenienze non sarebbe configurabile perché *"la società s'identificava nell'indagato"*, sicché non poteva essere ritenuto colpevole di essersi appropriato di denaro di sua proprietà, la Corte ha notato: *«Si tratta di una singolare tesi difensiva che trascura di considerare quel che costituisce un punto invalicabile della differenziazione fra la posizione giuridica dei soci (quando anche proprietari dell'intero capitale sociale) e quella della società. Sul punto, è sufficiente ribadire che, proprio in virtù dell'autonomia patrimoniale e giuridica fra i soci e la società "non risulta giuridicamente configurabile in capo ai singoli soci un potere di disposizione delle somme di pertinenza delle società di capitali e ciò in ragione del principio di autonomia patrimoniale perfetta di tali enti; con la conseguenza che la società di capitali risponde delle proprie obbligazioni esclusivamente con il suo patrimonio, che pertanto deve rimanere integro, in quanto, in caso di insolvenza della società, i creditori non possono rivalersi sul patrimonio personale dei singoli soci che, a loro volta, proprio per tale ragione, non possono amministrare il capitale sociale": Cass. 3397/2012 cit. A fortiori, il suddetto principio vale nei confronti dell'Amministratore unico della società di cui è anche socio unico, proprio perché l'amministratore, al di là del fatto che sia anche socio unico, ha la funzione di adempiere ai propri doveri di amministratore così come codificati dal cod. civ., fra i quali, di sicuro, non rientra quello di appropriarsi ad libitum e senza alcuna giustificazione delle somme della società che amministra e della cui amministrazione deve dar conto all'esterno (ad es. ai creditori)*. Onde, la Cassazione ha confermato il seguente principio di diritto: *«l'amministratore unico di una società a responsabilità limitata, che sia anche l'unico socio in quanto detentore del 100% delle quote, il quale si appropriò - trattenendolo per sé - senza alcun giustificato motivo di denaro della società distraendolo quindi dallo scopo cui è destinato, commette il reato di appropriazione indebita»*. La pronuncia si allinea a precedenti (Cass. II, 26281/2009) pervenute a medesime conclusioni muovendo dalla ovvia notazione che l'autonomia patrimoniale delle società va sempre rispettata dall'amministratore, che egli lo sia solo di fatto o anche formalmente. In tal senso anche recente pronuncia (Cass. II, 7484/2014) che ha confermato i seguenti principi di diritto **in tema di distribuzione dell'onere probatorio**, affermando che *«spetta alla pubblica accusa la prova del reato. Tuttavia, ove l'imputato deduca eccezioni o argomenti difensivi, spetta a lui provare o allegare, sulla base di concreti ed oggettivi elementi fattuali, le suddette eccezioni perché è l'imputato che, in considerazione del principio della cd. "vicinanza della prova", può acquisire o quantomeno fornire, tramite l'allegazione, tutti gli elementi per provare il fondamento della tesi difensiva»; «Nell'ipotesi in cui l'imputato del reato di appropriazione indebita di una somma di denaro neghi il fatto addebitatogli, l'onere della prova o di allegazione su di lui gravante non ha ad oggetto un fatto non avvenuto (mancata appropriazione) ma la dimostrazione di specifici fatti positivi contrari a quelli provati dalla pubblica accusa dalla quale possa desumersi il fatto negativo (mancata appropriazione) e, quindi, la prova della fondatezza della tesi difensiva»*. In concreto, la prova o l'onere di allegazione di cui è gravato l'imputato *"non consiste nel provare o allegare un fatto negativo (ossia di non essersi appropriato della somma che è risultata mancante), ma consiste nel provare ad es.: a) che quella somma non è mai entrata nelle casse della società; b) che quella somma, pur essendo stata incassata, ha*

societari. La mancanza della definizione finisce per riverberare effetti sulla certezza dei precetti e l'effettività della tutela.

A prezzo di sicure semplificazioni, per le *società in bonis* l'interesse sociale di rilevanza penale può individuarsi nell'*interesse patrimoniale* della società. Molto muta, poi, a seconda che esso si declini quale, modesto, interesse *alla salvaguardia della garanzia patrimoniale* dei creditori e dei soci attuali, quale unico limite alla libertà di gestione degli amministratori, o si spinga sino alla tutela dell'*interesse all'incremento del valore economico* della società. Comunque inteso, perseguire l'interesse sociale costituisce l'obiettivo principale dell'attività gestoria, dovere implicito e comunque imposto in negativo proprio dal divieto di agire in conflitto di interessi con esso (art. 2391 c.c.) e dal dovere di compiere le operazioni necessarie all'attuazione dell'oggetto sociale (art. 2380-bis c.c.)⁹³.

avuto una destinazione diversa ma sempre nell'interesse della società; c) che di quella somma si è appropriato un terzo; si tratta cioè, di una prova o allegazione che verte su fatti positivi dai quali, se provati, si può poi desumere l'innocenza dell'imputato e, quindi, la prova della fondatezza della tesi difensiva". Quanto all'applicazione della fattispecie penale anche agli **amministratori/soci di società di persone** (cfr. Cass., II, 4244/2012), più volte la Cassazione ha disatteso la tesi secondo la quale l'imputato gestiva, in realtà, beni propri, rilevando che «*anche le società di persone (ed in particolare anche le società in accomandita semplice) costituiscono, pur non avendo personalità giuridica, ma soltanto autonomia patrimoniale, un autonomo soggetto di diritto, che può essere centro di interessi e d'imputazione di situazioni sostanziali e processuali distinte da quelle riferibili ai singoli soci* (così ad es. Cassazione civile, sez: 3^a, 18 luglio 2002, n. 10427 Boraschi c. Ente aut. Fiere Parma). *Conseguentemente, ... l'appropriazione indebita di beni sociali costituisce non solo pregiudizio per i soci, ma anche per i terzi e per gli eventuali creditori sociali, che devono poter contare sul patrimonio della società. Se, quindi la società deve ritenersi dotata di autonomia patrimoniale rispetto ai singoli soci, a maggior ragione non è dato confondere il patrimonio del gestore di fatto con quello della società* (così Cass. II, 3675/2009; anche Cass. Sez. 5, Sentenza n. 10460 del 24/06/1999 Rv. 214465 Sepe S. per l'aggravante dell'abuso di relazioni di prestazione n'opera ricorre in tutti i casi in cui il reo abbia profittato della fiducia in lui riposta e manifestatagli con l'affidamento a qualsiasi titolo del disimpegno di una determinata attività" nella fattispecie si trattava di appropriazione indebita commessa da un socio amministratore di una società di fatto).

⁹³ La riforma del diritto societario del 2003, sul versante civilistico, ha sancito ciò che non ha saputo affermare su quello penalistico, ossia che la correttezza, l'informazione e la trasparenza nella gestione della società rappresentano valori fondamentali per il governo societario, come testimoniato dagli articoli 2391, 2391-bis e 2392 c.c. Dagli articoli 2391 e 2391-bis c.c. emerge che gli amministratori sono gravati di un generale e dettagliato obbligo di informazione verso gli altri componenti del consiglio e verso il collegio sindacale che ha ad oggetto ogni interesse che abbiano, anche per conto di terzi, in operazioni della società. E dunque, non solo di quelli conflittuali. Ma l'informazione piena neppure basta. Occorre anche che il consiglio di amministrazione offra motivazione adeguata delle ragioni e della convenienza dell'operazione per la società, adducendo elementi che consentano di verificare che l'interesse dell'amministratore non ha influito sulla decisione di realizzarla egualmente. Più in generale, dalla previsione dell'articolo 2392 c.c., risalta che gli amministratori devono adempiere i doveri imposti dalla legge con la diligenza richiesta "dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze", deciso passo in avanti nel senso del dovere della competenza (sempre fuggito, come quello di conoscenza) rispetto alla previgente nozione di "diligenza del buon padre di famiglia". Essi devono agire informati (a. 2381, co.6 c.c.), ricevono informazioni periodiche dagli organi cui abbiano delegato particolari funzioni, ne impostano le linee di esercizio della delega, hanno comunque diritto di chiedere ai delegati informazioni, dati e notizie e rispondono dei danni se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose (a. 2392, co.2 c.c.). Lontani i tempi in cui gli amministratori, chiamati in giudizio dall'azione sociale di responsabilità, si difendevano eccependo di aver

Il bene giuridico del delitto resta la salvaguardia del patrimonio sociale, a garanzia di soci e creditori, come rilevato dall'evento di danno costituente la diretta conseguenza della violazione rilevante. Tale elemento porta a ritenere che almeno naturalisticamente l'interesse del gestore rilevante nella fattispecie sia quello confliggente con quello dell'organismo sociale, posto il danno procurato a quest'ultimo

§.6.2. I SOGGETTI ATTIVI

Si tratta di un *reato proprio*, realizzabile dell'amministratore (consigliere, delegato o unico) o dal componente del consiglio di gestione presso società o comunque soggetto economico sottoposto alla vigilanza della Banca d'Italia (banche, gruppi bancari, intermediari finanziari), della Consob (SIM, imprese di investimento, società di gestione del risparmio, Sicav, intermediari autorizzati all'esercizio di servizi di investimento), dell'Isvap (imprese di assicurazione e di riassicurazione), della Commissione istituita ai sensi dell'articolo 16 legge n. 124/93 (fondi pensione) ovvero presso società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altro Stato dell'Unione europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell'articolo 116 del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 e successive modificazioni . Si tratta, in definitiva, delle società che gestiscono o sono coinvolte nella gestione del risparmio pubblico. Ne restano esclusi gli amministratori di società a responsabilità limitata, atteso che per esse non opera la previsione dell'articolo 2391 c.c. (espressamente richiamata dalla norma penale) ma quella dell'articolo 2475-ter c.c.⁹⁴.

Trattandosi di reato previsto dal titolo XI del Libro V del codice civile, al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della ricordata funzione gestoria «è equiparato sia chi è tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata, sia chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione» (art. 2639 c.c.).

Al ricorrere degli altri elementi caratteristici, non pare possa escludersi un concorso omissivo improprio a carico degli altri amministratori a conoscenza dell'interesse non dichiarato ovvero mal gestito, tenuto conto della posizione di garanzia *ex artt. 40/2 c.p., 2392 c.c. 2381, co.6 c.c.*

accettato la carica solo con funzione di rappresentanza, nel significato sociale del termine, non in quello tecnico-giuridico.

⁹⁴In base a tale articolo, i contratti conclusi dagli amministratori che hanno la rappresentanza della società in conflitto di interessi, per conto proprio o di terzi, con la medesima possono essere annullati su domanda della società, se il conflitto era conosciuto o riconoscibile dal terzo. Le decisioni adottate dal consiglio di amministrazione con il voto determinante di un amministratore in conflitto di interessi con la società, qualora le cagionino un danno patrimoniale, possono essere impugnate entro novanta giorni dagli amministratori e, ove esistenti, dai soggetti previsti dall'articolo 2477. In ogni caso sono salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della decisione.

§.6.3. LA CONDOTTA

Il comportamento penalmente rilevante si concreta nella *violazione degli obblighi* previsti dall'articolo 2391, primo comma, del codice civile, *produttiva* del danno per la società o i terzi.

Si tratta di *contegni omissivi*, realizzati dall'amministratore mancando di *dare notizia agli altri amministratori e al collegio sindacale* di ogni interesse che, per conto proprio o di terzi, abbia in una determinata operazione della società, ovvero dell'*amministratore delegato* che manchi di investire della stessa l'organo collegiale ovvero, nel caso di *amministratore unico*, di *darne notizia anche alla prima assemblea utile*.

Se è vero che non è presupposto alcun conflitto di interessi, potendo quello del gestore essere del tutto compatibile con quello sociale, ordinariamente quello capace di cagionare pregiudizio all'organismo societario sarà quello confliggente con l'interesse sociale.

Ma la violazione può essere non disgiunta da *condotte attive*, anzitutto nel caso di comunicazione lapidaria o inadeguata, senza precisazione della natura, dei termini, dell'origine e della portata dell'interesse personale, ovvero sprovvista dei criteri enunciati dall'articolo 2391 c.c. O, ancora, nei casi in cui l'*amministratore delegato o unico* trasgredisca all'obbligo di *astenersi* dal compiere l'operazione.

Il danno che rende rilevante la violazione delle norme societarie sulla informazione e gestione degli interessi degli amministratori riguarda la società o i terzi, tra essi compresi i singoli soci, i dipendenti, i creditori sociali, titolari in quanto tali dell'interesse ad una gestione societaria imparziale e corretta.

Circa la natura di tale elemento, la Corte di Cassazione⁹⁵ ha affermato che «*il danno arrecato alla società od a terzi è elemento costitutivo della fattispecie e può consistere in qualsiasi pregiudizio, anche non strettamente patrimoniale*»⁹⁶.

In tal senso la Corte regolatrice pare aver preferito la ricostruzione del danno nei termini di evento della fattispecie, più che di *condizione obiettiva di*

⁹⁵ V, n. 29605/2014

⁹⁶ La Cassazione ha escluso che la nozione di danno contemplata dall'art. 2629 bis c.c. possa essere interpretata in termini esclusivamente patrimoniali. Il danno definito dalla norma è privo di aggettivazioni, diversamente dalla correlata fattispecie dall'art. 2634 c.c.. Opzione non casuale, che si registra anche in altre norme novellate tra il 2002 e il 2005, sussistendo anche una terza ipotesi, ovvero quella che considera sufficiente per il perfezionamento della condotta di rilievo penale anche il semplice "nocumento" (cfr. art. 2635 c.c.). La Corte ha ancora una volta chiarito che per alcune delle ipotesi criminose novellate il richiamo alla nozione di danno o di nocumento deve intendersi dimostrativo di una dimensione non strettamente patrimoniale del pregiudizio rilevante ai fini della configurabilità del reato (fra questi, anche *un eventuale danno di immagine, senz'altro configurabile con riguardo ad istituti di credito che si assumano avere operato disparità di trattamento nei rapporti con la clientela*); ciò anche in ragione della previsione normativa di cui all'art. 2640 c.c., atteso che, qualora il diritto penale societario dovesse realmente intendersi orientato alla tutela di esclusivi o comunque imprescindibili interessi di natura patrimoniale, il legislatore non avrebbe avuto ragione di prevedere un'attenuante ed hoc (peraltro richiamando in termini assai generali le ipotesi in cui venga cagionata una "offesa di particolare tenuità"), essendo a quel punto già applicabile la circostanza comune ex art. 62 c.c., n. 4".

*punibilità*⁹⁷, come sembrerebbe deporre anche il dato letterale (che non ricorre ad espressione usualmente vocative del nesso causale, ma richiama l'esistenza di una mera relazione di derivazione).

L'opzione interpretativa della Cassazione, ad un tempo, riduce (imponendo che il danno sia voluto, come non sarebbe stato necessario ove fosse stata preferita la qualificazione nei termini di condizione obiettiva di punibilità) ed amplia (estendendone i contenuti), ad un tempo, le possibilità di impiego della fattispecie penale. L'evenienza concreta esaminata dalla Corte atteneva a delibere adottate dal consiglio di amministrazione di una banca, attraverso le quali, in ipotesi di accusa, erano stati concessi ad alcune società mutui ipotecari o chirografari, fidi, anticipi su fatture ed altre agevolazioni senza che ricorressero i presupposti di solvibilità delle società stesse, né di corretto andamento dei rapporti bancari a queste intestati: ciò in quanto i soggetti favoriti, con conseguenti danni per la banca in ragione del mancato rientro di quelle esposizioni, risultavano clienti di una società in accomandita semplice (avente ad oggetto servizi per la prestazione di consulenze e per la tenuta degli adempimenti tributari) della quale due membri del consiglio di amministrazione della banca erano, rispettivamente, socio accomandatario e collaboratore di fatto. Ne erano derivati addebiti *ex art. 646 c.p., art. 61 nn. 7 e 11 c.p.,* nonché ai sensi dell'art. 2629 bis c.c., per avere l'amministratore omissso di dare formale notizia agli altri amministratori della banca ed ai componenti del collegio sindacale del conflitto di interessi correlato alla sua attività di consulente, prestata attraverso la s.a.s., dei beneficiari delle erogazioni.

Alcuni commentatori⁹⁸ hanno precisato che se il danno può avere natura non patrimoniale, non di meno deve essere pur sempre *valutabile economicamente*, come nel caso della lesione di immagine o della perdita di prestigio.

In via generale, si profilano due importanti complicazioni, che riverberano sotto il profilo della configurabilità oggettiva e soggettiva della fattispecie.

In primo luogo, l'*adempimento formale, purché trasparente*, degli obblighi *ex art. 2391/1 c.c.* esclude l'integrazione della fattispecie nei confronti dell'amministratore in conflitto di interessi che persegua pervicacemente e dichiaratamente la soddisfazione del proprio interesse extra(anti-)sociale. Analogamente, è a dirsi con riferimento agli altri amministratori che favoriscano, con il voto determinante, l'interesse sociale particolare dell'amministratore⁹⁹ dei quali abbiamo avuta formalistica comunicazione.

In secondo luogo, assai problematica è la dimostrazione di un *nesso casuale diretto* tra la violazione degli obblighi formali (informativi e/o comportamentali) previsti dell'articolo 2391/1 c.c. e il danno altrui. Quest'ultimo evento, per lo più, potrà essere posto in relazione con atti di disposizione patrimoniale di beni sociali con conseguente configurabilità della "irreprimibile" fattispecie di

⁹⁷ Così, invece, ZAMBUSI, *Infedeltà patrimoniale interna degli operatori bancari*, 2005

⁹⁸ A. ALESSANDRI, *Reati in materia economica*, 2012

⁹⁹ A. ALESSANDRI, *op. cit.*

infedeltà patrimoniale, considerato il regime di procedibilità a querela, l'esclusione della rilevanza delle condotte omissive, la rigorosa intenzionalità che connota la relazione con il danno alla società e l'esclusione, in ogni caso, dell'ingiustizia del profitto della società collegata o del gruppo, se compensato da vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo.

§.6.4. L'ELEMENTO SOGGETTIVO

E' richiesto il dolo generico, ovvero la coscienza di trovarsi in presenza di una situazione in cui si configura un interesse personale, proprio o per conto di terzi, unita alla consapevolezza della volontà di violare, con condotta omissiva o commissiva, gli obblighi previsti dall'articolo 2391, primo comma, cagionando (almeno per la teoria del danno qual elemento costitutivo-evento in rapporto di nesso causale con la condotta) danni alla società o a terzi.

Ammissibile la configurazione del dolo eventuale, salva la difficoltà, più generale, di dimostrare la consapevolezza che dalla violazione degli obblighi informativi e comportamentali *ex art.2391, co.1 c.c.* possa derivare direttamente il danno alla società o a terzi

§.6.5. PROBLEMATICHE E PARADOSSI APPLICATIVI

All'estensione delle possibilità applicative conseguenti alla procedibilità di ufficio per il delitto *ex art. 2629-bis c.c.* si contrappongono una serie impressionante di ostacoli applicativi.

Ove non si preferisca la tesi sopra proposta, seriamente insuperabile risulta, infatti, la difficoltà di dimostrare che da un silenzio (omissione informativa) possa derivare direttamente un danno, ordinariamente piuttosto conseguenza dell'atto dispositivo di beni sociali consentito dal primo. Né gli effetti paralizzanti di questa qualificazione del danno e del necessario nesso causale tra la condotta e tale elemento paiono contenibili invocando il consolidato orientamento della Cassazione in virtù del quale le cause sopravvenute idonee ad escludere il rapporto di causalità sono quelle che innescano un percorso causale completamente *autonomo* da quello determinato dall'agente, ovvero i fatti sopravvenuti che realizzano una linea di sviluppo del tutto *anomala e imprevedibile* della condotta antecedente¹⁰⁰. In altre parole, «*la causa sopravvenuta sufficiente da sola alla produzione dell'evento e quindi interruttiva del nesso eziologico è soltanto quella del tutto indipendente dal fatto posto in essere dall'agente, avulsa totalmente dalla sua condotta ed operante in assoluta autonomia, in modo da sfuggire al controllo ed alla prevedibilità dell'agente medesimo*»¹⁰¹. Il compimento dell'atto dispositivo in conflitto di interessi, per quanto dipendente ovvero legato alla violazione dei doveri *ex a. 2391 co.1 c.c.*, condurrà

¹⁰⁰ IV, 39617/2007.

¹⁰¹ IV, 10760/1997.

verosimilmente, per rapporto di specialità, alla configurazione del diverso reato *ex art. 2634 c.c.*, connotato alla problematiche applicative già spiegate. Assolutamente incongrua, inoltre, la previsione di un trattamento sanzionatorio più grave per l'ipotesi, oggettivamente meno offensiva, di omissione della comunicazione del conflitto di interessi *ex art. 2629-bis c.c.* (nel minimo punita con un anno di reclusione) rispetto all'infedeltà patrimoniale *ex art. 2634 c.c.* (punita nel minimo con sanzione inferiore, pari a sei mesi di reclusione). Situazione che ingenera la paradossale possibilità di rendere "conveniente" al responsabile dell'omissione informativa porre in essere l'atto di disposizione *ex art. 2634 c.c.* per lucrare il più mite trattamento sanzionatorio apprestato da quest'ultima norma e le complicazioni della condizione di procedibilità, con certo non voluto ma non meno assurdo "stimolo" a concludere l'opera.

Parimenti complicata, poi, la prova dell'esistenza del dolo (pur generico) di danno riferito a soggetti terzi, diversi dalla società.

A completare il quadro paradossale, come si diceva, l'impossibilità di sanzionare con tale fattispecie l'amministratore che adempia formalmente agli obblighi *ex art. 2391, co.1 c.c.* perseguendo, sia pure in maniera trasparente, un interesse personale, arrecando un pregiudizio economico per la società.

§.7. LE OBBLIGAZIONI DEGLI ESPONENTI BANCARI: ART. 136 TUB

§.7.1. LA NORMA ED IL BENE GIURIDICO

Ai sensi del vigente articolo 136, co.1 del d.lgs. n. 385/1993, «1. Chi svolge funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso una banca non può contrarre obbligazioni di qualsiasi natura o compiere atti di compravendita, direttamente od indirettamente, con la banca che amministra, dirige o controlla, se non previa deliberazione dell'organo di amministrazione presa all'unanimità **con l'esclusione del voto dell'esponente interessato** e col voto favorevole di tutti i componenti dell'organo di controllo, fermi restando gli obblighi previsti dal codice civile in materia di interessi degli amministratori e di operazioni con parti correlate. È facoltà del consiglio di amministrazione delegare l'approvazione delle operazioni di cui ai periodi precedenti nel rispetto delle modalità ivi previste. 3. L'inosservanza delle disposizioni del **comma 1** è punita con la reclusione da uno a tre anni e con la multa da 206 a 2.066 euro».

In base all'art. 39, co. 1 della legge n. 262/2005 è disposto il raddoppio delle sanzioni penali previste dal testo unico entro i limiti posti per ciascun tipo di pena dal libro I, titolo II, capo II, del codice penale. La Cassazione¹⁰² ha chiarito

¹⁰² La Cassazione (V, 18544/20139) ha ricordato in proposito: «L'art. 39 dispone un generale incremento delle sanzioni penali e amministrative previste per le violazioni della disciplina societaria, bancaria, finanziaria e assicurativa. In particolare il comma 1 raddoppia le sanzioni penali previste dal testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, dal testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, dalla L. 12 agosto 1982, n. 576, relativa alla vigilanza sulle assicurazioni; la versione originaria della disposizione comprendeva anche il D.Lgs. 21 aprile 1993, n. 124, riguardante la previdenza complementare, ma il D.Lgs. 6 settembre 2007, n. 28, art. 7 ha escluso tale corpo normativo dall'ambito di applicazione della regola generale, poiché il decreto legislativo è stato abrogato dal D.Lgs. 5 dicembre 2005, n. 252, art. 21, comma 8, (disciplina delle forme pensionistiche complementari). D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385, art. 132, testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia ha subito diverse modifiche nel corso degli anni, anche con interventi sulla sanzione penale ivi prevista, che originariamente era la reclusione da sei mesi a quattro anni e la multa da L. quattro milioni a L. venti milioni; la pena detentiva massima è stata elevata a 5 anni dalla L. 7 marzo 1996, n. 108, art. 5 e riportata a 4 anni dal D.Lgs. 23 luglio 1996, n. 415, art. 64 comma 23; infine tale pena è stata confermata dal D.Lgs. 13 agosto 2010, n. 141, art. 8 che ha riformulato la fattispecie, prevedendo, appunto, la pena della reclusione da sei mesi a quattro anni e della multa da Euro 2.065 ad Euro 10.329. L'ultimo intervento normativo, in attuazione della delega contenuta nella L. n. 88 del 2009, art. 33 ha operato la revisione della disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario. La Legge comunitaria 2008, all'art. 33, ha delegato il Governo a: 1^) recepire la direttiva comunitaria sul credito al consumo; 2^) coordinare il Titolo 6^ del Testo unico bancario con altre disposizioni legislative in tema di trasparenza; 3^) rivedere la disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario; 4^) rivedere la disciplina degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi. L'art. 8 rientra nel terzo degli oggetti indicati, provvedendo, unitamente agli artt. 7, 9 e 10, alla "revisione normativa dei soggetti che operano nel settore finanziario" (così la relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo). Orbene, in nessun punto della L. n. 88 del 2009, artt. 2 e 33 che fissano principi e criteri direttivi della delega legislativa, si fa riferimento ad una modifica delle sanzioni penali previste dal testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia; un eventuale dimezzamento dei livelli edittali, come dedotto dal ricorrente, si risolverebbe in un eccesso di delega legislativa, con conseguente illegittimità costituzionale del D.Lgs. 13 agosto 2010, n. 141, art. 8. Omissis...Con riferimento alle fattispecie penali, allora, si è operata una mera risistemazione delle figure sanzionatorie, al fine di adattare alla nuova disciplina in materia di intermediari finanziari contenute nel titolo V del testo unico bancario, senza incidere sulle scelte di politica criminale; di conseguenza è rimasto immutato il trattamento sanzionatorio della fattispecie. Va peraltro anche considerato, come correttamente osservato dal Tribunale del riesame di Roma, che la L. n. 262 del 2005, art. 39 non fa riferimento specifico ad una singola fattispecie penale, ma a tutte quelle previste dal testo unico

la perdurante vigenza del raddoppio anche dopo la risistemazione di lacune delle fattispecie penali del TUB, come avvenuto nel caso del delitto *ex art. 132 TUB* a seguito della riforma del d.lgs. n. 141/2010. Le argomentazioni sono riproponibili anche nel caso del delitto in diretto esame.

Diversamente dalle fattispecie di infedeltà gestoria sinora esaminate, costruite sull'evento di danno, quello in esame rappresenta, secondo l'opinione prevalente¹⁰³, *reato di mero pericolo, presunto*. In altri termini, a fronte della violazione della procedura e delle garanzie imposte dalla norma, non può essere data *a posteriori* la prova che l'impresa bancaria non ha corso reali pericoli.

La valutazione può dirsi confermata anche dalla più recente riforma, che a salvaguardia del pericolo di incertezze e sospetti sull'integrità delle condotte di chi gestisce o controlla beni altrui, o comunque da rimborsare, è giunta a derogare la disciplina ordinaria, imponendo all'esponente interessato l'astensione dal voto, anche ove diverso dall'amministratore delegato o unico e pure ove portatore di interesse extrasociale non in conflitto con quello della banca.

Variegate sono le ricostruzioni in merito al *bene giuridico*. Secondo l'esperienza di altre fattispecie penali economiche la considerazione degli interessi giuridici presidiati dalla norma penale riveste ruolo dirimente ai fini degli esito del procedimento esegetico.

Le tesi, al riguardo, sono diversificate, spaziando dalla garanzia della *trasparenza e correttezza della gestione bancaria*¹⁰⁴, sino alla tutela del *patrimonio della banca e degli interessi dei depositanti*¹⁰⁵. Plausibilmente si tratta di un bene eterogeneo e complesso, individuabile nella salvaguardia dell'*impresa bancaria* (chiamata a gestire fondi forniti dai risparmiatori e da rimborsare) dai pericoli di pregiudizio connessi a situazioni di conflitto d'interessi tra essa ed i componenti dei propri organi amministrativi, direttivi e di controllo, realizzata presidiando la *correttezza formale* e la *trasparenza* dei relativi rapporti, per evitare anche l'insorgenza del semplice sospetto di indebiti sfruttamenti della carica rivestita, a garanzia dell'*affidabilità del sistema bancario e della fiducia che il pubblico dei risparmiatori* deve poter riporre in esso¹⁰⁶. Ancora, non pare inopportuno aggiungere che l'amministrazione dell'attività bancaria secondo trasparenti criteri di meritevolezza degli affidamenti, al di fuori di nascoste logiche di mera colleganza o di favoritismo, diventa centrale presidio della *libertà dell'impresa* e della lealtà nella *concorrenza economica*. Anche per proteggere tali beni la legge

delle leggi in materia bancaria e creditizia, alcune delle quali sono rimaste estranee all'innovazione legislativa del 2010; pertanto deve escludersi, anche sotto il profilo letterale, una sua abrogazione ad opera del D.Lgs. 13 agosto 2010, n. 141, art. 8, comma 2».

¹⁰³ Così C.Cost. n. 364/2004.

¹⁰⁴ ALIBRANDI, *I reati bancari*, Milano n. 1976.

¹⁰⁵ In tal senso PEDRAZZI.

¹⁰⁶ Così C.Cost. n. 364/2004 che ha posto, sullo sfondo, la *tutela del risparmio* garantita dalla salvaguardia della affidabilità del sistema bancario e della fiducia che il pubblico dei risparmiatori deve poter riporre in esso, a loro volta guadagnate con la *correttezza formale e la trasparenza dei relativi rapporti*, nell'ottica di evitare anche l'insorgenza del semplice sospetto di indebiti sfruttamenti della carica rivestita, strumenti e garanzia di sana e prudente gestione.

bancaria prevede (art. 25 TUB) requisiti di onorabilità dei titolari delle partecipazioni rilevanti nelle banche ed anche per questo prevede (art. 26 TUB) che i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso banche devono possedere requisiti di professionalità, onorabilità e indipendenza, il cui difetto o la cui mancanza determina la decadenza dall'ufficio. Circostanza non sempre valorizzata nella riflessione giuridica o comunque sovente vinta dalla contrarie esigenza di snellezza dell'intrapresa economica

§.7.2. STORIA DI RIFORME PENDOLARI

Il 18 dicembre 2012 è stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale¹⁰⁷ la legge n. 221/2012, con la quale convertito, con alcune modificazioni, il decreto legge n. 179/2012, altrimenti noto come decreto *Sciluppo-bis* o secondo Decreto *crescita*¹⁰⁸.

Durante i lavori parlamentari, la X^a Commissione permanente¹⁰⁹ del Senato aveva definito, in sede referente, un emendamento alla legge di conversione. Nel rifacimento definitivo, la novella normativa assumeva la seguente versione: «*all'articolo 136 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, sono apportare le seguenti modificazioni: a) alla fine del comma 1 è aggiunto il seguente periodo: "E' facoltà del consiglio di amministrazione delegare l'approvazione delle operazioni di cui ai periodo precedenti nel rispetto delle modalità ivi previste"; b) i commi 2 e 2-bis sono soppressi*». Non veniva accolta la più radicale proposta di sopprimere integralmente l'articolo 136 del testo unico bancario a decorrere dal 1° gennaio 2013¹¹⁰.

Il risultato scaturito da tale riforma, che ha obiettivamente ridotto lo spazio di applicazione dell'unico reato di pericolo diretto a contenere la mala gestione del conflitto di interessi nella materia dell'esercizio del credito, non appare a tutt'oggi percepito.

Nel dibattito apertosi tra i primi osservatori è prevalsa una lettura istintiva, favorevole a valorizzare la *portata abrogativa della novella, la cui valenza, detto subito, può considerarsi più limitata, considerando la ratio e l'esperienza storica della fattispecie*. Un noto quotidiano di informazione giuridica¹¹¹ ha offerto una lettura omogenea rispetto a questa prima impostazione, sottolineata già dal titolo dell'articolo che annunciava la riforma: "*manager bancari, sanzioni penali ko*".

¹⁰⁷ G.U. n. 294, Supplemento Ordinario n. 208.

¹⁰⁸ Il provvedimento è stato approvato dal Consiglio dei Ministri in data 4.10.2012 e pubblicato in G.U. il 19.10.2012. Al Senato il disegno di legge di conversione ha preso il nome di atto n. 3533 presentato in data 19.10.2012 ed assegnato alla 10^a Commissione permanente (Industriale, commercio, turismo) in sede referente. In data 4.12.2012 è stato presentato dal Governo il maxi-emendamento 1.800 interamente sostitutivo del DdL n. 3533, sul quale il Governo ha posto la questione di fiducia nella seduta del 5 dicembre.

¹⁰⁹ Industria, commercio e turismo.

¹¹⁰ testo 1 dell'emendamento 24.0.1

¹¹¹ F. VEDANA, "*Manager bancari, sanzioni penali ko*", in Italia Oggi del 21.12.2012.

Per coglierne l'effettivo spessore, conviene rammentare l'evoluzione dalla procedura di "permesso condizionato" attraverso la quale gli esponenti bancari (amministratori, sindaci e direttori generali) possono contrarre obbligazioni, direttamente o indirettamente, con la banca amministrata, diretta o controllata. L'inquadramento storico permetterà di rilevare anche come la norma sia stata interessata da ripetuti tentativi volti a segnalare profili di pretesa irrazionalità, ovvero ad enfatizzare l'impaccio che da essa proverrebbe alle esigenze di organizzazione e di speditezza dell'attività bancaria ordinaria. Senza svilire alcune delle ragioni di queste letture, in questo percorso merita considerare alcuni argomenti già spesi in passato dalla dottrina per segnalare l'opportunità dell'esistenza del delitto. Solo con la visione d'insieme, infine, si potrà aspirare a risultati esegetici di qualche consistenza.

Il divieto per gli esponenti di società bancarie di contrarre obbligazioni con le stesse precede storicamente, di molto tempo, quello relativo agli organi delle società in genere. Per le prime, esso è stato introdotto, almeno per particolari categorie di banche, già con gli artt. 6 e 29, secondo comma, numero 2), della legge 15 luglio 1888, n. 5546 (legge di riordino delle casse di risparmio) e con l'art. 12 della legge 4 maggio 1898, n. 169 (legge sui Monti di pietà).

In particolare, ai sensi dell'articolo 6 della legge n.5546/1888 era vietato agli amministratori delle *Casse di risparmio* di partecipare agli utili e di ricevere compensi o indennità, salvo per chi esercitava le funzioni di direttore, e solo "eccezionalmente" gli istituti di maggiore importanza potevano consentire una medaglia di presenza agli amministratori. Parimenti, era precluso agli amministratori e ai direttori delle *Casse di risparmio* di contrarre obbligazioni con l'Istituto che amministravano o dirigevano. I promotori, gli amministratori, i direttori, i sindaci e i liquidatori delle Casse di risparmio che avevano contravvenuto alle disposizioni dello statuto, rispetto ai modi d'impiego dei depositi ed alle disposizioni degli articoli 6 e 17 della legge anzidetta, erano puniti con pena pecuniaria sino a lire tremila, salve le pene maggiori comminate dal codice penale¹¹².

Allo stesso modo, secondo il dettato dell'articolo 12 della legge 4 maggio 1898, n. 169, gli amministratori o i direttori dei *Monti di Pietà* non potevano contrarre obbligazioni di qualsiasi natura, dirette o indirette, con l'istituto che amministravano o dirigevano.

Era evidente la preoccupazione rispetto a condotte manipolatorie degli amministratori degli istituti di credito. Del resto, nei dieci anni che separarono tali interventi si consumarono vicende epocali per il settore bancario, cui ben possono ritenersi collegate le ragioni di apprensione all'origine di quelle limitazioni.

Lo scandalo della Banca Romana, anzitutto. Emerso agli inizi del 1893, in esito all'ispezione dei sei Istituti di emissione, residuati all'unificazione del Paese, titolari della concessione di stampare moneta per conto dello Stato entro valori massimi predeterminati dal Parlamento. Secondo una delle ricostruzioni più

¹¹² Art. 29, co. 2 n. 2 legge n.5546/1888.

accreditate, la verifica ministeriale aveva posto in rilievo come la Banca Romana, già banca dello Stato Pontificio, aveva stampato banconote per almeno cento milioni di lire, valore pressoché doppio rispetto a quello per cui aveva ricevuto l'autorizzazione, facendo fabbricare in Inghilterra falsi biglietti, sui quali impressi numeri di serie di venti anni prima. Ciò anche per compensare intensi finanziamenti nascosti ed erogazioni occulte a favore di varie personalità, anche politiche.

In secondo luogo, con la legge n. 449 del 10 agosto 1893, attraverso la fusione della Banca Nazionale con le due banche toscane, nasceva la Banca d'Italia, cui fu affidata la liquidazione della Banca Romana.

Un divieto simile a quello previsto per le Casse di risparmio e per i Monti di Pietà, per la generalità delle *società commerciali* comparve solo quarant'anni dopo, con il varo dell'art. 6 del R.D.L. n. 1459 del 1930¹¹³, contenente disposizioni penali in materia di società commerciali. Con tale articolo fu vietato, sotto comminatoria di sanzione penale¹¹⁴, agli amministratori, ai direttori, ai sindaci e ai liquidatori di contrarre *prestiti* sotto qualsiasi forma, sia *direttamente*, sia per *interposta persona*, con la società che amministravano o con una società che essa controllava o da cui essa era controllata o che si facevano prestare da una di tali società garanzie per debiti propri. Tale disposizione non trovava applicazione nel caso di *società che avevano per oggetto principale l'esercizio del credito*, sempre che l'esponente anzidetto non avesse la firma della società, anche congiunta con altri, e che le operazioni fossero state nei singoli casi autorizzate dal Consiglio di amministrazione.

Nella materia bancaria si attesero ancora quasi dieci anni per una disciplina unitaria della tematica. L'articolo 38, co.1 della legge n. 141/1938 vietò agli amministratori, ai liquidatori, ai direttori ed ai membri degli organi di sorveglianza delle *aziende di credito sottoposte al controllo dell'ispettorato sulla raccolta di risparmio*¹¹⁵ di contrarre obbligazioni di qualsiasi natura, o compiere atti di compravendita, direttamente o *indirettamente* con l'azienda che amministravano o dirigevano o sorvegliavano, salvo conforme deliberazione all'unanimità del consiglio di amministratore e col voto favorevole di tutti i componenti l'organo di sorveglianza¹¹⁶. Restavano, in ogni caso, in vigore le ricordate disposizioni che riguardavano le obbligazioni di amministratori di casse di risparmio e di monti di pegni di prima categoria, nonché degli altri

¹¹³ Convertito, con modificazioni, nella legge 4 giugno 1931, n. 660.

¹¹⁴ In caso di trasgressione, tali soggetti erano puniti con la reclusione da uno a tre anni e con la multa da lire duemila a ventimila.

¹¹⁵ Ossia gli istituti di credito di diritto pubblico, banche di interesse nazionale previste dall'articolo 4 delle legge, banche ed aziende di credito in genere che raccoglievano fra il pubblico depositi a vista o a breve termine, a risparmio, in conto corrente o sotto qualsiasi forma e denominazione, comprese le banche cooperative popolari, le filiali di aziende di credito straniere, le casse di risparmio i monti di pegni, le casse rurali ed agrarie.

¹¹⁶ La sanzione era sempre quella fissata dall'articolo 6 della legge n. 660/1931, attraverso il richiamo realizzato dall'articolo 93 legge n. 141/1938.

monti di pegni e delle casse rurali ed agrarie (articolo 38, co.2 della legge bancaria).

La previsione si giovò per oltre cinquant'anni di un assetto stabile, sino al testo unico bancario del 1993. In effetti, ancora nel 1942, l'articolo 2624 del codice civile, dedicato alle società commerciali in genere, replicò, senza novità, la disciplina dell'articolo 6 della legge n. 660/1931. Gli amministratori, i direttori generali, i sindaci e i liquidatori che contraevano prestiti sotto qualsiasi forma, sia direttamente, sia per interposta persona, con la società che amministravano o con una società che essa controllava o da cui essa era controllata o che si facevano prestare da una di tali società garanzie per debiti propri, erano puniti con la reclusione da uno a tre anni e con la multa da lire quattrocentomila a quattro milioni. Nel caso di società che avevano per oggetto l'esercizio del credito, l'articolo 2624, co.2 c.c. confermò le disposizioni già introdotte dalle norme speciali.

Per registrare significative novità, peraltro contenute in linea di continuità con l'ispirazione dell'articolo 38 legge n. 141/1938, si dovette attendere l'articolo 136 del decreto legislativo n. 385/1993, collocato nel titolo VII, capo I, Sezione II, inquadramento sistematico su cui si tornerà.

Secondo l'originaria formulazione, il primo comma dell'articolo 136 TUB disponeva: *«chi svolge funzioni di amministrazione, direzione controllo presso una banca non può contrarre obbligazioni di qualsiasi natura o compiere atti di compravendita, direttamente o indirettamente, con la banca che amministra, dirige e controlla, se non previa deliberazione dell'organo di amministrazione presa all'unanimità e col voto favorevole di tutti i componenti dell'organo di controllo, fermi restando gli obblighi di astensione previsti dalla legge»*. In base all'articolo 136, co.2 cit., *«le medesime disposizioni si applicano anche a chi svolge funzioni di amministrazione, direzione e controllo, presso una banca o società facenti parte di un gruppo bancario, per le obbligazioni e per gli atti indicati nel comma 1 posti in essere con la società medesima o per le operazioni di finanziamento poste in essere con altra società o con altra banca del gruppo. In tali casi l'obbligazione o l'atto sono deliberati, con le modalità previste dal comma 1, dagli organi della società o banca contraente e con l'assenso della capogruppo»*. Infine, ai sensi dell'articolo 136, co.3 cit., l'inosservanza delle disposizioni dei commi 1 e 2 era punita con le pene stabilite dall'articolo 2624, primo comma, del codice civile.

Nella stessa Sezione II veniva introdotto l'articolo 135 del d.lgs. n. 385/1993, alla cui stregua *«le disposizioni contenute nel titolo XI del libro V del codice civile¹¹⁷ si applicano a chi svolge funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso banche, anche se non costituite in forma societaria»*.

E' possibile segnalare i seguenti elementi di originalità della novella: (i) in linea con la disciplina di altri settori del diritto penale, il legislatore optava anche nel settore bancario per un modello di tutela di stampo funzionale-oggettivo, incentrando le fattispecie di reato su comportamenti riferiti a soggetti individuati attraverso lo svolgimento effettivo, continuativo e significativo dei poteri tipici

¹¹⁷ Disposizioni penali in materia di società e consorzi.

inerenti alla qualifica ed alla funzione di amministrazione, direzione e controllo; (ii) la sanzione penale era congegnata attraverso un rimando mobile alla pena prevista per una diversa fattispecie penale, all'epoca del varo del TUB, di contenuto assimilabile; (iii) compariva, per la prima volta, in seno alla previsione penale un riferimento esplicito agli obblighi di astensione previsti dalla legge, ossia ad alcuni degli obblighi delineati all'epoca dall'articolo 2391 c.c. (nella versione antecedente alle novelle introdotte dall'articolo 1 d.lgs. n. 6/2003 e dall'articolo 11 del d.lgs. n. 310/2004) congegnati per l'evenienza in cui l'amministratore avesse in una determinata operazione, per conto proprio o di terzi, un interesse in conflitto con quella della società; situazioni che, assieme all'obbligo di dare notizia dell'interesse confliggente agli altri amministratori ed al collegio sindacale, importava la doverosa astensione dell'amministratore interessato rispetto alla partecipazione delle deliberazioni riguardanti l'operazione stessa.

Proprio la riforma del diritto societario dei primi anni duemila (d.lgs. n. 5/2003, n. 6/2003, n. 37/2004), rese necessari adeguamenti nel testo dell'articolo 136 TUB. La circostanza si segnala quale argomento di interesse che induce a ritenere come l'innovativo ed esplicito riferimento nell'articolo 136 TUB ad obblighi fondati e illustrati in diversa disposizione dell'ordinamento (l'articolo 2391 c.c.) non avesse solo valenza evocativa di essi ma servisse ad estendere il contenuto del precetto penale, secondo prospettiva, non si può tacerlo, trascurata nella riflessione dottrinale.

L'originario articolo 2391 c.c., infatti, veniva ora sostituito con una diversa formulazione¹¹⁸, nella quale risultavano introdotte le seguenti principali novità: (i) la configurazione di un *dovere informativo* nei confronti degli altri amministratori e del collegio sindacale, particolarmente rigoroso e profondo, innescato da *qualsiasi interesse* (aspetto parzialmente innovativo) ascrivibile all'amministratore, per conto proprio o di terzi, nella particolare operazione della società, con la necessità di *precisare natura, termini, origine e portata* dell'interesse stesso, anche ove non confliggente (unico caso in precedenza previsto); espressione di un'esigenza di trasparenza avvertita come condizione non più interpretabile e gestibile in autonomia dal portatore diretto dell'interesse, ma da sottoporre al vaglio diffuso degli altri soggetti gestori/controllori, favorendo cogestioni in luogo di amministrazioni solitarie; (ii) l'introduzione del dovere (innovativo) di *motivare* adeguatamente le ragioni della convenienza per la società dell'operazione con l'amministratore "interessato"; (iii) la previsione del dovere di astensione del solo amministratore delegato ovvero unico (aspetto innovativo, restrittivo), portatore di qualsiasi interesse, da qualsiasi operazione (aspetto innovativo, estensivo), col dovere di investire della stessa l'organo collegiale o (per l'amministratore unico) di informare quello assembleare.

Non fortuitamente, dunque, a fronte di questa significativa estensione del perimetro e dei contenuti della doverosa trasparenza nelle operazioni connotate dalla presenza di peculiari interessi degli amministratori, con l'articolo

¹¹⁸ In base all'articolo 1 del d.lgs. n. 6/2003.

9.44 del d.lgs. n. 37/2004 l'espressione di chiusura del primo comma dell'articolo 136 TUB («fermi restando gli obblighi di astensione previsti dalla legge») veniva sostituita con quella più ampia di «fermi restando gli obblighi previsti dal codice civile in materia di interessi degli amministratori» che oltre all'astensione, implicava il richiamo agli obblighi, ammodernati e sostanzialmente innovativi, di informativa e di motivazione. Dunque, dalla semplice astensione (dovere comportamentale, già individuato a carico dell'amministratore portatore di interessi in conflitto) si richiamavano adesso tutti gli obblighi previsti dalla rinnovata disposizione del codice civile (obbligo di informativa di qualsiasi interesse, di motivazione e di astensione, all'epoca limitato all'amministratore delegato ed unico anche non portatore di confliggente interesse). Richiamo non insolito nelle materia penale, se solo si considera la previsione dell'articolo 167 T.U.I.F sopra esaminata.

Inoltre, lo stesso articolo 9.44 cit. sostituiva l'ormai inattuale rinvio dell'art. 136 del testo unico bancario alle pene stabilite dall'art. 2624, co. 1 c.c., con l'indicazione diretta della sanzione, la cui concreta entità rimaneva peraltro invariata. Così ponendo rimedio alla completa innovazione dell'articolo 2624 c.c. ad opera dell'articolo 1 d.lgs. n. 61/2002 (al posto della fattispecie che incriminava la trasgressione del divieto degli amministratori di contrarre prestiti con la società compariva ora il diverso reato di falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni delle società di revisione) che aveva disorientato alcuni interpreti, arrivati a sostenere l'abrogazione del delitto *ex art. 136 TUB*, lasciato senza apparente sanzione.

E' stata la Corte Costituzionale¹¹⁹ a chiarire, da ultimo, che il reato *ex art. 136 TUB* non poteva ritenersi tacitamente abrogato dal d.lgs. n. 61 del 2002. Del resto, proprio il d.lgs. 6 febbraio 2004, n. 37, aveva apportato alla disposizione incriminatrice in esame modifiche sul presupposto della piena vigenza¹²⁰. Nell'occasione, la Corte costituzionale, ricostruendo il quadro sistematico entro il quale la fattispecie si inserisce, ha ricordato alcune peculiarità dell'impresa bancaria, non di rado parse trascurate dai detrattori della norma. Le previsioni dell'art. 136 del testo unico bancario, già secondo la relazione governativa, erano rispondenti «a fini di sana e prudente gestione», ossia a quegli stessi fini cui deve essere improntato l'esercizio dei poteri di vigilanza sulle banche (art. 5 del d.lgs. n. 385 del 1993). Esse riflettono la particolare rilevanza attribuita dal legislatore all'esigenza di proteggere l'impresa bancaria, che è chiamata a gestire fondi

¹¹⁹ Sentenza n. 364/2004

¹²⁰ In particolare, la Corte osservò che l'art. 2 del citato d.lgs. n. 37 del 2004, aggiungendo un nuovo art. 9.44 al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 (Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366), aveva sostituito l'ormai inattuale rinvio dell'art. 136 del testo unico bancario alle pene stabilite dall'art. 2624, primo comma, cod. civ., con l'indicazione diretta di dette pene (la cui entità era rimasta peraltro invariata). Inoltre, esso aveva sostituito l'inciso finale del comma 1 («fermi restando gli obblighi di astensione previsti dalla legge») con una diversa formula («fermi restando gli obblighi previsti dal codice civile in materia di interessi degli amministratori»), a fini di allineamento alla nuova disciplina del conflitto di interessi degli amministratori, introdotta in sede di riforma del diritto societario.

forniti dai risparmiatori, dai pericoli di pregiudizio connessi a situazioni di conflitto d'interessi tra essa ed i componenti dei propri organi amministrativi, direttivi e di controllo. «E ciò altresì sul piano della correttezza formale e della trasparenza dei relativi rapporti - nell'ottica di evitare anche l'insorgenza del semplice sospetto di indebiti sfruttamenti della carica rivestita - a garanzia dell'affidabilità del sistema bancario e della fiducia che il pubblico dei risparmiatori deve poter riporre in esso: valori, questi, alla cui tutela è predisposta una specifica regolamentazione dei requisiti non solo di professionalità, ma anche di onorabilità e indipendenza degli esponenti aziendali (art. 26 del d.lgs. n. 385 del 1993), che non trova specifico riscontro in rapporto alla generalità delle società commerciali»¹²¹.

¹²¹ All'indomani della riforma del diritto societario che aveva portato ad abrogare la sanzione penale apprestata dall'articolo 2624 c.c. per l'ipotesi in cui gli amministratori, i direttori generali, i sindaci e i liquidatori di società commerciali non bancarie avessero contratto prestiti sotto qualsiasi forma, sia direttamente, sia per interposta persona, con la società che amministravano o con una società che essa controllava o da cui essa era controllata o che si facevano prestare da una di tali società garanzie per debiti propri, il Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Vicenza aveva dubitato della legittimità costituzionale, in riferimento all'art. 3 Cost., dell'art. 8 del d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61, nella parte in cui non prevedeva l'abrogazione dell'art. 136 del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385. Escluso che quest'ultimo articolo potesse ritenersi implicitamente abrogato per effetto delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 61 del 2002 all'art. 2624 cod. civ., il rimettente rilevava come la norma del testo unico bancario si configurasse originariamente quale norma speciale e «meno rigorosa» rispetto a quella del citato art. 2624 cod. civ., permettendo, sub condizione, agli esponenti bancari - in considerazione della particolare attività svolta dalle banche - le operazioni che la disposizione del codice civile vietava viceversa in assoluto alla generalità dei membri degli organi delle società (ottenimento di prestiti o garanzie dalla società amministrata). In tale ottica, peraltro, la sopravvivenza della norma penale bancaria alla riforma dei reati societari - riforma attuata dal d.lgs. n. 61 del 2002 secondo criteri di valorizzazione delle fattispecie di danno e con dolo particolarmente intenso, che avevano indotto a sopprimere la figura criminosa già prevista dall'art. 2624 cod. civ. - avrebbe determinato una ingiustificata disparità di trattamento tra le società creditizie e tutte le altre, lesiva dei principi di uguaglianza e di ragionevolezza (art. 3 Cost.). Infatti, per le generalità delle società il comportamento dianzi vietato in assoluto (ottenimento di prestiti o garanzie dalla società) era stato "liberalizzato"; per contro, conservava rilevanza penale unicamente la condotta (assunzione di obbligazioni da parte degli esponenti bancari) che in precedenza formava oggetto di regime derogatorio e di favore. Per contraddire tali profili di incostituzionalità, la Corte Costituzionale ha osservato che non può negarsi che la mancata estensione al settore bancario del divieto assoluto già sancito dall'art. 2624 cod. civ. e la previsione, in sua vece, di un regime di "permesso condizionato" sono state giustificate storicamente con l'esigenza di non precludere agli esponenti bancari il compimento di operazioni rientranti nell'ordinaria attività della società amministrata, dunque, con una ratio apparentemente "di favore". Per la Consulta, «è, però, altrettanto vero che il divieto relativo agli esponenti bancari presenta due caratteristiche di segno opposto, a dimostrazione di come fossero avvertite già ab origine, nel settore bancario, esigenze di protezione specifiche e più intense di quelle inerenti al complesso delle società commerciali. Da un lato, infatti tale divieto precede storicamente, e di gran lunga, quello relativo agli organi di società in genere: essendo stato introdotto - sia pure in rapporto a particolari categorie di banche - già con gli artt. 6 e 29, secondo comma, numero 2), della legge 15 luglio 1888, n. 5546 (Legge portante il riordinamento delle casse di risparmio) e con l'art. 12 della legge 4 maggio 1898, n. 169 (Legge portante disposizioni sui Monti di pietà); mentre, invece, il divieto concernente la generalità delle società è comparso solo con il citato art. 6 del regio decreto-legge n. 1459 del 1930, convertito, con modificazioni, in legge 4 giugno 1931, n. 660. Dall'altro lato, poi, il divieto concernente gli esponenti bancari risultava già all'origine più ampio, concernendo qualsiasi obbligazione (oltre agli atti di compravendita) e non la sola concessione di prestiti o di garanzie: onde non è neppure esatto affermare che, nel sistema anteriore alla riforma del 2002, il trattamento degli esponenti bancari fosse, nel suo complesso, sempre e comunque più favorevole di quello riservato agli esponenti societari in genere..... ».

Dopo i noti scandali finanziari degli inizi del 2000, il legislatore ritenne di intervenire anche nella materia dei conflitti di interesse nell'esercizio della attività bancaria. La c.d. legge sul risparmio (n. 262/2005) modificò l'articolo 136 TUB, inserendo nella trama di esso il nuovo comma 2-bis: «*per l'applicazione dei commi 1 e 2 rilevano anche le obbligazioni intercorrenti con società controllate dai soggetti di cui ai medesimi commi o presso le quali gli stessi svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo, nonché con le società da queste controllate o che le controllano o sono ad esse controllate*». Due interventi normativi posticiparono l'entrata in vigore di questa ultima novella, dapprima al 18.3.2006 (DL n. 273/2005, conv. dalla legge 51/2006) e infine al 17.5.2006 (DL n. 4/2006, convertito dalla legge n. 80/2006).

Il legislatore ebbe ancora modo di interpolare il comma 1 dell'articolo 136 TUB (aggiungendo alle parole «in materia di interesse degli amministratori» le parole «e di operazioni con parti correlate») ed il comma 2-bis (sostituendo le parole «o sono ad esse collegate» con quella «*Il presente comma non si applica alla obbligazioni contratte tra società appartenenti al medesimo gruppo bancario ovvero tra banche per le operazioni sul mercato interbancario*»). La prima parte dell'intervento risultava coerente con le modifiche del quadro ordinamentale generale, per quanto di rilievo ai fini della definizione del contenuto del precetto penale, elemento di novità della previsione del TUB. Raccordo, nel caso in diretta considerazione, necessitato dall'introduzione dell'articolo 2391-bis c.c. ad opera dell'articolo 12 d.lgs. n. 310/2004.

Con la riforma del 2012, come preannunciato, sono stati abrogati i commi 2 e 2-bis dell'articolo 136 citato ed è stata attribuita al consiglio di amministrazione la facoltà di delegare l'approvazione delle operazioni di compravendita o con cui contratte (direttamente o indirettamente) obbligazioni tra esponente bancario qualificato e l'istituto gestito/controllato, nel rispetto delle modalità previste dal primo periodo del primo comma dell'articolo 136 (deliberazione dell'organo di amministrazione presa all'unanimità e col voto favorevole di tutti i componenti dell'organo di controllo), «*fermi restando gli obblighi previsti dal codice civile in materia di interessi degli amministratori e di operazioni con parti correlate*».

Con il d.lgs. n. 72/2015, l'articolo 136 TUB è stato nuovamente rimodellato¹²², da un lato prevedendo che l'unanimità della delibera del consiglio

¹²² Art. 136 (Obbligazioni degli esponenti bancari). «– 1. Chi svolge funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso una banca non può contrarre obbligazioni di qualsiasi natura o compiere atti di compravendita, direttamente od indirettamente, con la banca che amministra, dirige o controlla, se non previa deliberazione dell'organo di amministrazione presa all'unanimità **con l'esclusione del voto dell'esponente interessato** e col voto favorevole di tutti i componenti dell'organo di controllo, fermi restando gli obblighi previsti dal codice civile in materia di interessi degli amministratori e di operazioni con parti correlate. È facoltà del consiglio di amministrazione delegare l'approvazione delle operazioni di cui ai periodi precedenti nel rispetto delle modalità ivi previste. [2. Abrogato. Si riporta a seguire in corsivo il testo abrogato dall'art. 24-ter, comma 1, lett. b), D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla L. 17 dicembre 2012, n. 221: *Le medesime*

di amministrazione non concorra l'esponente interessato¹²³ e ricordando convenientemente la norma sanzionatoria del comma 3 all'intervenuta abrogazione dei commi 2 e 2-bis.

Come ricorda la relazione illustrativa del d.lgs. n. 72/2015 con la riforma del diritto societario, era venuto meno l'obbligo di astensione dell'amministratore in conflitto d'interessi, sostituito dall'obbligo di dare notizia al consiglio di amministrazione dell'interesse di cui era portatore in una determinata operazione. L'articolo 136 TUB richiamava la disciplina civilistica mentre quella regolamentare della Banca d'Italia in materia di conflitti d'interesse e attività di rischio verso soggetti collegati detta ulteriori rigorose norme¹²⁴. Rispetto a questo

*disposizioni si applicano anche a chi svolge funzione di amministrazione, direzione e controllo, presso una banca o società facenti parte di un gruppo bancario, per le obbligazioni e per gli atti indicati nel comma 1 posti in essere con la società medesima o per le operazioni di finanziamento poste in essere con altra società o con altra banca del gruppo. In tali casi l'obbligazione o l'atto sono deliberati, con le modalità previste dal comma 1, dagli organi della società o banca contraente e con l'assenso della capogruppo.] [2 -bis. Abrogato. Si riporta a seguire in corsivo il testo abrogato dall'art. 24-ter, comma 1, lett. b), D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla L. 17 dicembre 2012, n. 221: Per l'applicazione dei commi 1 e 2 rilevano anche le obbligazioni intercorrenti con società controllate dai soggetti di cui ai medesimi commi o presso le quali gli stessi soggetti svolgono funzioni di amministrazione, direzione o controllo, nonché con le società da queste controllate o che le controllano. Il presente comma non si applica alle obbligazioni contratte tra società appartenenti al medesimo gruppo bancario ovvero tra banche per le operazioni sul mercato interbancario.] 3. L'inosservanza delle disposizioni del **comma 1** è punita con la reclusione da uno a tre anni e con la multa da 206 a 2.066 euro. »*

¹²³ Ai sensi dell'articolo 2, co.3 d.lgs. n. 72/2015, «*le modifiche apportate al titolo VIII del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, si applicano alle violazioni commesse dopo l'entrata in vigore delle disposizioni adottate dalla Banca d'Italia ai sensi dell'articolo 145 -quater del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385. Alle violazioni commesse prima della data di entrata in vigore delle disposizioni adottate dalla Banca d'Italia continuano ad applicarsi le norme del titolo VIII del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 vigenti prima della data di entrata in vigore del presente decreto legislativo*». Sul punto non è dato individuare quali disposizioni debbano essere adottate dalla Banca d'Italia in attuazione del titolo VIII del TUB (ovvero ai sensi dell'articolo 145-quater del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385) rispetto all'unica novità nella disciplina della procedura di permesso condizionato introdotta per la fattispecie: l'esclusione dal voto dell'esponente interessato.

¹²⁴ La Circolare n. 263/2006 (*Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche*), in esito alle modifiche introdotte con il IX ^ aggiornamento (9.12.2011), prevede al titolo V, capitolo 5 la disciplina «*l'attività di rischio e conflitti di interesse nei confronti di soggetti collegati*», in esito alle modifiche introdotte con il IX ^ aggiornamento (9.12.2011), in vigore del 31.12.2012.

Una disciplina articolata ed attenta delle operazioni con parti correlate, originata da molte e diversificate fonti, tra le quali compresi gli stessi articoli 136 TUB, 2391 e 2391-bis c.c. La normativa in esame mira «*a presidiare il rischio che la vicinanza di taluni soggetti ai centri decisionali della banca possa compromettere l'oggettività e l'imparzialità delle decisioni relative alla concessione di finanziamenti e ad altre transazioni nei confronti dei medesimi soggetti, con possibili distorsioni nel processo di allocazione delle risorse, esposizione della banca a rischi non adeguatamente misurati o presidiati, potenziali danni per depositanti e azionisti*».

In tale prospettiva sono individuate come «*parti correlate*», anzitutto, gli esponenti, i principali azionisti e gli altri soggetti capaci di condizionare la gestione della banca in quanto in grado di esercitare il controllo, anche congiuntamente con altri soggetti, o una influenza notevole. Situazioni di conflitto di interesse possono emergere anche nei confronti di imprese, specie di natura industriale, controllate o sottoposte a influenza notevole nei cui confronti la banca abbia significative esposizioni in forma di finanziamenti e di interessenze partecipative. Una parte correlata e i soggetti ad essa connessi costituiscono il perimetro dei «*soggetti collegati*» cui si applicano le condizioni quantitative e procedurali della disciplina in esame.

assetto normativo, il legislatore delegante «ha fatto proprie le raccomandazioni

Il primo presidio è costituito proprio dai *limiti prudenziali per le attività di rischio* di una banca o di un gruppo bancario nei confronti dei soggetti collegati, ovvero degli obblighi assunti nei loro confronti. I limiti sono differenziati in funzione delle diverse tipologie di parti correlate, in modo proporzionato all'intensità delle relazioni e alla rilevanza dei conseguenti rischi per la sana e prudente gestione. In considerazione dei maggiori rischi inerenti ai conflitti di interesse nelle relazioni banca-industria, sono previsti limiti più stringenti per le attività di rischio nei confronti di parti correlate qualificabili come imprese non finanziarie.

In tal contesto, «*appropriate procedure deliberative integrano i limiti prudenziali al fine di preservare la corretta allocazione delle risorse e tutelare adeguatamente i terzi da condotte espropriative. Esse si applicano anche alle operazioni intra-gruppo e a transazioni di natura economica ulteriori rispetto a quelle che generano attività di rischio, pertanto non coperte dai limiti quantitativi*». Specifiche indicazioni in materia di assetti organizzativi e controlli interni consentono, poi, di individuare le responsabilità degli organi e i compiti delle funzioni aziendali rispetto agli obiettivi di prevenzione e gestione dei conflitti di interesse, nonché agli obblighi di censimento dei soggetti collegati e di controllo dell'andamento delle esposizioni.

Una normativa che continua ad avere sullo sfondo la stessa fondamentale prospettiva già segnalata dalla Corte Costituzionale, resa più centrale e consapevole nel moderno sistema prudenziale di gestione e vigilanza dell'impresa bancaria. La Sezione III del capitolo 5 già segnalato affida proprio alle procedure dirette la funzione di "preservare l'integrità dei processi decisionali nelle operazioni con soggetti collegati", quelli che in buona parte vengono in rilievo anche nell'ambito della previsione dell'articolo 136 TUB.

La disciplina di vigilanza prudenziale per le banche attribuisce un ruolo rilevante agli *amministratori indipendenti*, coinvolti nella fase pre-deliberativa e chiamati ad esprimersi con un parere motivato in sede di delibera, e valorizza il ruolo dell'organo con funzione di controllo. Per lo svolgimento dei compiti assegnati agli amministratori indipendenti, le banche costituiscono un comitato interno all'organo con funzione di supervisione strategica. Per le operazioni di minore rilevanza tale comitato deve essere costituito da amministratori non esecutivi, almeno la maggioranza dei quali indipendenti. Per quelle di maggiore rilevanza il comitato deve essere costituito esclusivamente da amministratori indipendenti. Fermo il rispetto dei suddetti criteri di composizione, il comitato può coincidere con il comitato per il controllo interno previsto dalle disposizioni sul governo societario. I pareri richiesti agli amministratori indipendenti e all'organo con funzione di controllo devono essere motivati, formalizzati e supportati da idonea documentazione a corredo delle verifiche e delle osservazioni formulate. Per le banche che adottano il modello dualistico, i pareri richiesti all'organo con funzione di controllo sono rilasciati dal consiglio di sorveglianza.

In base alla Circolare, l'attribuzione di specifici compiti agli amministratori indipendenti nelle procedure relative alle operazioni con soggetti collegati non incide sui poteri e sulle responsabilità che l'ordinamento assegna in via collegiale all'organo amministrativo. Tale attribuzione, infatti, costituisce una modalità organizzativa volta a conferire efficacia ed efficienza all'attività di monitoraggio e controllo sulle operazioni in esame ma non esime tutti gli altri amministratori dall'esercizio di compiti e poteri che possono contribuire al perseguimento delle finalità sottese alla disciplina. Restano, inoltre, fermi i compiti e doveri stabiliti in via generale dall'ordinamento civilistico e bancario per l'organo con funzione di controllo.

Le disposizioni della Banca d'Italia sulla vigilanza prudenziale stabiliscono peraltro un set di regole minimali; è rimessa alle banche la valutazione dell'opportunità di stabilire regole più stringenti che tengano conto delle caratteristiche specifiche di ciascun intermediario (ad esempio, in termini di operatività, dimensioni, assetti proprietari, forma giuridica). Le banche devono individuare e formalizzare adeguatamente i presupposti, gli obiettivi e i contenuti delle soluzioni adottate e ne valutano l'efficacia e l'efficienza in modo da perseguire obiettivi di integrità e imparzialità del processo decisionale, rispetto degli interessi della generalità degli azionisti e dei creditori, efficiente funzionamento degli organi societari e dell'operatività dell'intermediario.

indirizzate dal FMI che ritiene l'obbligo di astensione un necessario presidio. Di conseguenza sono stati modificati gli articoli 53, comma 4, tu.b., e l'articolo 6, tuf, ripristinando l'obbligo di astensione di soci e amministratori in conflitto d'interesse.

Ai sensi dell'articolo 53, co. 4 TUB, infatti, compete alla Banca d'Italia disciplinare condizioni e limiti per l'assunzione, da parte delle banche o dei gruppi bancari, di **attività di rischio** nei confronti di coloro che possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'**influenza** sulla gestione della banca o del gruppo bancario nonché dei soggetti a essi collegati. Ove verificati in concreto l'esistenza di **situazioni di conflitto** di interessi, la Banca d'Italia può stabilire **condizioni e limiti** specifici per l'assunzione delle attività di rischio. Infine, per effetto della novella del 2015, «in ogni caso **i soci e gli amministratori, fermi restando gli obblighi previsti dall'articolo 2391, primo comma, del codice civile, si astengono dalle deliberazioni in cui abbiano un interesse in conflitto, per conto proprio o di terzi**».

In realtà, nel testo dell'articolo 136 TUB, la tecnica legislativa non è stata capace di tradurre in termini efficaci ed univoci le raccomandazioni internazionali.

L'interpolazione realizzata nella frase che compare al primo comma dell'articolo 136 - «se non previa deliberazione dell'organo di amministrazione presa all'unanimità **con l'esclusione del voto dell'esponente interessato e col voto favorevole di tutti i componenti dell'organo di controllo**» - non sembra imporre in termini lessicali incontrovertibili l'astensione dal voto dell'esponente interessato quanto impedire, a ben vedere, il conteggio del suo voto, neutralizzandone il rilievo¹²⁵. All'obbligo dell'astensione si perviene probabilmente raccordando tale disposizione con quella novellata dell'articolo 53, comma 4 TUB («..In ogni caso **i soci e gli amministratori, fermi restando gli obblighi previsti dall'articolo 2391, primo comma, del codice civile, si astengono dalle deliberazioni in cui abbiano un interesse in conflitto, per conto proprio o di terzi..**»). Ma si tratta di obbligo estraneo a quelli del codice civile (gli unici letteralmente richiamati dalla norma penale), onde è seriamente dubbio che l'inadempimento assuma rilievo ai fini della condotta del reato.

Né si comprende la razionalità della scelta di limitare, almeno in termini letterali e sintattici, l'esclusione del conteggio del voto dell'esponente interessato, ai fini della verifica dell'unanimità, ai componenti dell'organo gestorio, mantenendola estranea ai doveri dei componenti dell'organo di controllo (per i quali si continua ad esigere il «voto favorevole di tutti i componenti»), parimenti potenzialmente interessati e soggetti attivi del reato.

Oltre alla possibile criminalizzazione della condotta ex art. 2629-bis del codice civile per l'inosservanza degli obblighi di comunicazione previsti dall'articolo 2391, co. 1 c.c., è stata introdotta una sanzione amministrativa per la violazione dell'obbligo di astensione previsto dall'articolo 53, comma 4, prevista in via generale per le deliberazioni (anche diverse da quelle ex art. 136 TUB) in

¹²⁵ Il legislatore avrebbe ben potuto impiegare le espressioni «con l'astensione dal voto» o «con esclusione dal voto».

cui i soci e gli amministratori abbiano un interesse in conflitto, per conto proprio o di terzi.

§.7.3. LA CONDOTTA

§.7.3.1. OBBLIGAZIONI DI QUALSIASI NATURA

La condotta consiste nella contrazione di «*obbligazioni di qualsiasi natura*». Il riferimento al compimento di «*atto di compravendita*» pare null'altro che inessenziale specificazione della prima inclusiva nozione.

Rileva ogni forma di obbligazione contrattuale, finanziaria o non finanziaria, come nel caso di *incarichi professionali*.

Si prescinde dall'entità delle somme negoziate, rilevando anche evenienze di aperture di credito non utilizzate o rinnovazioni di apertura di credito, come avvalorato anche dalle regole di redazione dei bilanci bancari per le operazioni con parti correlate¹²⁶. Anche le norme della vigilanza prudenziale, con particolare riferimento a quelle sulla *concentrazione dei rischi*, rispondono all'esigenza di limitare i rischi di instabilità delle banche connessi alla concessione di finanziamenti di importo rilevante rispetto al *patrimonio di vigilanza*, prevedendo limiti con riferimento sia all'entità dei *rischi* nei confronti di ciascuna controparte, sia all'ammontare complessivo delle esposizioni di maggiore importo¹²⁷.

¹²⁶ Il Regolamento (UE) n. 632/2010 della Commissione del 19 luglio 2010 ha imposto l'applicazione nei bilanci delle banche del principio contabile internazionale IAS 24 (*informativa di bilancio sulle operazioni con parti correlate*) corrispondente alla finalità di assicurare che il bilancio contenga le informazioni integrative necessarie a evidenziare la possibilità che la sua situazione patrimoniale-finanziaria ed il suo risultato economico possano essere stati influenzati dall'esistenza di parti correlate e da operazioni e saldi in essere con tali parti, inclusi gli *impegni*. Le operazioni con parti correlate sono anche quelle tra la banca ed i dirigenti di essa con responsabilità strategiche, tali dovendosi considerare «*un trasferimento di risorse, servizi o obbligazioni*», indipendentemente dal fatto che sia stato pattuito un corrispettivo. Secondo il vigente articolo 18 dello IAS 24 «*se un'entità ha effettuato operazioni con parti correlate nei periodi di riferimento del bilancio, essa deve indicare la natura del rapporto con la parte correlata, oltre a fornire informazioni su tali operazioni e sui saldi in essere, inclusi gli impegni, necessarie agli utilizzatori del bilancio per comprendere i potenziali effetti di tale rapporto sul bilancio. Questi requisiti informativi si aggiungono a quelli disposti nel paragrafo 17. Tali informazioni devono almeno includere: (a) l'ammontare delle operazioni; (b) l'ammontare dei saldi in essere, inclusi gli impegni, e; (i) le loro condizioni ed i termini contrattuali, incluse eventuali garanzie esistenti e la natura del corrispettivo da riconoscere al momento del regolamento; e (ii) dettagli di qualsiasi garanzia fornita o ricevuta; (c) accantonamenti per crediti dubbi relativi all'ammontare dei saldi in essere; e (d) la perdita rilevata nell'esercizio, relativa ai crediti inesigibili o dubbi dovuti da parti correlate*».

¹²⁷ La disciplina sul patrimonio delle banche riveste un ruolo centrale nella normativa di vigilanza. Il patrimonio rappresenta, infatti, il primo presidio a fronte dei rischi connessi con la complessiva attività bancaria e costituisce il principale parametro di riferimento per le valutazioni dell'autorità di vigilanza in merito alla solidità delle banche. Su di esso sono fondati i più importanti strumenti di vigilanza prudenziale (requisiti patrimoniali e regole sulla concentrazione dei rischi) ed alle dimensioni patrimoniali è connessa altresì l'operatività delle banche in diversi comparti. Il patrimonio di vigilanza (Titolo I, Capitolo 2 Circolare 263/2006 e aggiornamenti) dunque è la fondamentale protezione a fronte dei rischi connessi con l'attività bancaria. Anche per questo la disciplina prudenziale detta con precisione le modalità di determinazione del patrimonio di vigilanza, i criteri e i limiti di computo delle voci che lo compongono. Il patrimonio di vigilanza

Nelle Istruzioni di vigilanza per le banche (Circolare n. 229 del 21 aprile 1999), la Banca d'Italia ha offerto una interpretazione delle operazioni rilevanti¹²⁸.

In particolare, tali sono considerati gli atti nei quali assume rilevanza la qualità soggettiva della controparte e sussiste, «anche solo in astratto, la possibilità di conflitto con l'interesse della banca che la norma intende evitare».

La stessa premessa ha consentito all'Autorità di vigilanza di ritenere esclusi dalla previsione normativa in commento i servizi che non comportano erogazioni di credito, ivi comprese le operazioni di raccolta del risparmio (quali la sottoscrizione di obbligazioni, certificati di deposito, buoni fruttiferi; le operazioni di pronti contro termine; l'apertura di depositi anche in forma di conto corrente di corrispondenza), resi agli esponenti aziendali a condizioni standardizzate in uso per la clientela o i dipendenti.

Nondimeno, il divieto e la procedura per la sua rimozione vale anche in tutti i casi in cui obbligato o contraente sia un soggetto legato ad uno o più esponenti aziendali da un rapporto in virtù del quale delle sue obbligazioni questi ultimi siano tenuti a rispondere personalmente ed illimitatamente¹²⁹.

La procedura di cui all'art. 136 del T.U.B. trova inoltre applicazione nei seguenti casi: - per obbligazioni a scadenza indeterminata ovvero nelle ipotesi in cui siano mutate le condizioni dell'operazione (tassi, valute, spese, commissioni ecc.); - finanziamenti accordati ad un soggetto prima che lo stesso diventasse esponente della banca o società contraente; - obbligazioni assunte da esponenti di banche partecipanti ad un procedimento di fusione, nel caso di permanenza degli esponenti medesimi presso gli organi collegiali della nuova banca.

individuale è costituito dalla somma algebrica di una serie di elementi positivi e negativi che, in relazione alla qualità patrimoniale riconosciuta a ciascuno di essi, possono entrare nel calcolo con alcune limitazioni. Gli elementi positivi che costituiscono il patrimonio devono essere nella piena disponibilità della banca, in modo da poter essere utilizzati senza limitazioni per la copertura dei rischi e delle perdite aziendali. Tali elementi devono essere stabili e il relativo importo è depurato degli eventuali oneri di natura fiscale. Il patrimonio di vigilanza è costituito dal patrimonio di base più il patrimonio supplementare, al netto delle deduzioni, e forma oggetto di segnalazioni periodiche alla Banca d'Italia (in particolare va calcolato con periodicità trimestrale e, riferito al mese di dicembre di ciascun anno, è calcolato secondo i criteri del bilancio di esercizio, anche se questo non sia stato ancora approvato).

¹²⁸ L'ordinamento affida alla Banca d'Italia la funzione di vigilanza sul sistema bancario ed al Comitato interministeriale per il credito e il risparmio (CICR) l'alta vigilanza in materia di credito e di tutela del risparmio. In base all'art. 4 TUB è previsto che la Banca d'Italia, nell'esercizio della funzione di vigilanza, formuli le *proposte* per le deliberazioni di competenza del CICR, emani *regolamenti* nei casi previsti dalla legge, *impartisca istruzioni* e adotti i *provvedimenti* di carattere particolare di sua competenza. In altre parole, la Banca d'Italia adempie alla funzione di regolamentazione del settore bancario attraverso la formulazione di proposte al CICR, la predisposizione di regolamenti e di *istruzioni*.

¹²⁹ Tale ipotesi ricorre quando obbligato o contraente sia una: – società semplice o in nome collettivo della quale l'esponente sia socio; – società in accomandita semplice o in accomandita per azioni, della quale esso sia socio accomandatario; – società di capitali di cui l'esponente sia unico azionista.

§.7.3.2. PORTATA ABROGATIVA DELL'ARTICOLO 24-TER DELLA LEGGE 17 DICEMBRE 2012 N. 221 E OBBLIGAZIONI CONTRATTE INDIRETTAMENTE.

La Banca d'Italia non ha novellato il capitolo 3 del Titolo II della Circolare 229 del 21.4.1999, ma ha proposto una versione annotata, inserendo l'avvertimento che gli "indirizzi di massima" si intendono riferiti al testo dell'articolo 136 TUB vigente al 21 aprile 1999 e, dunque, rilevano «solo per le parti dell'articolo 136 rimaste invariate».

La Circolare Abi serie legale n. 11 dell'8 agosto 2013, invece, si è fatta carico di proporre un tentativo interpretativo, nel quadro di un generale apprezzamento della riforma¹³⁰. Se sulla gravosità delle procedure può convenirsi limitatamente alle operazioni di minimo importo, si può opinare diversamente per quelle di valore rilevante. Il giudizio di scarsa efficacia della procedura, inoltre, è davvero severo e collide con la notazione che il sistema delineato dalla regolamentazione amministrativa delle operazioni di finanziamento a favore delle loro parti correlate risulta poggiato sulle stesse basi ed ampiamente più rigoroso.

La circolare dell'Abi evidenzia, anzitutto, le fattispecie escluse dal perimetro normativo della disposizione per effetto della abrogazione dei commi 2 e 2 bis, soffermandosi sulla portata normativa del primo comma dell' art. 136 ed in particolare sul significato da ascrivere all' avverbio "indirettamente", al fine di verificare se talune delle fattispecie letteralmente contenute nelle disposizioni ora abrogate possano essere ricondotte, in via interpretativa, all' ambito di applicazione del comma 1 del "nuovo" art. 136.

L' abrogazione del comma 2¹³¹ comporta l' esclusione dal perimetro di applicazione del "nuovo" 136 delle seguenti fattispecie: a) atti di compravendita

¹³⁰ Osserva la circolare ABI 11/13: «nel mutato contesto normativo ed in considerazione degli stringenti presidi regolamentari introdotti con le disposizioni della Consob e di Banca d' Italia in materia di parti correlate, il legislatore ha dunque ritenuto opportuno eliminare le procedure gravose e, come da molti rilevato, scarsamente efficaci, descritte dalla disposizione in commento, per una serie di operazioni e soggetti che nel tempo vi erano stati ricondotti, mantenendo peraltro ferma la sanzione penale».

¹³¹ Il comma 2 dell'articolo 136 TUB estendeva l'applicazione delle procedure deliberative rafforzate anche a chi "svolge funzioni di amministrazione, direzione e controllo, presso una banca o società facenti parte di un gruppo bancario, per le obbligazioni e per gli atti indicati nel comma 1 posti in essere con la società medesima o per le operazioni di finanziamento poste in essere con altra società o con altra banca del gruppo". La decisione del legislatore del 1993 di estendere esplicitamente, con tale comma 2 - la procedura deliberativa di cui all' art. 136 anche alle obbligazioni infragruppo e dunque alle obbligazioni contratte con banche controllate da quella in cui l'esponente esercita le proprie funzioni seguiva al dibattito sul tema della riconducibilità di questo tipo di operazioni all' ambito di applicazione dell'art. 136. Come ricorda la Circolare ABI n. 11/2013 «in particolare, prima dell' introduzione del comma 2, autorevole giurisprudenza aveva fissato il principio, del tutto innovativo, secondo cui l' avverbio "indirettamente", contenuto nell' art. 38, comma 1, della Legge Bancaria del 36-38 (e poi rifluito nell' art. 136 TUB) fosse riferibile non solo alle ipotesi di interposizione - vedi oltre - ma anche "alle situazioni in cui taluno opera avvalendosi di società controllata" e, pertanto, "deve necessariamente ammettersi che detta disposizione è applicabile anche quando l' effetto pregiudizievole si determini nel patrimonio di una società controllata dalla banca". "Questo perché... la relazione di controllo può far sì che gli effetti che si manifestano nel patrimonio della controllata si riflettano nel patrimonio della controllante e deve quindi ritenersi che rientrino nelle previsioni del divieto sancito dalla norma in esame. L' orientamento

ed obbligazioni, di qualsiasi natura, finanziarie e non finanziarie, poste in essere da esponenti di società facenti parte di gruppo bancario, diverse dalle banche, sia con la società in cui essi ricoprono l'incarico sia con altre società o banche del gruppo; b) le operazioni di finanziamento contratte dall'esponente di una banca con altre società o banche del gruppo¹³²; c) le operazioni poste in essere dall'esponente di una banca estera, appartenente ad un gruppo italiano, con la banca medesima, oltre che con le banche o altre società del gruppo bancario¹³³.

Con l'abrogazione del comma 2 bis¹³⁴, risultano escluse dall'ambito di applicazione dall'art. 136: a) le obbligazioni contratte dalla banca in cui opera l'esponente con altra società in cui il medesimo esponente svolge attività di amministrazione, direzione o controllo (c.d. mera coincidenza di cariche)¹³⁵; b) le

della Corte di Cassazione era stato tuttavia oggetto di critica da parte della dottrina, la quale, nel verificare la compatibilità del principio di diritto formulato sulla base all'art. 38 LB con l'impianto del Testo Unico bancario e con le disposizioni emanate dalla Banca d'Italia, ha sottolineato come il legislatore del 1993, "appalesando il proprio intento, nella Relazione Governativa" e "soprattutto l'organo di vigilanza poi, fornendo un chiarimento sul punto, si siano pronunciati in favore di una interpretazione di tipo restrittivo della norma di cui si tratta, escludendo dall'ambito oggettivo di applicazione della medesima gli accordi nei quali non fosse contraente in senso sostanziale la banca...di cui l'interessato fosse esponente".

¹³² Secondo la circolare Abi, infatti, il comma 1 dell'articolo 136 TUB limita esplicitamente il proprio ambito di applicazione alle *fattispecie* nelle quali l'esponente aziendale si pone, direttamente o indirettamente, quale controparte della Banca in cui egli svolge funzioni di amministrazione, direzione o controllo e dunque l'abrogazione del comma 2 comporta che non assumano più rilievo le operazioni poste in essere dagli esponenti con altre società o banche del gruppo di appartenenza. In particolare non assumono più rilevanza le obbligazioni degli esponenti bancari con società o banche del gruppo *controllanti* la banca in cui l'esponente ricopre il proprio incarico e con le società sottoposte a comune controllo con la banca in questione. In queste ipotesi, ora abrogate, l'operazione è realizzata tra un esponente aziendale e società sulle quali lo stesso non esercita influenza determinante. Ma l'esclusione interesserebbe anche le obbligazioni contratte dall'esponente bancario con società o banche controllate dalla banca in cui l'esponente ricopre il proprio incarico. Con l'abrogazione del comma 2, secondo la circolare ABI 11/2013 «il legislatore ha confermato il proprio originario favore per una interpretazione di tipo restrittivo, che comporta l'esclusione dal perimetro della disposizione delle operazioni in cui non sia controparte sostanziale la banca in cui l'esponente ricopre il proprio incarico. In conclusione non debbono più essere assoggettate alla procedura deliberativa rafforzata le operazioni di finanziamento che intercorrono tra la capogruppo e gli esponenti di una diversa banca o società del gruppo; né le operazioni di finanziamento che intercorrono tra gli esponenti della capogruppo e una diversa banca o società del gruppo. Infine non è più richiesto l'assenso della capogruppo per operazioni delle società controllate rilevanti ai fini del solo art. 136 TUB».

¹³³ L'abrogazione della disposizione che estendeva l'ambito di applicazione dell'art. 136 alle operazioni poste in essere tra tutte le società del gruppo, ivi comprese quelle estere, sottrae gli esponenti delle banche estere sia alle procedure deliberative "modello 136 Tub", sia all'assenso della capogruppo italiana.

¹³⁴ In base al quale rilevavano «anche le obbligazioni intercorrenti con società controllate dai soggetti di cui ai medesimi commi [1 e 2] o presso le quali gli stessi soggetti svolgono funzioni di amministrazione, direzione o controllo, nonché con le società da queste controllate o che le controllano». Dalla circolare ABI 11/2013: «Il legislatore del 2005, nell'includere, con l'art. 2 bis, l'ipotesi della mera coincidenza di cariche, ha dunque esteso l'ambito di applicazione della norma ad una *fattispecie* che non riteneva potesse essere automaticamente ricondotta nel novero delle "obbligazioni indirette" di cui al primo comma dell'art. 136 Tub: ha voluto cioè estendere l'applicazione delle procedure deliberative rafforzate anche questa ulteriore tipologia di operazioni».

¹³⁵ Secondo la circolare ABI 11/2013 con l'abrogazione del comma 2 bis il legislatore ha accolto i rilievi di quanti avevano sottolineato l'eccessivo formalismo e soprattutto la scarsa efficacia della disposizione abrogata che, estendendosi anche a tutti i componenti del collegio sindacale, ivi

obbligazioni contratte dalla banca in cui l' esponente siede con società controllate o che controllano la società esterna al gruppo, in cui l' esponente medesimo svolge funzioni di amministrazione, direzione e controllo.

In merito alla portata del termine "indirettamente", la circolare ABI ha offerto una puntuale ricognizione del quadro delle questioni interpretative, già oggetto di attenzione da parte di dottrina e giurisprudenza sotto il vigore della legge bancaria del 1938, relative all'estensione del contenuto del termine "indirettamente".

In linea con le istruzioni di Banca d' Italia non è mai stato dubbio che il termine indirettamente include: a) le obbligazioni assunte in caso di interposizione fittizia (tramite simulazione soggettiva del contraente) o reale di persona fisica o giuridica (ossia attraverso il conferimento di un mandato senza rappresentanza o attraverso un negozio fiduciario); b) le obbligazioni assunte nei confronti di società di cui l'esponente bancario è personalmente e illimitatamente responsabile.

I dubbi degli interpreti hanno piuttosto avuto riguardo alle operazioni intercorrenti tra la banca in cui l'esponente riveste il proprio incarico e: a) le società *controllate* dall' esponente; b) le società *partecipate* dall' esponente; c) i *familiari* dell'esponente.

In esito alla riforma del 2012, non pare dubitabile che la mera *partecipazione* dell'esponente in società di capitali non assuma più rilievo ai fini dell'applicazione dell'art. 136 TUB. La detenzione di una partecipazione di minoranza in una società non determina l'automatica riferibilità all' esponente dell'operazione realizzata dalla società, ferma comunque la possibile ricorrenza, in concreto, di un interesse conflittuale *ex art. 2391 c.c.* Analogamente per le operazioni concluse dalla banca con una società in cui l'esponente detiene una partecipazione che consenta di esercitare una influenza notevole, ma non dominante.

Quanto alle operazioni compiute dal coniuge o da altri familiari dell' esponente bancario, la rilevanza ai sensi dell'articolo 136 TUB è condizionata al fatto che la nozione di obbligazione indiretta identifichi, come ritenuto alla Istruzioni della Banca d'Italia, «una fattispecie in cui il rapporto obbligatorio, pur se formalmente riferito a un soggetto diverso dall' esponente bancario, di fatto viene ad instaurarsi in capo a quest' ultimo» e alla circostanza che le obbligazioni dei familiari ricadano nella sfera patrimoniale dell'esponente (si pensi alle operazioni effettuate dal coniuge in regime di comunione legale o dai figli o altri familiari a carico) . Resta fermo, peraltro, il più ampio perimetro di operatività dell'art. 53 TUB e delle relative norme di attuazione

compresi i supplenti, includeva ipotesi in cui il conflitto di interessi risultava, anche in astratto, insussistente. Per effetto del successivo intervento abrogativo, le stesse devono, coerentemente, ritenersi escluse dal perimetro della disposizione.

La vera disputa sulla portata dell'effetto abrogativo e sulla residua portata della fattispecie penale, per contro, si registra sul fronte delle operazioni con società *controllate* dall'esponente.

Secondo una *lettura restrittiva*, l'evenienza in esame sarebbe adesso esclusa dall'ambito di applicazione della disposizione, atteso che, nell'abrogare il comma 2 bis, il legislatore ha esplicitamente circoscritto l'ambito di applicazione di una norma sanzionata in via penale, pur consapevole dell'ambiguità dell'espressione «*indirettamente*» e della variabili interpretazioni giurisprudenziali¹³⁶. Inoltre, il rafforzamento dei presidi introdotti con il regolamento Consob e dalle disposizioni di vigilanza in materia di parti collegate imporrebbero la semplificazione della procedura deliberativa in esame salvo indulgere «*in una tendenza all' ipertrofia normativa e procedurale che rischia di risolversi in mero ed inefficace formalismo*».

La lettura in esame pare seriamente problematica, già se si considerano le esatte e complete premesse storiche della disposizione. Inoltre, è in linea con l'ordinaria, se non esclusiva, esperienza riscontrare che gli esponenti aziendali esercitano attività di impresa attraverso veicoli societari controllati, capaci di limitarne la responsabilità patrimoniale, escludendo l'assunzione di illimitata responsabilità personale. Onde, aderire alla tesi predetta importerebbe la sostanziale abrogazione della fattispecie, con la completa vanificazione della sua ratio.

La *lettura estensiva* è imposta, anzitutto, dalla salvaguardia dei beni tutelati dall'articolo 136 TUB, se si considera altresì l'abrogazione (in virtù dell'art. 14, comma 1, d.l. 185/2008, convertito, con modificazioni, dalla legge 2/2009) del divieto *ex art. 19/6 TUB* di acquisizione di partecipazioni con quote dei diritti di voto superiore al 15 per cento o importanti il controllo della banca nei confronti dei soggetti che, anche attraverso società controllate, svolgono in misura rilevante attività d'impresa in settori non bancari né finanziari.

Lo stesso inserimento del comma 2 bis cit. era stato salutato quale «*esempio di non ineccepibile tecnica legislativa laddove con l'introduzione di un solo nuovo comma si è voluto estendere l'applicazione dell'art. 136 a una serie di situazioni, per alcuni tratti assai diverse tra loro, che descrivono un potenziale "interesse" o*

¹³⁶ La circolare ABI 11/2013 ricorda come l'interpretazione restrittiva fosse sostenuta anche dall'analisi dell'origine e dell'evoluzione della disposizione, sorta quale norma di favore per gli esponenti bancari, rispetto al divieto assoluto per l'esponente, posto dall' art. 2624 del codice civile, di contrarre prestiti sotto qualsiasi forma con la società in cui ricoprivano le proprie funzioni, o in quelle da essa controllate. «*L' art. 38 della Legge bancaria in deroga a quel divieto assoluto, perseguiva l' obiettivo di consentire agli esponenti bancari, se pur previa adozione di procedure deliberative rafforzate, di effettuare operazioni con la banca della quale erano esponenti per il fatto di "essersi tenuto conto delle particolari esigenze delle aziende di credito alle quali non è possibile imporre che i più forti gruppi di industria che fanno capo all' azienda, e dei quali i rappresentanti sogliono perciò far parte del Consiglio di amministrazione, si rivolgessero per i propri bisogni piuttosto che all' azienda di credito cui sono legati, ad altre aziende diverse e forse concorrenti"*. In realtà come spiegato nel testo, le premesse storiche paiono più articolate.

"*conflitto d'interessi*"¹³⁷". In particolare si era notato che essa aveva carattere innovativo solo per la parte in cui prevedeva la procedura di permesso condizionato in presenza di mera coincidenza di cariche gestorie, situazione nella quale, in precedenza, non era indispensabile attivare la procedura. Per il resto (ossia proprio per il caso di società controllate dagli esponenti bancari) essa si limitava a censire e recepire "*orientamenti proposti dalla dottrina e in alcuni casi dalla giurisprudenza*"¹³⁸. L'innovazione legislativa del 2005 era stata giustificata con il proposito dichiarato di "*prevenire l'elusione delle norme attraverso l'interposizione di persone giuridiche*", espressione tratta dalla relazione delle commissioni permanenti della Camera dei deputati sul testo unificato dei progetti di legge n. 2436 e abb., presentata alla Presidenza il 18 febbraio 2005. Alcuni autori hanno anche sostenuto che «*l'intento politico della nuova disposizione è stato quello di ricomprendere nell'ambito di operatività della regolamentazione sulle obbligazioni degli esponenti bancari anche situazioni che risultavano in passato border line*».

I precedenti storici della disposizione, dunque, offrono un prezioso contributo a risolvere la questione. Specie se considerati assieme all'*elaborazione giurisprudenziale* sviluppatasi rispetto ad essi.

Senza risalire alle previsioni degli articoli 6 e 29 della legge n. 5546/1888 ed a quelle dell'articolo 12 della legge 169/1898, appare significativo il contenuto dell'articolo 6 della legge n. 660/1931, di conversione del RDL 1459/1930¹³⁹. L'espressione "*per interposta persona*" che vi compare è di assoluto rilievo per comprendere il carattere innovativo dell'art. 38 della legge n. 141/1938, ovvero del diretto antesignano dell'articolo 136 TUB.

In base al citato articolo 38, che conviene nuovamente riportare per esteso, «*gli amministratori, liquidatori, direttori ed i membri degli organi di sorveglianza delle aziende indicate nell'articolo 5 (ndr. Istituti di credito di diritto pubblico e banche di interesse nazionale, banche ed aziende di credito in genere, etc.) non possono contrarre obbligazioni di qualsiasi natura, né compiere atti di compravendita, direttamente o indirettamente con l'azienda che amministrano o dirigono o sorvegliano, se non dietro conforme deliberazione che dovrà essere presa all'unanimità, del consiglio di amministrazione e col voto favorevole di tutti i componenti l'organo di sorveglianza*».

¹³⁷ DE PRA, "Le obbligazioni degli esponenti bancari" in Giur. comm. 2008, 06, 1140.

¹³⁸ La stessa circolare ABI 11/13 ricorda che con l'introduzione dei commi 2 e 2 bis, il legislatore, da un lato, aveva esteso l'ambito di applicazione della norma ad operazioni nuove e diverse, rispetto a quelle disciplinate dalla Legge Bancaria del '36-'38, dall'altro, in prospettiva chiarificatrice, aveva codificato una serie di ipotesi che, attraverso interpretazione estensiva del concetto di "obbligazione indiretta", venivano da taluni già ricondotte alle procedure deliberative di cui all'art. 136.

¹³⁹ Alla stregua di tale articolo: «1. *gli amministratori, i direttori e i liquidatori che contraggono prestiti, sotto qualsiasi forma, sia direttamente, sia per interposta persona, con la società che amministrano o con una società che essa controlla, o da cui essa sia controllata che si fanno da una di tali società prestare garanzia per debiti proprio, sono puniti con la reclusione da uno a tre anni e con la multa da lire duemila a ventimila. 2. La disposizione non si applica agli amministratori, direttori, sindaci e liquidatori delle società che hanno per principale oggetto l'esercizio del credito, sempre che essi non abbiano la firma, anche congiuntamente con altri, della società e che le operazioni previste nella prima parte di questo articolo siano state nei singoli casi autorizzate dal Consiglio di amministrazione*».

In nulla variata sul punto qualificante in esame, risultava la disposizione dell'articolo 136 TUB, sin dall'originaria versione (*“chi svolge funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso una banca non può contrarre obbligazioni di qualsiasi natura o compiere atti di compravendita, direttamente od indirettamente, con la banca che amministra, dirige o controlla, se non previa deliberazione dell'organo di amministrazione presa all'unanimità e col voto favorevole di tutti i componenti dell'organo di controllo, fermi restando gli obblighi di astensione previsti dalla legge”*).

La circostanza permette di trovare prezioso conforto nell'autorevole giurisprudenza che si è occupata dell'espressione “indirettamente” contenuta nell'articolo 38 cit. (trasposta senza modifiche nell'articolo 136 TUB). In proposito, la Corte di Cassazione (V, ud. 20.5.1980-21.10.1980, Sindona) ha spiegato come l'«*oggetto specifico della tutela è quello di evitare, attraverso il divieto, i concreti conflitti tra l'interesse personale dell'esponente bancario e quello dell'azienda di credito; si “vuol garantire il patrimonio sociale ed impedire qualsiasi manomissione per via diretta o indiretta da parte di chi ne ha l'amministrazione” (discorso del guardasigilli del tempo, on. Rocco, alla camera dei Deputati sul testo normativo ddl 1931)*».

La Corte di legittimità, nella stessa occasione, avuto riguardo alla «*chiarissima finalità della norma*», ha ricordato che, al di là delle forme giuridiche adottate, **debba sempre considerarsi la “sostanza vera” dell'operazione**, sicché dovrà cogliersi la violazione del divieto quante volte la stipulazione evidenzi, nella realtà, un interesse personale dell'amministratore. Più specificamente, mentre contrarre obbligazioni “direttamente” significa stipulare con la banca che si amministra contratti in nome e per conto proprio, **contrarre obbligazioni “indirettamente”** significa invece inserire tra sé e la banca, nella stipulazione del contratto, una terza persona, in funzione di schermo, per evitare che appaia la realtà della stipulazione del contratto tra amministratore e banca». Questo schermo si realizza normalmente attraverso gli strumenti tipici della interposizione fittizia o anche reale, nell'ambito, rispettivamente, della simulazione o della fiducia; ma l'interesse personale dell'esponente bancario può essere perseguito, in violazione del divieto, «*pur quando la banca stipuli con una società della quale l'amministratore dell'azienda di credito abbia la padronanza giuridica o di fatto, quando cioè si verifica quella tipica situazione, propria del fenomeno di gruppo, per cui l'azione di una società controllata può essere concretamente determinata da un ente, persona fisica o giuridica, controllante*»¹⁴⁰. Il giudice di legittimità fissava il seguente principio di diritto: «la

¹⁴⁰ In termini molto chiari, ancora la Corte: *“Invero non è priva di significato la maggior ampiezza e genericità della formula adottata dall'art. 38 della legge bancaria (“indirettamente”) rispetto a quella del precedente art. 6 della legge n. 600 del 1931 (“per interposta persona”); e soprattutto e non è pensabile con riguardo alle ricordate finalità della legge che sfuggano alla sua previsione tutte quelle ipotesi in cui l'interesse personale dell'amministratore bancario alla stipulazione dell'obbligazione o della compravendita con la banca sia realizzata attraverso una posizione di predominio economico nella società stipulante, spesso mascherata dietro una pluralità di organizzazioni giuridiche. Sotto questo profilo l'interpretazione della dottrina, collimante con quella ufficiale della Banca d'Italia, è nel senso che il divieto vale anche per le obbligazioni ed atti posti in essere tramite società od enti nei quali gli esponenti bancari abbiano interessi personali preminenti, dovendosi sempre indagare se il dirigente dell'azienda di credito si nasconde in effetti dietro la persona giuridica contraente. Orbene è noto che il mezzo tecnico più frequente per l'attuazione del controllo su una società è rappresentato dall'utilizzazione delle*

fattispecie della stipulazione indiretta si realizza pur quando esponente bancario abbia preminenti interessi personali nella società stipulante, perseguiti attraverso il controllo economico della società medesima, attuato mediante utilizzazione della partecipazione al capitale sociale, diretta o per il tramite di altro soggetto».

Ancora quindici anni dopo, allorché il testo unico bancario era già entrato in vigore, sempre a proposito dell'interpretazione dell'avverbio "indirettamente" contenuto nell'articolo 38 legge n. 141/1938¹⁴¹), la Corte di Cassazione¹⁴² confermava la correttezza della interpretazione appena spiegata, offrendo altri argomenti¹⁴³. La formulazione dell'art. 38 della legge bancaria rendeva «... evidente che il legislatore ha avuto di mira la sostanza economica dell'operazione assai più delle categorie formati attraverso le quali può essere in concreto realizzata. Chi controlla una società ha la possibilità di diventare anche formalmente titolare dei diritti acquistati dalla controllata (non diversamente da quel che accade nell'interposizione reale); se poi la relazione di controllo ha carattere azionario - deriva cioè dalla titolarità di una partecipazione al capitale idonea ad assicurare la maggioranza dei voti esercitabili nelle assemblee ordinarie della società partecipata o, quanto meno, un numero di voti

partecipazioni sociali e dei poteri che a questa sono connessi. E' quanto si verifica, in particolare, nelle società di partecipazione (holdings), il cui scopo non è quello di realizzare direttamente un'attività imprenditoriale, ma è quello di controllare l'esercizio di attività economiche di altre società, costituenti un gruppo economicamente unitario, pur se giuridicamente organizzate in distinte soggettività. (omissis)

¹⁴¹ Rilevante in una vicenda di revoca ex a. 67 L.F. del riacquisto di azioni e di tratte.

¹⁴² Cass. Civ., I, n. 12733/1995.

¹⁴³ La sentenza citata osservava: «La formulazione dell'art. 38 era assai più ampia e comprensiva di quella dell'art. 6 della legge 4 giugno 1931, n. 660, che ne costituiva l'antecedente immediato, e dello stesso art. 2624 c.c. che su detta disposizione è stato modellato (Relazione al codice, §§1059-1060). Sia perché il suo ambito di previsione non era limitato alla concessione di prestiti e alla prestazione di garanzie, ma si estendeva agli atti di compravendita e a qualsiasi rapporto obbligatorio instaurato tra la banca e l'esponente bancario (amministratore, liquidatore, direttore o componente degli organi di sorveglianza). Sia (e soprattutto) perché - mentre l'art. 6 della legge n. 660 del 1931 [non diversamente dall'art. 2624 c.c.] si riferiva alle operazioni compiute "sia direttamente sia per interposta persona" - il divieto sancito dall'art. 38 della legge bancaria colpiva anche le operazioni compiute indirettamente dall'esponente bancario con la banca, vale a dire, non solo attraverso gli strumenti tipici della interposizione fittizia o dell'interposizione reale, ma anche con l'intervento di una società controllata (Cass. pen. 20 maggio 1980, Sindona)».

Con nuove parole, la Corte ribadiva il concetto: «Invero, il termine "indirettamente" - assai più generico dell'espressione "per interposta persona" - anche in altre occasioni è stato (ed è) usato dal legislatore per designare, non solo ipotesi di vera e propria "interposizione", ma situazioni nelle quali si opera per il tramite di società controllate [art. 5, secondo comma, D.L. 8 aprile 1974, n. 95, convertito, con modificazioni, nella legge 7 giugno 1974, n. 216; art. 3, lett. a), b), D.L. 30 gennaio 1979, n. 26, convertito, con modificazioni, nella legge 3 aprile 1979, n. 95; art. 22, d. lgs. 1 settembre 1993, n. 385. Ciò spiega perché il riferimento ai rapporti di controllo comparisse solo nell'art. 6 della citata legge n. 660 del 1931 e non anche nell'art. 38 della legge bancaria, che pure aveva una portata assai più vasta: l'espressa indicazione di tali rapporti è stata ritenuta superflua dal legislatore, in considerazione della maggiore comprensività della formulazione della nuova disposizione, e non può quindi trarsi argomento dalla sua mancanza per affermare che le relazioni di controllo fossero escluse dal suo ambito di applicazione». La Corte si confrontava anche con l'opinione di quanti traevano dalla diversa formulazione dell'art. 2624 c.c. l'argomento per affermare che le operazioni compiute per il tramite di società controllate fossero escluse dall'ambito di applicazione dell'art. 38 della legge bancaria, notando che in realtà "il testo dell'art. 2624 c.c. riproduce, per la parte che qui interessa, quello dell'art. 6 della legge n. 660 del 1931, che si riferiva alle operazioni compiute "sia direttamente che per interposta persona": di qui la necessità di una specifica previsione per estendere il divieto anche alle operazioni compiute per il tramite di società tra di loro legate da una relazione di controllo».

sufficienti per esercitare "un'influenza dominante" in tali assemblee (art. 2359, primo comma, nn. 1 e 2. c.c.) - il controllante viene a trovarsi in una situazione che lo porta comunque a risentire, sia pure indirettamente, degli effetti (non solo positivi, ma anche negativi) che si determinano nel patrimonio della società controllata»¹⁴⁴.

La Corte, riconoscendo che l'avverbio "indirettamente", contenuto nell'art. 38 della legge bancaria, era riferito anche alle situazioni in cui taluno operava avvalendosi di società controllata, sottolineava come la relazione di controllo potesse far sì che gli effetti che si manifestavano nel patrimonio della controllata si riflettessero nel patrimonio della controllante. Una successiva sentenza della Corte di Cassazione (V, n. 724/2010) era stata parimenti chiara nel considerare obbligazione contratta indirettamente quella in essere tra la banca e società riferibile all'esponente aziendale (nel caso il direttore). In linea con una significativa unanimità giurisprudenziale, non solo della Corte di legittimità, ma anche dei giudici di merito¹⁴⁵.

Ancora prima delle novelle del 2005 e del 2012, del resto, in perfetta coerenza con tali considerazioni, la Banca d'Italia, nella Circolare n.229/1999¹⁴⁶, rilevava: «La nozione di obbligazione "indiretta" identifica una fattispecie in cui il

¹⁴⁴ Notava la Corte: «Le azioni, come si insegna, costituiscono infatti beni di secondo grado, essendo rappresentative di diritti relativi a beni che, in una certa misura, continuano ad "appartenere" al titolare delle azioni, in quanto - entrando a far parte del patrimonio della società - vengono assoggettati ad una gestione collettiva, alla quale ciascun socio è ammesso a partecipare, nei limiti e nelle forme stabilite dall'ordinamento sociale. Il rapporto tra le azioni e i beni sociali non è pertanto di reciproca estraneità e corrisponde a quello che intercorre tra la società e i suoi soci, il quale non può essere concepito alla stessa stregua di quello che intercorre tra due individui persone fisiche. Questo perché le persone giuridiche costituiscono centri di imputazione meramente transitori e strumentali, dal momento che le situazioni giuridiche che ad esse vengono riferite sono destinate a tradursi (e questa volta definitivamente) in corrispondenti situazioni giuridiche facenti capo ai singoli membri, i quali finiscono quindi per esserne i titolari effettivi, sia pure "in una maniera specifica", che vale a distinguerle dalle altre che ad essi competono come individui. Sicché, pur dovendosi escludere che i beni sociali si trovino nella diretta disponibilità dei singoli soci, dal momento che la loro posizione è di tipo corporativo e può esplicitarsi solo per il tramite della organizzazione interna della società, secondo le regole, legali e statutarie, che la caratterizzano (il che, ad esempio, porta a negare che il socio possa agire individualmente nei confronti di chi abbia arrecato danno alla consistenza del patrimonio sociale: Cass. 3 aprile 1995, n. 3903), non può non riconoscersi che la costituzione di una società di capitali non determina la creazione di nuovi beni, ma costituisce il presupposto per l'istituzione di un diverso regime di utilizzazione dei beni conferiti senza tuttavia recidere ogni collegamento con i soggetti che hanno loro impresso quella destinazione, in quanto detti soggetti - proprio in virtù di tale atto - diventano membri di una collettività organizzata, acquistando una posizione giuridica che li abilita a partecipare alla gestione collettiva dei beni in questione. Ciò spiega perché tra il valore delle azioni e quello del patrimonio della società vi sia una corrispondenza, almeno tendenziale, della quale il legislatore prende atto, riconoscendo che le immobilizzazioni finanziarie rappresentate da partecipazioni in imprese controllate o collegate possono essere iscritte in bilancio, anziché secondo il criterio del costo storico, per un importo pari alla corrispondente frazione, opportunamente rettificata, del patrimonio netto della società partecipata: art. 2426, n. 4, c.c. E, al tempo stesso, rende evidente che, agli affetti dell'art. 38 della legge bancaria, le situazioni determinate dall'acquisto di beni per il tramite di società controllate debbano essere assimilate a quelle che si verificano allorché l'operazione sia compiuta direttamente tra l'azienda di credito e l'esponente bancario».

¹⁴⁵ Nello stesso senso, cfr.: Tribunale di Milano, 18.9.1989, Rep. 1990, voce Banca n. 91, Tribunale di Milano, 17.7.1978, Foro it., Rep. 1979, Pretura di Milano 12.8.1976, Pretura di Milano 25.6.1976, Pretura di Rieti 14.2.1973.

¹⁴⁶ Titolo II, capitolo 3, Sezione 2 paragrafo 4.

rapporto obbligatorio, pur se formalmente riferito ad un soggetto – persona fisica (ad es. coniuge o altro familiare dell'esponente) o giuridica – diverso dall'esponente aziendale, di fatto viene ad instaurarsi in capo a quest'ultimo. Spetta al consiglio di amministrazione, che l'interessato deve rendere edotto della propria particolare situazione fornendo tutti i chiarimenti necessari, valutare se nell'operazione prospettata ricorra o meno l'ipotesi di una obbligazione indiretta dell'esponente medesimo.....omissis.... Nell'ipotesi di obbligazioni contratte da società si ritiene applicabile l'art. 136 del T.U. ove l'esponente aziendale abbia nella società contraente una posizione di controllo ai sensi dell'art. 23 del T.U. ».

La posizione pare in linea con il particolare sistema normativo in cui s'inserisce la norma. Nella logica del TUB, infatti, a proposito delle «partecipazioni indirette» è previsto che, sia pure ai fini dell'applicazione dei capi III (partecipazioni nelle banche) e IV (requisiti di onorabilità e professionalità) del Titolo II, «si considerano anche le partecipazioni acquisite o comunque possedute per il tramite di società controllate, di società fiduciarie o per interposta persona»¹⁴⁷. La distinzione tra «società controllate» e «per interposta persona» dimostra la chiara differenziazione dei concetti nella logica del testo normativo da cui l'articolo 136 mutua l'espressione.

Se il criterio distintivo va individuato nelle situazioni di «padronanza giuridica», connotata anche da situazioni di fatto, «attraverso il predominio economico», rientrano nel novero delle obbligazioni contratte indirettamente, ancora interessate dalla procedura ex art. 136 TUB: i) quelle contratte da parenti dell'esponente aziendale i cui effetti ricadano sul patrimonio di quest'ultimo; ii) quelle contratte da società soggette al controllo dell'esponente aziendale per influenza dominante ai sensi dell'articolo 2359, co.1 e 2 c.c. e controllo per influenza dominante ai sensi dell'articolo 23, co.1 e co. 2 n. 1 e n. 2 decreto

¹⁴⁷ Il controllo significativo ai fini dell'articolo 23 TUB risulta consistentemente più ampio di quello previsto dai primi due commi dell'articolo 2359 c.c., che identificano forme di influenza dominante (disponibilità della maggioranza dei voti in assemblea, o di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante in assemblea, pur se spettanti a società controllate, fiduciarie o interposte persone, ovvero vincoli contrattuali che importano influenza dominante). Infatti, ai sensi dell'articolo 23 TUB il controllo sussiste, anche con riferimento a soggetti diversi dalle società, oltre che nei casi previsti dall'articolo 2359, commi primo e secondo, del codice civile, anche in presenza di contratti o di clausole statutarie che abbiano per oggetto o per effetto il potere di esercitare l'attività di direzione e coordinamento. Inoltre, il controllo si considera esistente nella forma dell'influenza dominante, salvo prova contraria, allorché ricorra una delle seguenti situazioni: 1) esistenza di un soggetto che, sulla base di accordi, ha il diritto di nominare o revocare la maggioranza degli amministratori o del consiglio di sorveglianza ovvero dispone da solo della maggioranza dei voti ai fini delle deliberazioni relative alle materie di cui agli articoli 2364 e 2364-bis del codice civile; 2) possesso di partecipazioni idonee a consentire la nomina o la revoca della maggioranza dei membri del consiglio di amministrazione o del consiglio di sorveglianza; 3) sussistenza di rapporti, anche tra soci, di carattere finanziario ed organizzativo idonei a conseguire uno dei seguenti effetti: a) la trasmissione degli utili o delle perdite; b) il coordinamento della gestione dell'impresa con quella di altre imprese ai fini del perseguimento di uno scopo comune; c) l'attribuzione di poteri maggiori rispetto a quelli derivanti dalle partecipazioni possedute; d) l'attribuzione, a soggetti diversi da quelli legittimati in base alla titolarità delle partecipazioni, di poteri nella scelta degli amministratori o dei componenti del consiglio di sorveglianza o dei dirigenti delle imprese; 4) assoggettamento a direzione comune, in base alla composizione degli organi amministrativi o per altri concordanti elementi.

legislativo n. 385/1993 (*forme di "controllo interno", connesso, essenzialmente, al possesso di partecipazioni azionarie, dirette o indirette*); iii) quelle contratte da società soggette al controllo dell'esponente aziendale per influenza dominante ai sensi dell'articolo 23, co. 2 n. 3 e n. 4 decreto legislativo n. 385/1993 (*forme di "controllo esterno", che prescindono dal possesso di partecipazioni, trovando causa, origine e contenuto in particolari vincoli contrattuali*).

Può convenirsi, per contro, che l'abrogazione del 2012 ha avuto effetti concreti, invece, in relazione alle obbligazioni: (i) contratte da società collegate all'esponente bancario per influenza notevole ai sensi dell'articolo 2359, co.3 c.c.; (ii) contratte da società in cui l'esponente bancario riveste solo funzioni gestorie o di controllo. Vale a dire, per la parte autenticamente innovativa dell'originaria novella del 2005.

§.7.3.3. DELIBERE CON QUORUM QUALIFICATI

Il comportamento rilevante s'identifica nella contrazione di obbligazioni, direttamente od indirettamente, con la banca con cui l'autore intrattiene la relazione qualificata, anzitutto, omettendo di far approvare l'operazione da previa *deliberazione all'unanimità dell'organo di amministrazione (o dall'organo cui delegata dal consiglio di amministrazione l'incombenza) con l'esclusione del voto dell'esponente interessato e dal voto favorevole di tutti i componenti dell'organo di controllo*. A ciò appare preferibile aggiungere, per quanto si avrà occasione di chiarire, le evenienze in cui in cui la delibera sia di *contenuto assolutamente generico*, ovvero, ancora, nel caso di amministratori, segua ad *inadempimento di doveri informativi, comportamentali e di motivazione previsti dall'articolo art. 2391 c.c.* talmente grave da pregiudicare lo stesso significato scriminante delle delibere unanimitarie eventualmente assunte.

La «*deliberazione presa all'unanimità*» *pretesa* dall'art. 136 del TUB è assunta, normalmente, dal consiglio di amministrazione della banca. A seguito della riforma del 2012, sussiste la possibilità che un organo delegato possa deliberare operazioni di fido, compravendite e obbligazioni di qualsiasi natura nei confronti di coloro che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo.

Secondo la Banca d'Italia (cfr. Istruzioni di Vigilanza già ricordate), «*qualora le funzioni di gestione siano per statuto delegate in via ordinaria a un organo ristretto, quale il comitato esecutivo, cui sono attribuiti poteri generali in materia di erogazione del credito, si ritiene coerente con il dettato normativo che tale organo assuma le deliberazioni richieste dall'art. 136 del T.U. È opportuno comunque che le stesse siano portate a conoscenza del consiglio di amministrazione. Resta fermo che i destinatari del divieto sono i componenti di entrambi gli organi di amministrazione*».

L'unanimità prescritta dall'art. 136 del T.U.B. non è condizionata alla presenza di tutti i componenti l'organo di amministrazione, essendo sufficiente che intervenga un numero di membri pari a quello necessario per la validità delle deliberazioni e che tutti i presenti, diversi dall'interessato, votino a favore dell'operazione.

Per l'approvazione dell'organo di controllo, invece, tutti i *sindaci effettivi*, nessuno escluso, devono esprimere parere favorevole. Secondo le istruzioni della Banca d'Italia, quando uno di essi non abbia presenziato alla seduta del consiglio nella quale la deliberazione è stata adottata, «*la sua approvazione va formalizzata in un documento scritto da conservare agli atti della banca e va fatta constare nel verbale relativo alla riunione consiliare successiva. Resta esclusa, sino a quando tale approvazione non sia intervenuta, la possibilità di dare corso alle operazioni in parola, anche quando ne ricorrano gli altri presupposti. Peraltro, il sindaco interessato a contrarre un'obbligazione con la banca di appartenenza o con altra banca non deve esprimere il voto in occasione della deliberazione sull'operazione medesima*».

§.7.3.4. DELIBERE GENERICHE E ASSUNTE PREVIA GRAVE TRASGRESSIONE DEGLI OBBLIGHI PREVISTI DAL CODICE CIVILE IN MATERIA DI INTERESSI DEGLI AMMINISTRATORI E DI OPERAZIONI CON PARTI CORRELATE

Conviene riflettere, in tal senso, se la condotta si esaurisca nella assenza di tali delibere con i quorum qualificati anzidetti ovvero possa essere integrata anche in presenza di *delibere di approvazione generiche* o, ancora, formate contravvenendo agli «*obblighi previsti dal codice civile in materia di interessi degli amministratori e di operazioni con parti correlate*» in maniera talmente grave da pregiudicare lo stesso significato scriminante delle delibere unanimitarie.

Sulla prima questione, pare risolutiva la sensata indicazione della Banca d'Italia (cfr. Istruzioni di Vigilanza) che assume l'inammissibilità di deliberazioni generiche e richiede per ciascuna operazione l'indicazione delle caratteristiche atte ad individuarla.

La stessa *ratio* è utilmente invocabile per risolvere anche la seconda questione.

Ad avviso di un'opinione, nel corpo del primo comma dell'articolo 136 TUB, il riferimento al rispetto degli «*obblighi previsti dal codice civile in materia di interessi degli amministratori e di operazioni con parti correlate*» è stato operato con un'espressione («*fermi*») sintomatica dell'intendimento di mantenere salda la diversità del settore dell'ordinamento. In altre parole, per considerare irrilevanti ai fini penali l'esistenza e la qualità dell'informazione dell'interesse dell'esponente bancario, l'esistenza e la forma della motivazione della delibera consiliare ovvero delle altre carenze formali di essa, come la sottoscrizione da parte dei legittimati all'approvazione ed al voto. Ciò anche per evitare situazioni, stimate paradossali, nel coordinamento con i delitti *ex art. 2629 bis c.c. e 2634 c.c.*, puniti meno gravemente del delitto *ex art. 136 TUB* sebbene costruiti sull'omessa comunicazione del conflitto di interesse e sul danno.

Sono molte le ragioni che inducono a dubitare della fondatezza dell'opinione che assume estraneo *al precetto* penale in commento il *rispetto* degli «*obblighi previsti dal codice civile in materia di interessi degli amministratori e di operazioni con parti correlate*», quale condizione del permesso scriminante.

Meritano d'essere considerati, in proposito, il *significato letterale* delle espressioni contenuto nel primo e terzo comma dell'articolo 136 TUB, *la finalità e l'oggetto specifico della tutela penale* nonché l'evoluzione normativa della fattispecie.

Secondo il *criterio letterale*, il terzo comma dell'articolo 136 TUB, nella versione successiva alla riforma del 2015, prevede una norma sanzionatoria: «L'inosservanza delle disposizioni dei commi 1 è punita con la reclusione¹⁴⁸ da uno a tre anni e con la multa da 206 a 2.066 euro». La norma sanzionatoria ha riguardo alle «disposizioni del comma 1» (in cui compare l'espressione «fermi restando gli obblighi previsti dal codice civile in materia di interessi degli amministratori e di operazioni con parti correlate»), senza distinzione tra esse.

Ancora. L'articolo 136, co.1 costituisce norma del Titolo VIII del TUB dedicato alle "Sanzioni". Dopo aver esordito ponendo un divieto («...non può...»), presidiato dalla punizione penale dell'ultimo comma, la norma definisce le condizioni che legittimano, in via di eccezione, la stipula delle obbligazioni tra l'esponente bancario e la banca, ossia che permettono la deroga («se non») alla proibizione. Le condizioni che derogano al divieto (la regola) e che il primo comma individua nel suo stesso corpo sono: (i) la previa *deliberazione* dell'organo di amministrazione presa all'unanimità, *con esclusione del voto dell'esponente interessato*; (ii) il *voto* favorevole di tutti i componenti dell'organo di controllo; (iii) il *rispetto* degli *obblighi* previsti dal codice civile in materia di interessi degli amministratori e di operazioni con parti correlate. Non vi sono argomenti testuali per escludere che questi ultimi abbiano natura di "*disposizioni*", tali essendo le *norme volte a disciplinare una condotta*, quali quelle richiamate (cfr. art. 2391 c.c.). Il rinvio all'osservanza degli obblighi in commento compare *testualmente* nel primo comma dell'articolo 136 TUB, integralmente (e non per porzioni) richiamato dall'ultimo comma della medesima norma e l'espressione "*fermi*" evoca l'*evidente necessità di osservare gli obblighi* di cui si discute nel contesto della procedura derogatoria del divieto.

In altre parole, il significato delle espressioni che compaiono al primo comma dell'articolo 136 TUB, secondo la loro connessione, è quello di ribadire che l'*unanimitaria procedura vincolata* (quanto a quorum deliberativo e costitutivo) deve pur sempre *innestarsi sul tronco del rispetto della disciplina generale* (nel caso posta dal codice civile) *in materia di obblighi previsti dal codice civile in materia di interessi degli amministratori anche di enti non bancari*. Il contenuto precettivo di quest'ultima, quale base costitutiva della procedura unanimitaria, è in tal senso confermato ("fermi") e rafforzato quale elemento ineludibile affinché possa operare la deroga al divieto presidiato penalmente.

Depongono a favore di tale ricostruzione anche *argomenti di natura storico-evolutiva*.

Nell'originaria formulazione del primo comma dell'articolo 136 TUB, appena dopo la definizione dell'unanimitaria procedura deliberativa, compariva

¹⁴⁸ L'art. 39, comma 1, L. 28 dicembre 2005, n. 262, dispone il raddoppio delle sanzioni penali previste dal testo unico entro i limiti posti per ciascun tipo di pena dal libro I, titolo II, capo II, del codice penale.

la dicitura “fermi restando gli obblighi di astensione previsti dalla legge”. Il legislatore, a seguito della riforma del diritto societario (con i d.lgs. n. 5/2003 e n. 6/2003) ha avvertito l’esigenza di operare ulteriori raccordi tra la stessa ed alcuni testi normativi fondamentali (TUB e T.U.I.F.). In particolare, con il d.lgs. n. 37/2004, ha introdotto modifiche all’articolo 136, co. 1 TUB, prevedendo che, in luogo della locuzione “fermi restando gli obblighi di astensione previsti dalla legge”, fosse inserita l’espressione “fermi restando gli obblighi previsti dal codice civile in materia di interessi degli amministratori” e in luogo del richiamo alla pena prevista per l’illecito previsto dall’originario articolo 2624 c.c. (frattanto abrogato dalla riforma del 2003 e sostituito nella norma con altro di contenuto non omogeneo) fosse inserita l’individuazione di una pena espressa e specifica. Con il d.lgs. n. 303/2006, sempre al primo comma in esame, dopo le parole «fermi restando gli obblighi previsti dal codice civile in materia di interessi degli amministratori» sono state aggiunte le parole “e di operazioni con parti correlate”. Con la riforma del 2003¹⁴⁹ molte regole di condotta nella procedura ex art. 2391 c.c. si erano aggiunte (informativa completa, di ogni interesse, anche non conflittuale, motivazione adeguata) a fronte di limitate semplificazioni (se è risultato disposto espressamente solo per l’amministratore delegato o unico l’obbligo di astenersi dal compiere l’operazione, in caso di amministratore portatore di interesse in conflitto con quello sociale e potenzialmente lesivo è generalmente stimata opportuna l’astensione anche nel nuovo regime). Per queste ragioni il legislatore, nel 2004, ha avvertito il bisogno di modificare l’inciso di contenuto più limitato che chiudeva il primo comma della norma dell’articolo 136 TUB (“fermi restando gli obblighi di astensione previsti dalla legge”), con il nuovo (“fermi restando gli obblighi previsti dal codice civile in materia di interessi degli amministratori”), obiettivamente più ampio, perché più estesi erano divenuti gli obblighi (procedurali) previsti dal codice civile in materia di interessi degli amministratori. Ma al pari del precedente dovere di astensione, che riguardava la fase deliberativa dell’operazione (ossia quella antecedente rispetto alla sua esecuzione dell’operazione), anche i nuovi obblighi attengono a tale fase e si integrano, in maniera del tutto omogenea, con i quorum deliberativi unanimitari che su essi si

¹⁴⁹ In particolare, la riforma societaria del 2003 aveva innovato la procedura di gestione degli interessi degli amministratori nelle operazioni sociali (a. 2391 c.c.), sotto i seguenti aspetti: (i) imponendo agli amministratori di dare notizia agli altri amministratori di “ogni interesse” (anche non conflittuale con quello sociale) che, per conto proprio o di terzi, avessero in una determinata operazione sociale (dunque non solo degli interessi in conflitto con la società, come in passato); (ii) onerando di dettagliare la natura, i termini, l’origine e la portata di tale interesse, potenziando i contenuti dell’informativa (per garantire esigenze di correttezza e trasparenza, certo meno presidiate dalla generica condotta di “darne notizia” che compariva nell’originaria versione articolo); (iii) introducendo l’obbligo del consiglio di motivare adeguatamente le ragioni e la convenienza per la società dell’operazione (elemento di assoluta novità rispetto al passato); (iv) prevedendo espressamente nel solo caso dell’amministratore delegato l’obbligo di astenersi dal compiere l’operazione (a fronte di un precedente generalizzato obbligo da parte di qualsiasi amministratore in conflitto di interessi con la società di “astenersi dal partecipare” anche “alle deliberazioni riguardanti l’operazione stessa”).

innestano nella definizione di un precetto penale coerente con *la funzione di tutela e la finalità della fattispecie*.

Per le stesse ragioni segnalate in merito all'inammissibilità di «delibere generiche», non pare possibile prescindere dall'esistenza e dalla qualità dell'informazione dell'interesse dell'esponente bancario e dall'esistenza e dalla forma della motivazione della delibera consiliare di approvazione, nel contesto di una fattispecie che, nella valutazione della Corte Costituzionale (sentenza n. 364/2004), (i) testimonia la *«particolare rilevanza attribuita dal legislatore all'esigenza di proteggere l'impresa bancaria, che è chiamata a gestire fondi forniti dai risparmiatori, dai pericoli di pregiudizio connessi a situazioni di conflitto d'interessi tra essa ed i componenti dei propri organi amministrativi, direttivi e di controllo»*, (ii) operando *“sul piano della correttezza formale e della trasparenza dei relativi rapporti - nell'ottica di evitare anche l'insorgenza del semplice sospetto di indebiti sfruttamenti della carica rivestita - a garanzia dell'affidabilità del sistema bancario e della fiducia che il pubblico dei risparmiatori deve poter riporre in esso”*. La necessità di salvaguardare l'esigenza di trasparenza vera pare decisiva. Delibere all'unanimità, infatti, ma disancorate da qualsiasi reale informativa dei contenuti effetti del conflitto di interesse o prive di motivazioni della convenienza per la banca della stipula dell'obbligazione con l'esponente bancaria, non potrebbero mai garantire i beni giuridici (affidabilità del sistema bancario e fiducia del pubblico) presidiati dalla fattispecie penale secondo la ricostruzione della Corte Costituzionale. In particolare la *“trasparenza”* non risulterebbe garantita da un'unanimità nata *“senza informativa”* ed espressasi *“senza motivazione”*, che non rassicurerebbero neppure contro l'esposizione inconsapevole dell'istituto bancario al pericolo di pregiudizi.

Ulteriore conforto a questa lettura *“integrata”* degli elementi che compaiono al primo comma dell'articolo 136 TUB è provenuto proprio dalla riforma della legge n. 221/2012 e da quell'inciso (*“è facoltà del consiglio di amministrazione delegare l'approvazione delle operazioni di cui ai precedenti periodi nel rispetto delle modalità ivi previste”*) aggiunto in chiusura del primo comma dell'articolo 136 TUB. Tale espressione (senza innovare la fattispecie) ha confermato il valore centrale nella procedura di *“permesso condizionato”* del rispetto degli *obblighi previsti dal codice civile in materia di interessi degli amministratori*. Per rendersene conto merita riflettere su alcune circostanze: (i) l'inciso, prevedendo la facoltà del consiglio di amministrazione di delegare l'approvazione delle operazioni senza introdurre alcun limite nell'identificazione dell'organo delegato, ammette la possibilità che il consiglio, *“se lo statuto o l'assemblea lo consentono”* (argomento *ex art. 2381, co.2 c.c.*) deleghi tale propria attribuzione ad un comitato (esecutivo) composto di suoi membri ma anche ad *uno* o più dei suoi componenti; (ii) ciò rende teoricamente possibile, ora, la delega ad *un unico amministratore (delegato) - ove non sia l'interessato -* dell'approvazione di tali operazioni, ossia della fase deliberativa finale; dal che discende che, almeno per quanto riguarda il soggetto gestorio, è solo eventuale l'unanimità (la quale, importando perfetta concordanza di opinioni e di deliberazioni all'interno di una collettività, presuppone quantomeno due

persone), non dovendosi ritenere introdotta pari facoltà per il voto del collegio sindacale; (iii) il legislatore ha avvertito però l'esigenza di tenere fermo il "rispetto delle modalità previste dai precedenti periodi" del primo comma, con ciò mostrando di riferirsi ad una pluralità di condizioni e non alla sola condizione che residuerebbe in assunto contrario (voto favorevole unanime dei sindaci). Ciò implica che costituiscono elementi del permesso condizionato, oltre al voto favorevole dei componenti dell'organo di controllo, anche un'informativa piena o comunque effettiva dell'interesse ed una motivazione adeguata della delibera, la cui presenza è necessaria per autorizzare una deroga rispetto ad un comportamento che, altrimenti, rimane sanzionato penalmente.

Occorre non trascurare che la soluzione proposta sarebbe apparente se si limitasse a questa affermazione. In caso di *finanziamenti* (la tipologia di obbligazioni che più di sovente innescherà la procedura), è necessario ulteriormente verificare quale sia il reale interesse che l'autore qualificato contraente è tenuto a rivelare e quale debba essere la *motivazione della convenienza* per l'istituto dell'operazione.

Quanto al primo profilo, occorre chiarire se sia sufficiente (i) esplicitare la *relazione parentale e/o di controllo* tra l'esponente bancario e il soggetto finanziato dalla banca, ove diverso dalla persona fisica del primo e (ii) la *generica indicazione della tipologia di impiego ovvero dell'esigenza economica e finanziaria per cui avanzata la relativa richiesta di finanziamento* (ovvero l'interesse a beneficiare del finanziamento).

E' necessario non confondere il dovere di informativa dell'interesse personale dell'amministratore bancario *ex art. 2391 c.c.* con quello di segnalare la ricorrenza di una delle condizioni tipiche che attivano la procedura *ex art. 136 TUB*. Né ridurlo, nel caso di operazioni di finanziamento da parte di banche, all'esplicitazione del generico interesse ad ottenere il finanziamento, cui corrisponde il convergente interesse della banca di concederlo.

Se la procedura di permesso condizionato è diretta ad evitare un nascosto approfittamento della carica in danno dell'interesse del soggetto bancario, nella più ampia prospettiva di garantire i fondi forniti dai risparmiatori, sarà usuale l'esistenza di un *conflitto di interessi tra cliente-amministratore e banca*: quello del primo di sostenere il compenso minimo per le somme e le risorse postegli a disposizione dalla banca, senza offrire alcuna garanzia o comunque fornendone di minori (le migliori condizioni dal lato del cliente) e quello dell'istituto di credito di percepire il compenso più elevato per la messa a disposizione delle risorse, esigendo e conseguendo le garanzie più stringenti.

E' rispetto a tale ordinaria situazione conflittuale (che in quanto tale sussiste tra qualsiasi cliente e qualsiasi banca) che occorre valutare se sussistono altre, per quanto eventuali, *situazioni esterne riferibili alla persona dell'esponente bancario* che possono influenzare i contenuti, i termini e le condizioni dell'obbligazione contratta con l'impresa bancaria ed incidere sulla convenienza per quest'ultima dell'operazione. Situazioni ed aspettative, per quanto detto, da comunicare quali condizioni necessarie di un permesso (realmente) informato.

Tra le situazioni esterne suscettibili di assumere detta influenza, con conseguente specializzazione dell'ordinario conflitto di interessi tra il cliente e la banca, possono essere annoverati: (i) gli *interessi economici degli esponenti bancari riferiti a soggetto imprenditoriale distinto rispetto a quello direttamente finanziato*, le cui sorti siano però strettamente interdipendenti dall'erogazione di queste ultime sovvenzioni; (ii) il diritto dell'esponente a conseguire *l'applicazione di condizioni di particolare favore*.

Quanto alla *motivazione* della convenienza per la banca dell'operazione, essa dovrà confrontarsi con il reale interesse personale confliggente dell'esponente. Ad esempio, nel caso di finanziamenti, il minor rendimento tratto dalla remunerazione del soggetto affidato, può ben essere motivato dalla scelta strategica di aumentare i volumi degli impieghi e accrescere le quote di mercato dell'istituto in una fase espansiva e di acquisizione di quote di mercato. Senza sindacare le scelte gestionali, si tratta di svolgerle con trasparenza, dissuadendo ogni dubbio di approfittamento della carica da parte del beneficiario, posta la natura delle risorse amministrate.

Né l'interpretazione proposta conduce a reali paradossi, in punto di relazioni con le fattispecie *ex artt. 2634 e 2629 bis c.c.*

Quanto al rapporto tra la fattispecie dell'articolo 136 TUB e quella dell'articolo 2634 c.c., la Corte Costituzionale (con la già commentata sentenza n. 364/2004) ha rilevato che *«costituisce, infatti, frutto di una valutazione discrezionale del legislatore, non manifestamente irragionevole, riservare alla fattispecie di mero pericolo relativa agli esponenti bancari un trattamento penale più severo - omissis- rispetto a quello stabilito per la fattispecie di danno (infedeltà patrimoniale), concernente la generalità delle società»*¹⁵⁰.

Tra la fattispecie dell'articolo 136 TUB e quella dell'articolo 2629 bis c.c., ancora, sussistono diversità sotto molteplici profili, di seguito sintetizzati: (i) *soggetti attivi*: salvo il tema del concorso eventuale nel reato proprio (di cui infra), l'articolo 2629 bis c.c. non prevede quali soggetti attivi né i sindaci, né i direttori generali (diversamente rispetto all'articolo 136 TUB); (ii) *bene giuridico*: il

¹⁵⁰ Più estesamente in motivazione: *«.....La rimarcata particolare pregnanza delle esigenze di protezione tipiche del settore vale anche ad escludere l'incongruenza, per raffronto, delle pene comminate dall'art. 136 del testo unico bancario e dal nuovo art. 2634 cod. civ., denunciata dalla parte privata. Costituisce, infatti, frutto di una valutazione discrezionale del legislatore, non manifestamente irragionevole, riservare alla fattispecie di mero pericolo relativa agli esponenti bancari un trattamento penale più severo - omissis- rispetto a quello stabilito per la fattispecie di danno (infedeltà patrimoniale), concernente la generalità delle società. Quest'ultima fattispecie - proprio per il suo carattere generale - trova, infatti, applicazione anche in rapporto a società di modesto rilievo (ad esempio, società di persone a base familiare), la cui corretta gestione può non coinvolgere interessi pubblici comparabili a quelli tipicamente investiti dall'attività bancaria. Da ultimo, non appare riscontrabile neppure l'ulteriore profilo di irragionevolezza della disciplina dedotta dalla parte privata, afferente alla pretesa idoneità dell'art. 136 del testo unico bancario a rendere penalmente irrilevanti fatti altrimenti punibili ai sensi del nuovo art. 2634 cod. civ. A prescindere da ogni altro possibile rilievo - in particolare, quanto all'opinabilità della ricostruzione dei rapporti tra le due norme su cui poggia tale deduzione - è assorbente la considerazione che il supposto vulnus dell'art. 3 Cost. viene fatto discendere da ipotesi di patologico "malfunzionamento" dei meccanismi di cautela "preventiva", contro i fenomeni di infedeltà, prefigurati dalla norma bancaria: ipotesi che restano come tali estranee alla struttura di quest'ultima, per tradursi, al più, in un inconveniente di mero fatto»*.

requisito del danno, che riguarda la società ma anche “terzi”, costituisce elemento costitutivo del solo delitto *ex art. 2629 bis c.c.*, non del reato di pericolo dell’articolo 136 *cit.*, posto a presidio della *affidabilità del sistema bancario e fiducia in esso da parte del pubblico dei risparmiatori*; (iii) *condotta*: il delitto *ex art. 2629 bis c.c.* è integrato allorché vengano violati gli obblighi *ex art. 2391, co.1 c.c.* (informativa) in operazioni sociali relative (tra l’altro) a banche e da tale violazione derivino (nesso causale diretto) danni per la società o i terzi; l’articolo 136 TUB, invece, può aver riguardo anche alla violazione dell’obbligo *ex art. 2391, co.1. c.c.* ma solo allorché vengano in rilievo *specifiche operazioni sociali*, ossia *unicamente* quelle che importano la stipula di obbligazioni, direttamente o indirettamente, *tra l’esponente bancario e la banca*; esse costituiscono una categoria più ridotta ma più rischiosa di operazioni sociali suscettibili di esporre il bene giuridico (diverso e più esteso) a pericoli più intensi, meritando per ciò una più forte reazione anche in termini sanzionatori.

§.7.4. SOGGETTI ATTIVI

L’articolo 136 TUB delinea un *reato proprio*.

I soggetti tipici della fattispecie sono coloro che «*svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo*» all’ interno di una banca, come si evince dal tenore letterale della previsione e dalla congiunta considerazione dell’articolo 135 TUB, con conseguente richiamo all’articolo 2639 c.c., che consente di equiparare a colui che è investito di qualifica formale chi è tenuto a svolgere le stesse funzioni o di chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o la funzione.

Per esponenti bancari, dunque, si intendono: (i) nel modello tradizionale, i componenti del consiglio di amministrazione e i sindaci; (ii) nel modello dualistico, i componenti del consiglio di gestione e del consiglio di sorveglianza; (iii) nel modello monistico, i componenti del consiglio di amministrazione. Sono anche inclusi i *direttori generali* posti a capo dell’esecutivo e i vicedirettori generali nel caso in cui svolgano funzioni di direttore generale ove la carica sia vacante.

I *sindaci supplenti*, nel modello tradizionale, divengono soggetti rilevanti ai sensi dell’art. 136 TUB dalla data di effettivo subentro nella carica.

In realtà, le situazioni che concorrono ad identificare l’autore tipico del delitto sono individuate in virtù di articolati elementi concomitanti: (i) lo svolgimento di *funzioni gestionali e di controllo* in seno alla banca; (ii) la *contrazione di obbligazioni* di qualsiasi natura, direttamente od indirettamente, con la banca gestita o controllata, secondo i contenuti chiariti in precedenza.

Appare configurabile il *concorso eventuale di reato dei consiglieri deliberanti e dei sindaci approvanti* (ove non contraenti) nei reati consumati dagli amministratori/sindaci contraenti. La Cassazione ha affermato in tal senso che «*soggetti attivi del reato proprio di cui all'art. 136 D.Lgs. n. 385 del 1993 sono l'amministratore, il sindaco o il direttore, che contraggono l'obbligazione senza previa deliberazione dell'organo di amministrazione adottata all'unanimità e con il voto favorevole di tutti i componenti dell'organo di controllo, e non anche un altro*

amministratore o sindaco che sia intervenuto nella delibera avente ad oggetto l'operazione richiesta, sicché fuori dei casi di concorso di persone nel reato, il comportamento degli amministratori o dei sindaci che abbiano partecipato alla delibera è estraneo al reato¹⁵¹». Nel corpo della motivazione, la Corte ha riconosciuto in linea generale, è configurabile ipotesi di concorso di un soggetto non qualificato con quello destinatario del divieto: «ciò può avvenire tramite cooperazione materiale ovvero istigazione da parte dell'extraneus ed in presenza del debito elemento soggettivo, essendo peraltro imprescindibile che l'intraneus sia riconosciuto responsabile, indipendentemente dalla sua punibilità in concreto per eventuali cause personali di esclusione della responsabilità (Cass. 18-6-04 n. 36166 Rv. 229948)».

§.7.5. L'ELEMENTO SOGGETTIVO

Trattasi di fattispecie punita a titolo di *dolo generico*. Occorre la coscienza e volontà di contrarre obbligazioni, direttamente od indirettamente, con la banca con cui si intrattiene la relazione qualificata, (i) omettendo di far approvare l'operazione con delibere prese all'unanimità dall'organo di amministrazione (o da quello cui delegata l'incombenza), con l'esclusione del voto dell'esponente interessato, e con il voto favorevole di tutti i componenti dell'organo di controllo, ovvero (ii) di far assumere tali unanimitarie delibere con *contenuto assolutamente generico*, ovvero, ancora, (iii) nel caso di amministratori, realizzando *un preventivo inadempimento di doveri informativi o un successivo inadempimento del dovere motivazionale previsti dall'articolo art. 2391 c.c.* talmente grave da pregiudicare lo stesso significato scriminante delle delibere unanimitarie.

¹⁵¹ Cass. V, n.724 del 25.11.2009, dep. 2010.

§.8. MENDACIO BANCARIO INTERNO EX ART. 137, CO.2 TUB

§.8.1. LA NORMA E IL BENE GIURIDICO

Ai sensi dell'articolo 137 co.2 d.lgs. n. 385/1993 «*Salvo che il fatto costituisca reato più grave, chi svolge funzioni di amministrazione o di direzione presso una banca o un intermediario finanziario, nonché i dipendenti di banche o intermediari finanziari che, al fine di concedere o far concedere credito ovvero di mutare le condizioni alle quali il credito venne prima concesso ovvero di evitare la revoca del credito concesso, consapevolmente omettono di segnalare dati o notizie di cui sono a conoscenza o utilizzano nella fase istruttoria notizie o dati falsi sulla costituzione o sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria del richiedente il fido, sono puniti con l'arresto da uno a tre anni e con l'ammenda fino a euro 10.329*».

Il bene giuridico viene individuato nella *correttezza* dei procedimenti interni degli istituti di credito e degli intermediari finanziari in linea con l'*obbligo di fedeltà* dei dipendenti verso questi ultimi. Non è esclusa neppure la tutela del patrimonio di tali soggetti economici.

Si tratta di un *reato di pericolo*, come si desume dalla circostanza che la punibilità è anticipata rispetto al verificarsi del danno. Secondo la Corte di Cassazione¹⁵², infatti, «*nel prevedere come illecito penale il falso interno del dipendente di una banca, funzionale alla concessione di un credito ad un terzo, configura un reato di pericolo, per la cui sussistenza non è necessario che il credito sia effettivamente concesso o che il patrimonio della banca sia depauperato; ne deriva che, ove si verifichi quest'ultima ipotesi, deve ritenersi configurabile la diversa e più grave ipotesi dell'appropriazione indebita*».

La natura sussidiaria della fattispecie contravvenzionale ne ha importato una ridottissima applicazione giurisprudenziale, anche a causa della consolidata tendenza a risolvere in via interna e riservata le infedeltà gestionali, per la prioritaria preoccupazione di prevenire danni di immagine all'intermediario creditizio.

§.8.2. SOGGETTI ATTIVI, LA CONDOTTA E L'ELEMENTO SOGGETTIVO

I *soggetti* tipici della fattispecie sono coloro che «*svolgono funzioni di amministrazione o di direzione presso una banca o un intermediario finanziario*», nonché i «*dipendenti di banche o intermediari finanziari*» con competenze nella procedura di concessione e revisione del credito all'interno dell'intermediario, anche solo con l'incarico di assicurare supporto informativo a chi assume le decisioni di credito.

Come emerge dal tenore letterale della previsione e dalla congiunta considerazione dell'articolo 135 TUB, a colui che è investito di qualifica formale è equiparato chi è tenuto a svolgere le stesse funzioni o di chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o la funzione.

¹⁵² Cass., II, n. 3332/2013.

La condotta si concreta in *contegni omissivi* (tralasciando di segnalare dati o notizie di cui i soggetti qualificati sono a conoscenza) nonché, alternativamente, *commissivi* (utilizzando nella fase istruttoria notizie o dati falsi), sulla costituzione o sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria del richiedente il fido.

Come anticipato, la condotta incriminabile non si incentra sulla effettiva concessione di un credito non meritevole, ma sull'inserimento consapevole nell'istruttoria di elementi falsi. «In altri termini, il comportamento sanzionato è quello dell'operatore bancario che per giustificare una concessione di credito (o una mancata revoca) utilizza informazioni false negli atti istruttori che accompagnano (e formalizzano) le decisioni assunte; ciò per occultare la reale configurazione dell'operazione (e del rischio fatto assumere alla banca) agli organi di controllo interni che, nell'immediato o in una fase successiva, procederanno a verificare la scelta operata e l'andamento dell'esposizione (avendo magari anche il potere sostitutivo di revocare il credito). In tal caso la condotta attiene, comunque, ad un «falso interno» che distorce i processi valutativi (deliberativi e di controllo) relativi all'assunzione di rischi da parte della banca¹⁵³». Con riguardo all'ipotesi di revoca del credito concesso, desumibile dall'esame degli elementi previsti per il dolo specifico, dalla disposizione non si trae un obbligo di revocare il credito (prima della revisione periodica dei crediti ma al verificarsi di variazioni della situazione del cliente). «Non è punibile, quindi, l'operatore bancario che non ha considerato sufficientemente un fatto negativo per revocare il credito ma, ancora una volta, chi ha occultato o distorto una informazione per evitare di dover procedere (ovvero che altri procedano) alla revoca¹⁵⁴».

Secondo la Cassazione, l'articolo 137, co. 2 TUB, nel sanzionare determinate condotte del dipendente bancario finalizzate alla "concessione del credito", «non fa riferimento soltanto al credito che può ottenersi con i contratti bancari tipici previsti dall'art. 1842 e ss. cod. civ. ma a tutte le situazioni che consentano, di fatto, ad un soggetto, di avere la disponibilità di somme da parte dell'istituto bancario, al suddetto titolo (Fattispecie nella quale il credito è stato ravvisato nella possibilità, per il cliente, di fruire della somma indicata nel c.d. saldo contabile senza prima attendere il buon esito della negoziazione di determinati assegni, invece della somma più limitata risultante dal saldo effettivo)».

Si può convenire che l'omissione abbia riguardo esclusivamente ad informazioni rilevanti, ovvero tali da influire in termini significativi sulla rappresentazione della situazione economica, patrimoniale e finanziaria del cliente.

L'elemento soggettivo è connotato dalla struttura del *dolo specifico*, innestato su una base di dolo generico. L'agente deve avere coscienza e volontà di realizzare le condotte omissive o attive tipiche, al fine di conseguire tre risultati potenzialmente alternativi: (i) *concedere o far concedere credito*; (ii) *mutare le condizioni alle quali il credito venne prima concesso*; (iii) *evitare la revoca del credito concesso*.

¹⁵³ DONATO, L'infedeltà patrimoniale nell'attività creditizia e nella gestione del risparmio, in Cass. pen. 1999, 09, 2694.

¹⁵⁴ DONATO, op.cit..

§.9. CONCLUSIONI:

HA ANCORA UN SENSO IL DELITTO PENALE SIMBOLICO AI TEMPI DEL BAIL IN?

La disamina svolta rende manifesto come il nostro *sistema penale societario* non consideri il conflitto di interessi mal gestito di per sé meritevole di sanzione. L'edificazione delle fattispecie, infatti, non prescinde mai dall'elemento del danno, che assume contenuti per lo più patrimoniali, in ogni caso valutabili in termini economici, rifuggendo da reati di pericolo.

La necessità di salvaguardare l'espressione libera dell'autonomia privata e della discrezionalità gestionale ha tradizionalmente precluso definizioni normative stringenti dell'interesse sociale, come di quello personale. Tale mancanza è stata tradizionalmente riempita dalla riflessione della giurisprudenza, ma residuano margini di consistente opinabilità.

Può dirsi stabile l'inefficacia dell'intervento repressivo penale, anzitutto per la scelta di non dotare il sistema di fattispecie di pericolo, diversamente dal modello francese incentrato sin dal 1935 sulla rilevanza penale dell'abuso dei beni, del credito e dei poteri da parte dei gestori societari, non solo in presenza di interessi di rilevanza pubblica, come quelli dei risparmiatori e degli investitori.

Nei reati societari passati in rassegna la tutela degli interessi dei risparmiatori e degli investitori non professionali trova limitatissimo spazio e comunque una protezione riflessa.

L'applicabilità del *delitto ex art. 2629-bis c.c.* non è certo agevolata dalla mancata definizione della nozione dell'interesse sociale e personale, dalla considerazione del danno quale elemento costitutivo del reato (ove non si preferisca la tesi della condizione obiettiva di punibilità), dalla necessità di offrire la problematica dimostrazione del nesso causale diretto tra la violazione dei doveri informativi e comportamentali *ex art. 2391/1 c.c.* ed il danno (per quanto di contenuto non esclusivamente patrimoniale) nonché del corrispondente dolo.

La *corruzione privata ex art. 2635 c.c.*, parimenti, non replica l'anticipazione della soglia di penale rilevanza all'accettazione della offerta corruttiva, come nel modello pubblicistico, attendendo per la consumazione l'effettivo compimento dell'atto anti-doveroso e la realizzazione del nocumento per la società. Di contenuto incerto restano gli obblighi di fedeltà e assolutamente problematico il regime della procedibilità, rimessa alla scelta della società danneggiata. Il bene giuridico resta, infatti, il patrimonio sociale, in quanto l'estraneità dell'atto ai doveri sociali oggetto di scambio non rileva per sé, ma in quanto comporti un nocumento alla società, che «*conserva nella maggior parte dei casi il potere di decidere se i comportamenti corruttivi debbano o meno essere puniti*».

Né grande contributo è legittimo attendersi dalla infedeltà patrimoniale *ex art. 2634 c.c.*, nell'attuale configurazione normativa non integrabile con comportamenti omissivi e organizzativi, né con contegni dolosi volti a conseguire interessi extrasociali, ma connotati dalla sola accettazione del rischio del danno per il patrimonio sociale e non dall'intenzionalità della sua ricerca. Con esclusione, peraltro, della ingiustizia del profitto della società collegata o del

gruppo, se compensato dagli evanescenti «vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo».

Il diritto penale bancario, che pure delinea gli unici reati di pericolo, è stato reso cedevole dalle frenetiche riforme asistematiche e dalle corrosive critiche di non rari operatori, pronti a segnalare la farraginosità delle procedure, meno ad evidenziare i valori che esse presidiavano.

Dopo la riforma del 2012 al delitto previsto dall'articolo 136 TUB (che in fondo non richiede di sostenere altro peso che la trasparenza) sono estranee, tra l'altro, le obbligazioni contratte con la banca da società collegate all'esponente bancario per influenza notevole ai sensi dell'articolo 2359, co.3 c.c. ovvero contratte da società in cui l'esponente bancario riveste funzioni gestorie o di controllo. Non mancano, ancora, letture volte a segnalare l'estromissione dalla fattispecie penale anche delle obbligazioni contratte dall'esponente bancario qualificato attraverso soggetto giuridici economici dal primo controllati ma con autonomia patrimoniale perfetta, derivandone la sostanziale vanificazione della ratio del reato di pericolo. Come nei casi in cui si propugna l'opinione che l'effetto scriminante derivi da qualsiasi deliberazione unanimitaria, pure generica, non preceduta dall'assolvimento di doveri informativi né seguita da motivazioni conformi alle previsioni dell'articolo 2391 c.c.

La natura sussidiaria del mendacio bancario interno e la verecondia degli intermediari che ha finito, tradizionalmente, per beneficiare i suoi autori ne spiegano la pressoché inesistente esperienza giudiziaria.

Né il reato di gestione infedele, parimenti sussidiario, ha offerto una tutela efficace agli investitori se è vero che nell'attesa del verificarsi dell'evento di danno la fattispecie non risulta in grado di contrastare prestazioni di servizi di investimento sistematicamente e deliberatamente trasgressive di regole di contenimento del rischio e delle garanzie della clientela. Critica riproponibile anche per la contravvenzione di confusione di patrimoni. In dipendenza di questa scelta di politica criminale, la repressione di alcune delle infedeltà gestorie risulta sistematicamente tardiva, dunque vana ed inconsistente, specie in corrispondenza dell'emergere dell'irrimediabile dissesto dell'intermediario. Anche la scelta di escludere dalla gestione infedele le condotte omissive costituisce lacuna grave rispetto alla effettiva efficacia della fattispecie di proteggere l'investitore, atteso che proprio scelte omissive, anche di natura informativa, realizzate trasgredendo le disposizioni regolanti il conflitto di interessi, possono costituire premessa e causa di danni del cliente.

Alla fine, resta quel poco che può essere garantito dai reati patrimoniali comuni della appropriazione indebita e della truffa, o ancora, dai reati fallimentari. Fattispecie penali costruite su meccanismi comuni ed evidenze basilari, che sovente emergono in fasi avanzate della compromissione dell'integrità degli operatori. Come confermato dalla loro operatività per lo più in presenza di danni consumati, con il rischio di "poter poco" a fronte di macerie finanziarie estese.

L'entrata in vigore del nuovo sistema di prevenzione e gestione delle crisi delle banche e delle imprese di investimento (cfr. d.lgs. n. 180 e 181/2015) in

attuazione della direttiva BRRD (*Bank Recovery and Resolution Directive*) offre l'occasione di riconsiderare le tecniche di prevenzione e repressione penale sinora adottate nella materia della tutela del risparmio e degli investimenti.

Se l'ispirazione del nuovo sistema è quella di offrire strumenti regolatori delle crisi bancarie più efficaci e flessibili, utilizzando risorse del settore privato, evitando che il costo dei salvataggi gravi sui contribuenti e riducendo gli effetti negativi sul sistema economico, non pare che l'applicazione di una procedura come il *bail in* (artt. 48-59 d.lgs. n. 180/2015) possa considerarsi irrilevante sull'assetto vigente dell'ordinamento penale¹⁵⁵. Tanto più che il legislatore europeo ha adottato il cosiddetto "approccio legale", per cui queste misure si applicano anche agli strumenti già emessi e già posseduti dagli investitori.

Il rischio che il sacrificio del risanamento e della crisi bancaria debba essere sostenuto anche dai creditori dell'ente in dissesto (possessori di obbligazioni subordinate o di depositi per l'importo che sopravanza i 100 mila euro¹⁵⁶), parificati, sia pure in via progressiva e subordinata, ai proprietari, pare una novità significativa, quantomeno da non trascurare.

Raccogliendo alcuni degli sforzi interpretativi della Corte di legittimità, più che alzare l'entità delle pene edittali di reati congegnati sin dalla formulazione normativa in maniera da non essere realisticamente perseguibili, converrebbe cominciare a riflettere sull'opportunità di presidiare penalmente il patrimonio degli enti che gestiscono fondi altrui o da rimborsare, secondo un modello autenticamente lealistico, con abbandono delle forme di simbolismo penale sinora preferite.

Si tratterebbe di sanzionare la violazione del rapporto di fiducia che lega il "corrotto" o l'"infedele" all'ente che gestisce il risparmio altrui, focalizzando il disvalore sulle condotte di infedeltà e sull'abuso del potere che l'*intransigent*, chiamato ad esercitarlo in funzione di interessi altrui, ha tradito alterando i processi decisionali che lo vedono coinvolto. Oltre che di mutare la disciplina della prescrizione, prima ragione di scarsa deterrenza del sistema penale nel settore.

¹⁵⁵ Lo strumento del *bail-in* (*salvataggio interno*) importa, al ricorrere delle condizioni di risoluzione, la riduzione del valore delle azioni e di alcuni crediti o la loro conversione in azioni per assorbire le perdite e ricapitalizzare la banca in misura sufficiente a ripristinare un'adeguata capitalizzazione e a mantenere la fiducia del mercato. Gli azionisti e i creditori non potranno in nessun caso subire perdite maggiori di quelle che sopporterebbero in caso di liquidazione della banca secondo le procedure ordinarie.

¹⁵⁶ Come emerge dall'articolo 49 d.lgs. n. 180/2015 e dalla nota della Banca d'Italia «*Che cosa cambia nella gestione delle crisi bancarie*» del 8.7.2015, sono completamente esclusi dall'ambito di applicazione del *bail in* e non possono quindi essere né svalutati né convertiti in capitale: i) i depositi protetti dal sistema di garanzia dei depositi, cioè quelli di importo fino a 100.000 euro; ii) le passività garantite, inclusi i *covered bonds* e altri strumenti garantiti; iii) le passività derivanti dalla detenzione di beni della clientela o in virtù di una relazione fiduciaria, come ad esempio il contenuto delle cassette di sicurezza o i titoli detenuti in un conto apposito; iv) le passività interbancarie (ad esclusione dei rapporti infragruppo) con durata originaria inferiore a 7 giorni; v) le passività derivanti dalla partecipazione ai sistemi di pagamento con una durata residua inferiore a 7 giorni; vi) i debiti verso i dipendenti, i debiti commerciali e quelli fiscali purché privilegiati dalla normativa fallimentare.