



**Linee guida
dell'Associazione Bancaria Italiana
per l'adozione di modelli organizzativi
sulla responsabilità amministrativa
delle banche**

(d.lgs. n. 231/2001)

dicembre 2002

INDICE

Capitolo I IL D.LGS. n. 231/2001

§ 1. Principi della disciplina	6
§ 2. Il sistema del d.lgs. n. 231/2001	6
2.1. I destinatari della normativa	6
2.2. La natura della responsabilità	7
2.3. I soggetti in posizione apicale ed i sottoposti	8
2.4. I reati	9
2.5. Le ipotesi di esenzione dalla responsabilità:	10
a) <i>I reati di cui agli artt. 24, 25 e 25 bis</i>	10
b) <i>I reati di cui all'art. 25 ter</i>	11
§ 3. I riflessi del d.lgs. n. 231/2001 sul sistema bancario	12

CAPITOLO II LE BANCHE ED IL D.LGS. N. 231/2001

§ 1. I modelli organizzativi	15
1.1. Modello organizzativo o modelli organizzativi?	15
1.2. Quando adottare i modelli organizzativi	15
1.3. L'adozione dei modelli organizzativi	16
1.4. Chi può adottare i modelli organizzativi	17
§ 2. L'organismo dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo	18
2.1. Il disposto normativo	18
2.2. L'organismo "dell'ente"	18
2.3. Soluzioni possibili	19
2.4. Segue	19
§ 3. Il contenuto del modello organizzativo	20
3.1. Individuazione delle attività nel cui ambito possono essere commessi reati	20
3.1.a. La realtà bancaria	21
3.2. Previsione di regole dirette a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire e individuazione delle modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati	22
3.2.a. Reati peculiari	23

▪ a) <i>La gestione dei finanziamenti pubblici</i>	23
<i>Modalità di gestione del rischio</i>	23
▪ b) <i>Le falsità</i>	24
<i>Modalità di gestione del rischio</i>	24
3.2.b. Reati generali	25
a) <i>I rapporti con la Pubblica amministrazione</i>	25
<i>Modalità di gestione del rischio</i>	26
b) <i>I reati societari</i>	27
3.3. La previsione di obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli	28
3.4. Il sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello	29
§ 4. La "pubblicità" dei modelli organizzativi	29
4.1. Pubblicità e diffusione dei modelli organizzativi	29
4.2. Formazione del personale	29
§ 5. Il sistema disciplinare	30
5.1. I destinatari del sistema disciplinare	30
5.2. Rapporti con il sistema penale	30
5.3. Inadempimento e soggetti in posizione apicale	31
5.4. Il sistema disciplinare ed i soggetti sottoposti all'altrui direzione: i lavoratori subordinati	31
5.5. L'applicazione del sistema disciplinare (procedure e pubblicità)	32
§ 6. Il modello nell'ambito dei rapporti di lavoro parasubordinato e autonomo	32
6.1. I lavoratori parasubordinati	32
6.2. Il sistema disciplinare ed i lavoratori parasubordinati	33
6.3. I lavoratori autonomi	34
§ 7. I modelli organizzativi nell'ambito del gruppo bancario	34

ALLEGATI

Allegato 1: Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231	35
Allegato 2: Relazione ministeriale al d.lgs. n. 231/2001	58
Allegato 3: Testo del d.l. 25 settembre 2001, n. 350, coordinato con la legge di conversione 23 novembre 2001, n. 409 (art. 25 <i>bis</i> del d.lgs. n. 231/2001)	123
Allegato 4: D.lgs. 11 aprile 2002, n. 61 (art. 25 <i>ter</i> del d.lgs. n. 231/2001)	125

Allegato 5: Responsabilità amministrativa degli enti per reati previsti dal codice penale (artt. 24, 25, 25 <i>bis</i> d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231)	127
Premessa	127
Art. 24	129
Art. 25	137
Art. 25 <i>bis</i>	142
 Allegato 6: Responsabilità amministrativa delle società per reati previsti dal codice civile (art. 25 <i>ter</i> d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231)	 147
Premessa	147
False comunicazioni sociali (art. 2621 c.c.)	152
False comunicazioni sociali in danno dei soci o dei creditori (art. 2622 c.c.)	153
Esame delle fattispecie	153
Profili problematici	158
Falso in prospetto (art. 2623 c.c.)	159
Falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni delle società di revisione (art. 2624 c.c.)	161
Impedito controllo (art. 2625 c.c.)	161
Indebita restituzione dei conferimenti (art. 2626 c.c.)	162
Esame della fattispecie	162
Profili problematici	163
Illegale ripartizione degli utili e delle riserve (art. 2627 c.c.)	163
Esame della fattispecie	164
Profili problematici	165
Illecite operazioni sulle azioni o quote sociali o della società controllante (art. 2628 c.c.)	165
Esame della fattispecie	165
Profili problematici	166
Operazioni in pregiudizio dei creditori (art. 2629 c.c.)	167
Esame della fattispecie	167
Profili problematici	168
Formazione fittizia del capitale (art. 2632 c.c.)	168
Esame della fattispecie	168
Profili problematici	169
Indebita ripartizione dei beni sociali da parte dei liquidatori (art. 2633 c.c.)	170
Illecita influenza sull'assemblea (art. 2636 c.c.)	171
Esame della fattispecie	171
Profili problematici	171
Aggiotaggio (art. 2637 c.c.)	171
Esame della fattispecie	172
Profili problematici	173
Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza (art. 2638 c.c.)	173
Esame della fattispecie	173
Profili problematici	175

Con l'emanazione del decreto legislativo n. 231 del 2001, il legislatore ha introdotto nell'ordinamento un complesso ed innovativo sistema sanzionatorio che prefigura forme di responsabilità amministrativa degli enti per reati commessi nel loro interesse o a loro vantaggio da soggetti che rivestono una posizione apicale nella struttura dell'ente medesimo ovvero da soggetti sottoposti alla vigilanza di questi ultimi.

Affinché l'ente possa essere dichiarato responsabile occorre che il reato commesso sia ad esso ricollegabile sul piano oggettivo e che costituisca espressione della politica aziendale ovvero quanto meno derivi da una "colpa di organizzazione", intesa come mancata adozione di presidi necessari ad evitare che il reato sia commesso.

Al fine di valorizzare la funzione preventiva del sistema introdotto, il legislatore prevede l'esclusione della responsabilità dell'ente nel caso in cui questo abbia adottato ed efficacemente attuato modelli di organizzazione e gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

Tali modelli, come si legge nel decreto, possono essere adottati sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni di categoria.

L'ABI, alla luce di tale disposizione, ha predisposto un documento, espressamente riferito al settore bancario.

Il documento è diviso in due parti: la prima, nella quale si è proceduto a dare un sintetico quadro del sistema delineato dal d.lgs. n. 231/2001; la seconda, nella quale sono proposte delle linee guida dalle quali le singole banche potranno trarre spunto per la predisposizione dei propri modelli organizzativi.

CAPITOLO I

IL D.LGS. N. 231/2001

1. Principi della disciplina

Il d.lgs. n. 231/2001, recante la “disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica”¹, recepisce una serie di provvedimenti comunitari ed internazionali che spingono verso una responsabilizzazione della persona giuridica, individuando in tale intervento un presupposto necessario ed indefettibile per la lotta alla criminalità economica. In particolare, il Consiglio d’Europa ha da tempo segnalato l’esigenza di creare un apparato sanzionatorio concretamente idoneo a tutelare gli interessi (prevalentemente economici) della nascente Unione europea, che avesse come necessario referente anche le persone giuridiche.

Il legislatore italiano, aderendo all’orientamento che reclama l’affermazione di forme di responsabilizzazione delle persone giuridiche, ha elaborato ed approvato il decreto legislativo in esame, le cui disposizioni hanno una rilevante portata innovatrice.

2. Il sistema del d.lgs. n. 231/2001

2.1. I destinatari della normativa

Il decreto legislativo premette (art. 1) che le disposizioni in esso contenute si applicano “agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica”, mentre non si applicano “allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale”.

Quanto all’ambito privatistico, la disciplina si rivolge, oltre che alle società e, quindi, alle banche, a tutti gli enti dotati di personalità giuridica, nonché alle associazioni anche prive di personalità giuridica.

Con riferimento agli enti pubblici, essa ricomprende i soli enti pubblici economici, sulla base

¹ Il decreto è stato approvato dal Consiglio dei Ministri in data 2 maggio 2001, in attuazione della delega conferita dal Parlamento dall’art. 11 della legge n. 300 del 2000, recante la “ratifica ed esecuzione dei seguenti Atti internazionali elaborati in base all’articolo K3 del Trattato sull’Unione europea: Convenzione sulla tutela finanziaria delle Comunità europee, fatta a Bruxelles il 26 luglio 1995, del suo primo Protocollo fatto a Dublino il 27 settembre 1996, del Protocollo concernente l’interpretazione in via pregiudiziale, da parte della Corte di Giustizia delle Comunità europee, di detta Convenzione, con annessa dichiarazione, fatto a Bruxelles il 29 novembre 1996, nonché della Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell’Unione europea, fatta a Bruxelles il 26 maggio 1997 e della convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, con annesso, fatta a Parigi il 17 settembre 1997”, cui si aggiunge la “delega al governo per la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica”.

della convinzione - espressa nella Relazione ministeriale - che “il legislatore delegante avesse di mira la repressione di comportamenti illeciti nello svolgimento di attività di natura squisitamente economica, e cioè assistite da fini di profitto”².

Sempre in relazione all’individuazione dei destinatari della normativa, si evidenzia che, per quanto concerne la disciplina dei reati commessi all’estero, l’art. 4 del decreto stabilisce che “nei casi e alle condizioni previste dagli artt. 7, 8, 9 e 10 del codice penale, gli enti aventi nel territorio dello Stato la sede principale rispondono anche in relazione ai reati commessi all’estero, purché nei loro confronti non proceda lo Stato del luogo in cui è stato commesso il fatto. Nei casi in cui la legge prevede che il colpevole sia punito a richiesta del Ministro di Giustizia, si procede contro l’ente solo se la richiesta è formulata anche nei confronti dell’ente”. E’ evidente che il tema, considerata la diffusione, anche nel nostro paese, di istituti bancari aventi filiali all’estero, assume grande rilievo: una particolare attenzione dovrà dunque essere dedicata alla adozione di modelli plasmati con riferimento alle peculiari caratteristiche della diversa realtà economica e sociale in cui le sedi estere si trovano ad operare.

A differenza di quanto previsto in relazione alle fattispecie di cui agli artt. 24, 25 e 25 *bis*, le disposizioni di cui all’art. 25 *ter* si applicano, attesa la natura dei reati ivi disciplinati, alle sole società³.

2.2. La natura della responsabilità

Il decreto in esame prevede un nuovo tipo di responsabilità che il legislatore denomina ‘amministrativa’, ma che ha forti analogie con la responsabilità penale.

Come si legge infatti nella Relazione ministeriale, “tale responsabilità [quella amministrativa], poiché conseguente da reato e legata alle garanzie del processo penale, diverge in non pochi punti dal paradigma di illecito amministrativo (...) con la conseguenza di dar luogo alla nascita di un *tertium genus* che coniuga i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo nel tentativo di contemperare le ragioni dell’efficacia preventiva con quelle, ancor più ineludibili, della massima garanzia”.

Ciò che rende questo nuovo tipo di responsabilità molto vicina a quella penale è non soltanto la circostanza che il suo accertamento avvenga nell’ambito del processo penale, quanto che essa è autonoma rispetto alla persona fisica che ha commesso il reato: secondo il disposto dell’art. 8, infatti, l’ente potrà essere dichiarato responsabile, anche se la persona fisica che ha commesso il reato non è imputabile ovvero non è stata individuata.

² In realtà, l’art. 11, comma 2, della legge delega, in termini abbastanza equivoci, imponeva di escludere dal novero dei soggetti passivi “lo Stato e gli altri enti pubblici che esercitano pubblici poteri”.

³ L’art. 25 *ter* è stato introdotto nel d.lgs. n. 231/2001 con la novella del d.lgs. n. 61/2002, recante la “disciplina degli illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali a norma dell’art. 11 della legge 3 ottobre 2001, n. 366”. Per un commento alla legge n. 366/2001 – legge delega per la riforma del diritto societario – si veda la circolare ABI, serie Legale n. 38 del 5 novembre 2001. Per un commento al d.lgs. n. 61/2002 si veda la circolare ABI, serie Legale n. 15 del 9 maggio 2002 (per i profili connessi alla responsabilità amministrativa) e la circolare ABI, serie Legale n. 17 del 10 giugno 2002 (per una prima analisi delle fattispecie di reato introdotte).

Presupposti perché un ente possa incorrere in tale responsabilità – e che di conseguenza siano ad esso imputabili le sanzioni pecuniarie o interdittive dallo stesso decreto previste – sono: a) che un soggetto che riveste posizione apicale all'interno della sua struttura ovvero un sottoposto abbia commesso uno dei reati previsti dalla parte speciale del decreto (cfr. artt. 24, 25 e 25 bis); b) che il reato sia stato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente⁴; c) che il reato commesso dalle persone fisiche (soggetti in posizione apicale o sottoposti) costituisca espressione della politica aziendale ovvero quanto meno derivi da una "colpa di organizzazione"⁵.

Da ciò deriva che non è prefigurabile una responsabilità dell'ente ove la persona fisica che ha commesso il reato abbia agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi ovvero nell'ipotesi in cui all'ente non sia imputabile alcuna 'colpa organizzativa'.

L'art. 25 *ter* enuncia dei criteri soggettivi ed oggettivi non perfettamente sovrapponibili a quelli ora descritti in relazione alle fattispecie di cui agli artt. 24, 25 e 25 bis.

A differenza di quanto disposto dall'art. 5, l'art. 25 *ter*, infatti, ricollega la responsabilità amministrativa alle sole condotte commesse *nell'interesse* della società. Per i reati societari, infatti, il legislatore introduce una limitazione alle ipotesi di imputazione della responsabilità *ex criminis* della persona giuridica, che sussistono quindi nella sola ipotesi in cui il soggetto abbia agito perseguendo l'interesse della società (con riferimento alle fattispecie di reato di cui agli artt. 24, 25 e 25 bis, invece, l'ente risulta punibile anche nell'ipotesi in cui l'autore materiale del reato, pur non agendo nell'interesse dell'ente, rechi a quest'ultimo un vantaggio: cfr. nota n. 4).

L'art. 25 *ter* prevede, a carico della società, solo sanzioni pecuniarie.

2.3. I soggetti in posizione apicale ed i sottoposti

L'art. 5 del decreto stabilisce che l'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio: a) da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso; b) da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a).

Circa i soggetti cui il decreto fa riferimento, vengono innanzitutto in considerazione coloro che svolgono funzioni inerenti alla gestione e al controllo dell'ente o di sue articolazioni: il legislatore ha dunque scelto di individuare tale categoria attraverso un criterio oggettivo-

⁴ Sulla differenza tra "interesse" e "vantaggio", la Relazione ministeriale attribuisce al primo termine una valenza soggettiva, riferita cioè alla volontà dell'autore materiale del reato, mentre al secondo una valenza di tipo oggettivo, riferita quindi ai risultati effettivi della sua condotta. Il legislatore ha voluto rendere punibile l'ente anche nell'ipotesi in cui l'autore del reato, pur non avendo di mira direttamente un interesse dell'ente medesimo, ha realizzato comunque un vantaggio in favore di questo. Sempre la Relazione suggerisce che l'indagine sulla sussistenza dell'interesse sia esperita *ex ante*, ossia con un giudizio prognostico sul proposito criminioso dell'agente, mentre quella sul vantaggio deve essere necessariamente *ex post*, dovendo il giudice valutare solo il risultato della condotta criminosa.

⁵ Per colpa organizzativa il legislatore intende lo stato soggettivo imputabile all'ente consistente nel non avere istituito un efficiente ed efficace sistema di prevenzione dei reati.

funzionale, facendo cioè riferimento alla concreta attività svolta, piuttosto che alla qualifica formalmente rivestita.

Di particolare interesse appare l'equiparazione - ai soggetti che ricoprono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente - delle persone che rivestono le medesime funzioni in una "unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale": si tratta, come noto, di una figura sempre più diffusa nella nostra realtà economica, soprattutto nell'ambito delle imprese di dimensioni medio grandi⁶.

La lettera b) dell'art. 5 fa poi riferimento alle persone sottoposte alla direzione o vigilanza dei soggetti in posizione apicale. Al riguardo, la Relazione ministeriale precisa che "la scelta di limitare la responsabilità della *societas* al solo caso di reato commesso dai vertici, non si sarebbe rivelata plausibile dal punto di vista logico e politico criminale". Da un lato, infatti, sarebbe assurdo escludere la responsabilità dell'ente per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio da un dipendente; inoltre, le realtà economiche moderne sono caratterizzate da una frammentazione delle decisioni ed operazioni, di talché l'importanza anche del singolo nelle scelte e nelle attività dell'ente acquista sempre maggior rilievo.

L'art. 25 *ter*, con riferimento ai soli reati societari, opera un restringimento del novero delle persone fisiche la cui condotta criminosa può implicare la responsabilità dell'ente: la norma infatti, derogando a quanto previsto dalla clausola generale di natura oggettiva contenuta nell'art. 5, comma 1, lett. a e b, fa specifico riferimento ai reati commessi "*da amministratori, direttori generali o liquidatori o da persone sottoposte alla loro vigilanza*".

La difformità tra le due previsioni normative (art. 5 e 25 *ter*) ed in particolare l'omesso riferimento all'esercizio *di fatto* delle funzioni apicali, si ritiene possano essere colmati attraverso il richiamo al novellato testo dell'art. 2639 c.c.. Tale disposizione, infatti, recependo un consolidato orientamento giurisprudenziale, equipara al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione previste dalla legge, colui che è tenuto a svolgere la stessa funzione, ancorché diversamente qualificata, nonché, e soprattutto, chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri inerenti alla qualifica o alla funzione. La norma, dunque, estende le qualifiche soggettive alla cui sussistenza è condizionata la ricorrenza dei reati in esame anche a coloro che, pur essendone formalmente privi, le esercitano di fatto.

2.4. I reati⁷

L'art. 24 del decreto fa riferimento alle ipotesi di indebita percezione di erogazioni, truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico o per il conseguimento di erogazioni pubbliche e frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico: si tratta, all'evidenza, per lo più di reati che, in quanto relativi a condotte nella loro fisiologia strettamente connessi all'esercizio dell'attività bancaria, presentano un fattore di rischio particolarmente elevato ed

⁶ La necessità di riconoscere autonomi spazi di responsabilità, anche penali, a tali soggetti è emersa innanzitutto nella pratica giurisprudenziale, attraverso il meccanismo delle delega di funzioni; successivamente, il legislatore ha espressamente recepito tale realtà configurando a carico di questi soggetti autonomi profili di responsabilità: il riferimento è, ovviamente, alla legge in materia di sicurezza dei lavoratori n. 626 del 1994.

⁷ Per una analisi delle singole fattispecie di reato cui il decreto legislativo si riferisce, con particolare riguardo alla attività bancaria, si vedano i documenti allegati alle Linee guida.

impongono dunque specifica cura nella predisposizione di modelli e procedure comportamentali.

L'art. 25, prevedendo invece i reati di concussione e corruzione, si riferisce a condotte che, anche in considerazione della natura prevalentemente privatistica dell'attività bancaria, non presentano connessioni (e dunque profili di rischio) diverse rispetto a quelle che contraddistinguono l'attività di altri operatori economici che abbiano a vario titolo contatti con la pubblica amministrazione. Analoghe considerazioni valgono per il reato, previsto dall'art. 24 del decreto, di truffa aggravata ai danni dello Stato o di altro ente pubblico, nonché per quello di frode informatica in danno dello Stato o di altro ente pubblico.

L'art. 25 *bis* disciplina le ipotesi in cui l'ente può essere responsabile per i reati di falsità in monete, carte di pubblico credito e in valori di bollo, che si inquadrano tutti nel contesto della tutela della fede pubblica, ossia dell'affidamento sociale nella genuinità ed integrità di alcuni specifici simboli, essenziale ai fini di un rapido e certo svolgimento del traffico economico. In particolare, le norme penali richiamate dall'art. 25 *bis* fanno riferimento a condotte che hanno ad oggetto: monete⁸ (artt. 453, 454, 455, 457 c.p.); valori di bollo (artt. 459, 464 c.p.); carte filigranate ed oggetti destinati al falso nummario (artt. 460, 461 c.p.).

L'art. 25 *ter* disciplina le ipotesi in cui la *società* può essere responsabile per i reati di: false comunicazioni sociali (art. 2621c.c.), false comunicazioni sociali in danno dei soci o dei creditori (art. 2622, commi 1 e 3), falso in prospetto (art. 2623, commi 1 e 2), falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni delle società di revisione (art. 2624, commi 1 e 2), impedito controllo (art. 2625, comma 2), formazione fittizia di capitale (art. 2632), indebita restituzione dei conferimenti (art. 2626), illegale ripartizione degli utili e delle riserve (art. 2627), illecite operazioni sulle azioni o quote sociali e della società controllante (art. 2628), operazioni in pregiudizio dei creditori (art. 2629), indebita ripartizione dei beni sociali da parte dei liquidatori (art. 2633), illecita influenza sull'assemblea (art. 2636), aggio (art. 2637), ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza (art. 2638 commi 1 e 2).

2.5. Le ipotesi di esenzione dalla responsabilità

a) *I reati di cui agli artt. 24, 25 e 25 bis*

Dagli artt. 6 e 7 del decreto legislativo, che disciplinano le condizioni al verificarsi delle quali l'ente non risponde del reato commesso dai soggetti di cui all'art. 5, emerge una differenza di disciplina, e di regime probatorio, in relazione ai reati commessi dai soggetti in posizione apicale rispetto ai reati commessi dai sottoposti.

Introducendo un'inversione dell'onere della prova, l'art. 6, infatti, prevede che l'ente non risponde dei reati commessi dai soggetti in posizione apicale se dimostra che: a) l'organo

⁸ Oggetto materiale del reato è, quindi, la *moneta*, sia estera che nazionale, avente corso legale nello Stato o all'estero e che dunque assolva alla funzione di mezzo di pagamento con efficacia liberatoria. L'art. 458 c.p. – che non è richiamato nel decreto in esame, ma che ha certamente efficacia generale – equipara, agli effetti della legge penale, le carte di pubblico credito alle monete: ai sensi del comma 2 della citata norma, per carte di pubblico credito si intendono, oltre quelle che hanno corso legale come moneta, le carte e cedole al portatore emesse dai Governi e tutte le altre aventi corso legale emesse dai istituti a ciò autorizzati.

dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli nonché di curare il loro aggiornamento, è stato affidato ad un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo; c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione; d) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b).

Secondo l'art. 7, per reati commessi da soggetti sottoposti all'altrui direzione, l'ente risponde solo se la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza (in questo caso l'onere della prova è a carico dell'accusa). In ogni caso, si presuppongono osservati tali obblighi se l'ente, prima della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

L'adozione di un modello (o di più modelli) costituisce, quindi, una opportunità che il legislatore attribuisce all'ente, finalizzata alla possibile esclusione della sua responsabilità⁹.

I modelli organizzativi, secondo quanto previsto dall'art. 6, comma 3, del decreto "possono essere adottati (...) sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti, comunicati al Ministero della Giustizia che, di concerto con i Ministeri competenti, può formulare, entro trenta giorni, osservazioni sulla idoneità dei modelli a prevenire i reati". Occorre, tuttavia, sottolineare che le indicazioni contenute nelle linee guida predisposte dalle Associazioni di categoria rappresentano solo un quadro di riferimento e non esauriscono le cautele che possono essere adottate dai singoli enti nell'ambito dell'autonomia di scelta dei modelli organizzativi ritenuti più idonei.

Si osserva peraltro che, in sede di procedimento penale, il giudice sarà comunque libero di valutare la effettiva idoneità del modello organizzativo adottato dall'ente a prevenire i reati.

b) I reati di cui all'art. 25 ter

L'art. 25 *ter* dispone che una responsabilità della società è configurabile nell'ipotesi in cui il fatto (uno dei reati elencati nello stesso articolo) non si sarebbe realizzato se gli amministratori, i direttori generali o i liquidatori "*avessero vigilato in conformità degli obblighi inerenti alla loro carica*".

Tale specificazione potrebbe far sorgere il dubbio se il criterio di imputazione di cui al citato articolo debba intendersi sostitutivo dei modelli di organizzazione di cui agli artt. 6 e 7 del decreto legislativo ovvero complementare rispetto a questi ultimi.

Si ritiene, al riguardo, preferibile la seconda ipotesi e ciò per diverse ragioni.

⁹ E' importante sottolineare che la legge, non obbligando gli enti all'adozione del modello organizzativo, non prevede alcuna sanzione per la mancata predisposizione del medesimo; tuttavia la sua mancata adozione, in caso di reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio, espone inevitabilmente l'ente ad un giudizio di scarsa diligenza nella prevenzione dei comportamenti illeciti, con conseguente verosimile affermazione di responsabilità.

In primo luogo perché l'art. 25 *ter* costituisce una integrazione della “parte speciale” del decreto legislativo, i cui principi generali ed i cui criteri di attribuzione della responsabilità amministrativa non possono che intendersi riferiti anche ai reati societari che di tale decreto entrano a far parte integrante.

In secondo luogo perché la ‘colpa organizzativa’ è l'elemento nel quale il legislatore individua la fonte della responsabilità amministrativa dell'ente ed attraverso cui sono fugate eventuali censure di illegittimità costituzionale. L'esistenza di una colpa di organizzazione a carico dell'ente costituisce, in altri termini, il legame di natura soggettiva - alla stregua del ‘nesso psichico’ che fonda, oltre all'elemento oggettivo, la responsabilità penale delle persone fisiche - che giustifica la responsabilità ‘amministrativo-penale’ dell'ente per i reati commessi dalle persone fisiche ad esso ricollegabili (soggetti in posizione apicale o sottoposti).

E', quindi, per riempire di contenuto precettivo il concetto di colpa organizzativa, che gli artt. 6 e 7 del decreto prevedono che l'ente si possa dotare di “modelli di organizzazione” che, se efficacemente adottati ed attuati, garantiscono all'ente medesimo la non punibilità. Da ciò deriva che, ove per i reati societari si considerassero non richiamate le norme di cui agli artt. 6 e 7, ci si troverebbe di fronte ad una possibile attribuzione di responsabilità a carico della società, senza che ad essa sia imputabile alcuna colpa.

La riferibilità delle norme in tema di modelli di organizzazione anche ai reati di cui all'art. 25 *ter*, quindi, non reca un danno alla società, ma costituisce un vantaggio di cui disporre. La società, così come tutti gli enti cui si riferisce il decreto, è infatti libera di valutare l'opportunità di dotarsi o meno di un modello organizzativo, tenendo conto che, ove decida di dotarsene, dispone di uno strumento per dimostrare la sua estraneità ai fatti illeciti commessi dalle persone fisiche ad essa riconducibili e quindi per pervenire alla non punibilità.

La creazione di un modello organizzativo (o valorizzazione e funzionalizzazione del modello già esistente alle finalità del decreto), infatti, come si vedrà meglio nel cap. II, può costituire uno strumento concreto con cui dimostrare l'assenza, in capo alla persona giuridica, di una colpa organizzativa ad essa imputabile.

Si ribadisce quindi l'importanza – anche ai fini della prevenzione dei reati societari di cui all'art. 25 *ter* – dell'adozione e concreta attuazione da parte della società dei modelli organizzativi.

3. I riflessi del d.lgs. n. 231/2001 sul sistema bancario

Per le banche l'Autorità di vigilanza ha creato un sistema integrato di controlli che permea l'intera attività aziendale e coinvolge soggetti diversi. Infatti, accanto ai sindaci (orientati sempre più verso un controllo sulla gestione piuttosto che meramente contabile) ed alle società di revisione (che per le banche quotate rivestono un ruolo particolarmente significativo), specifico rilievo assume la funzione di *internal auditing*, disegnata seguendo le indicazioni contenute nelle Istruzioni di vigilanza (titolo IV, capitolo 11).

Il sistema dei controlli interni – ormai da anni attuato e continuamente aggiornato - ha consentito alle banche di dotarsi di *standard* organizzativi ottimali, in linea con il principio di sana gestione, il quale costituisce, seppure in una accezione più ampia, ciò che il d.lgs n. 231/2001 intende affermare nell'ordinamento.

All'interno di ogni banca è pertanto operativo un insieme di regole, di procedure e di strutture organizzative che devono mirare ad assicurare il rispetto delle strategie aziendali ed il conseguimento della efficacia e dell'efficienza dei processi aziendali; la salvaguardia del valore delle attività e la protezione dalle perdite; l'affidabilità e l'integrità delle informazioni contabili e gestionali; la conformità delle operazioni con la legge, con la normativa di vigilanza nonché con le politiche, i piani, i regolamenti e le procedure interne.

A tal fine, le banche devono assicurare la necessaria separatezza tra le funzioni operative e quelle di controllo ed evitare situazioni di conflitto di interesse nell'assegnazione delle competenze; essere in grado di identificare, misurare e monitorare adeguatamente tutti i rischi assunti o assumibili nei diversi segmenti operativi; stabilire attività di controllo ad ogni livello operativo; assicurare sistemi informativi affidabili e idonei a riferire tempestivamente anomalie riscontrate nell'attività di controllo; consentire la registrazione di ogni fatto di gestione con adeguato grado di dettaglio. Ogni banca effettua un monitoraggio finalizzato alla prevenzione di rischi connessi a frodi e infedeltà dei dipendenti e di quelli derivanti dall'eventuale coinvolgimento della banca in operazioni di riciclaggio di denaro sporco; un monitoraggio sulle attività che possano determinare rischi di perdite risultanti da errori o inadeguatezza dei processi interni, delle risorse umane e dei sistemi oppure derivanti da eventi esterni.

Questi principi pervadono tutta l'attività aziendale e riguardano la redazione dei bilanci, i capitoli di spesa, i flussi finanziari in entrata ed in uscita, l'affidabilità di tutte le informazioni finanziarie e gestionali, affinché il complesso delle attività sia conforme ai principi contabili di riferimento, alle leggi, ai regolamenti, alle norme di Vigilanza nonché alle norme statutarie.

Una simile rete di controlli e verifiche, insieme alla procedimentalizzazione delle attività e dei processi decisionali, costituisce un sistema in grado di per sé di essere utilizzato anche per prevenire la commissione di reati, ivi compresi quelli di cui al d.lgs. n. 231/2001.

Ciò non esclude che le banche procedano a verificare la “tenuta” del sistema esistente alla luce di quanto prescritto dal decreto legislativo e, ove necessario, ad integrarlo.

Si noti peraltro che eventuali interventi sulla struttura organizzativa esistente costituiscono l'esito di una valutazione discrezionale della singola banca, volta ad accertare appunto la corrispondenza dei presidi già adottati alle finalità previste dal citato decreto; tale valutazione, attesa la particolare articolazione e l'affidabilità delle funzioni di controllo già presenti nella società bancaria, deve quindi tenere conto anche del rapporto sussistente tra i costi derivanti da eventuali modifiche della organizzazione aziendale ed i benefici che da essa possono derivare, avendo presente le conseguenze che la mancata redazione dei modelli può produrre a carico di un ente coinvolto in un procedimento penale (sanzioni pecuniarie, interdittive, effetti sull'immagine, sulla credibilità, ecc.).

Le Linee guida proposte nel cap. II del presente documento rappresentano la base per una riflessione sui sistemi esistenti ed uno spunto per eventuali adattamenti degli stessi alle finalità precipue di cui al d.lgs. n. 231/2001.

CAPITOLO II

LE BANCHE ED IL D.LGS. N. 231/2001

1. I modelli organizzativi

1.1. Modello organizzativo o modelli organizzativi?

L'art. 6, comma 1, lett. a) del decreto parla di “modelli di organizzazione e gestione”¹⁰, rendendo così evidente che questi possono essere diversi a seconda dell'attività ovvero dei settori di attività svolti dall'ente. Esso inoltre prevede che detti modelli devono essere idonei “a prevenire reati della specie di quello verificatosi”, onde la funzionalità specifica del modello consiste nella sua capacità, da valutarsi *ex ante*, a prevenire i reati considerati.

Se, quindi, per modello si intende l'insieme delle regole interne di cui l'ente può dotarsi in funzione delle specifiche attività svolte e dei relativi rischi connessi, al fine di adempiere alla *ratio* delle citate norme, l'ente dovrà prevedere tanti insiemi di regole quante sono le macro attività che esso svolge e nelle quali è possibile prefigurare un rischio di commissione di uno dei reati contemplati dal decreto legislativo.

Si rileva inoltre che il decreto disciplina diversamente le ipotesi di reati commessi dai soggetti che ricoprono posizioni apicali da quelli commessi dai sottoposti.

Tuttavia, la natura dei reati considerati non sembra consentire una netta distinzione tra ipotesi delittuose la cui commissione sia più facilmente ipotizzabile nell'ambito della attività dei soggetti apicali ovvero di sottoposti. Appare maggiormente utile, ai fini della costruzione di un modello o di più modelli che, ove la banca proceda ad individuare regole e procedimenti, lo faccia in relazione alle attività svolte e non alla tipologia dei soggetti coinvolti.

1.2. Quando adottare i modelli organizzativi

Al fine di giovare del beneficio rappresentato dall'esonero dalla responsabilità, l'ente, in sede di procedimento penale, deve provare di avere adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi (art. 6, comma 1, lett. a).

¹⁰ L'art. 6, si ricorda, si riferisce a modelli di *organizzazione e gestione*: ciò significa che il legislatore ha inteso sottolineare il carattere dinamico del modello organizzativo; mentre infatti l'organizzazione è fondamentalmente legata al “come” dello svolgimento dell'attività sotto il profilo dei soggetti, delle modalità, della documentazione e della relativa controllabilità di tali ‘fattori’, la gestione attiene alla fase attuativa e quindi dinamica delle attività.

Ferma restando, quindi, l'opportunità di una adozione tempestiva del modello da parte delle banche, si segnala come il decreto attribuisca rilievo anche ad un'adozione "tardiva" che avvenga cioè dopo la commissione del reato che comporta la loro responsabilità¹¹.

Innanzitutto, l'ente che si impegni all'adozione del modello (nonché al risarcimento dei danni prodotti e alla restituzione del profitto) può ottenere la sospensione della misura cautelare eventualmente disposta per la presenza di gravi indizi di responsabilità e del rischio di reiterazione dei reati (art. 49, comma 1). La misura dovrà essere revocata nell'ipotesi in cui l'ente dia concreta attuazione agli impegni assunti (art. 49, comma 4, e art. 50).

Inoltre, l'adozione del modello prima della dichiarazione di apertura del dibattimento comporta che:

- a) non potranno essere applicate all'ente sanzioni interdittive, a condizione che l'ente abbia risarcito il danno e restituito il profitto derivante dal reato (art. 17, comma 1, lett. b). Ulteriore vantaggio, in questo caso, è costituito dalla inapplicabilità della sanzione accessoria della pubblicazione della sentenza di condanna (art. 18);
- b) le sanzioni pecuniarie saranno applicate in misura ridotta (art. 12, commi 2, lett. b, e 3).

Infine, l'adozione del modello dopo la condanna, e, più precisamente, entro venti giorni dalla notifica dell'estratto della sentenza, può indurre il giudice, che accerti l'avvenuta esecuzione degli adempimenti previsti dall'art. 17 (adozione del modello, risarcimento del danno, restituzione del profitto), a convertire la sanzione amministrativa interdittiva irrogata in sanzione pecuniaria.

1.3. L'adozione dei modelli organizzativi

L'adozione di un modello è una facoltà della banca e, come tale, può essere adempiuta secondo modalità che variano da banca a banca, a seconda delle sue dimensioni, dell'attività svolta e della connessa valutazione dei costi/benefici; spetta a ciascuna banca, nell'esercizio della sua libertà organizzativa interna, valutare le modalità tecniche con cui procedere all'adozione di un modello organizzativo: a ciò consegue che le indicazioni qui proposte costituiscono meri suggerimenti cui la banca è libera di ispirarsi nella elaborazione dei propri modelli organizzativi ovvero nella funzionalizzazione di quelli esistenti ai principi del decreto.

Come si è rilevato nel cap. I, § 3, le banche, in ragione della disciplina speciale primaria e regolamentare ad esse applicabile, sono società in cui la cultura del controllo è fortemente sviluppata.

Le banche sono così dotate di complessi sistemi di regole interne che assolvono alla funzione di organizzare il sistema dei poteri e delle deleghe; di regolamentare e procedimentalizzare le attività che si svolgono all'interno della società; di gestire i rapporti tra i vari attori del sistema dei controlli interni; di disciplinare i flussi informativi tra le varie funzioni, organi, ecc..

¹¹ Si rileva peraltro come i modelli organizzativi vadano aggiornati nell'ipotesi di integrazione del catalogo dei reati cui il legislatore ricollegherà una responsabilità amministrativa degli enti, nonché rivisitati a seguito di eventuali elusioni delle regole ivi previste, tale da palesare la loro inefficienza preventiva.

Tali regole – contenute in ordini di servizio, disposizioni interne, normative aziendali, codici di autodisciplina, codici deontologici, codici disciplinari, ecc. – già di per sé *possono* costituire dei modelli organizzativi o quanto meno la base precettiva di ciò che è un modello organizzativo secondo il d.lgs. n. 231/2001.

Se, infatti, per modello organizzativo si intende, come si diceva sopra, un insieme di regole coerente e funzionale ad un certo scopo, ciò che ciascuna banca dovrà valutare è se l'insieme di regole di cui essa già dispone sia coerente e funzionale (oltre che alle finalità per cui esso è stato creato) anche alla prevenzione dei reati contemplati dagli artt. 24, 25, 25 *bis* e 25 *ter* (ovvero almeno di quei reati che, in base ad una valutazione di rischio in concreto, è emerso possano essere commessi da soggetti 'collegati' alla banca stessa).

Pertanto l'adozione del modello organizzativo da parte delle banche richiederà una attività tanto meno complessa quanto più adeguato e razionale risulta essere il sistema di controlli e di procedimentalizzazione già presente all'interno della struttura.

Attesa l'importanza probatoria e le conseguenze sul piano della esenzione della responsabilità che l'adozione di un modello organizzativo può determinare – come si vedrà nel paragrafo che segue – è comunque importante che qualunque attività istruttoria, di analisi e di approfondimento che la banca dovesse porre in essere per adeguare le regole già esistenti alle finalità di cui al decreto ovvero per creare delle nuove regole o procedure, sia comunque documentata o documentabile in modo da poter essere prodotta all'esterno.

1.4. Chi può adottare i modelli organizzativi

L'art. 6, comma 1, lett. a, riferisce che è "l'organo dirigente" ad adottare ed efficacemente attuare il modello di organizzazione e gestione.

Il dettato della norma, necessariamente generico attesa la assoluta diversità dei soggetti cui si riferisce, consente di ritenere che, per le banche, l'"organo dirigente" sia il consiglio di amministrazione¹².

E' opportuno che lo stesso consiglio di amministrazione, nel caso non ritenga di dotare la banca di un modello organizzativo e di gestione ai sensi del d.lgs. n. 231/2001, ne dia adeguata motivazione - ad esempio nella relazione al bilancio - così da rendere la propria decisione il più possibile sorretta da argomenti che attestino la diligente valutazione e la ragionevolezza delle scelte compiute, anche al fine di fugare rischi di contestazione da parte dei soci o del collegio sindacale.

Avendo particolare riguardo alle banche quotate, si ritiene che la scelta di adottare o non adottare i modelli organizzativi non sia da considerarsi come informazione "rilevante" ai sensi

¹² Il riferimento al solo consiglio di amministrazione viene, ovviamente, meno a seguito dell'entrata in vigore del decreto delegato di attuazione della legge n. 366/2001 di riforma del diritto societario, secondo il quale le società per azioni possono scegliere tra sistemi di amministrazione e controllo diversi (sistema tradizionale, sistema dualistico e monistico); ciò comporta la presenza di società per azioni che, per scelta statutaria, non hanno come organo dirigente un consiglio di amministrazione ma, ad esempio nel caso del sistema dualistico, un organo denominato "consiglio di gestione". In questo specifico caso, quindi, per "organo dirigente" ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. a del d.lgs n. 231/2001 deve intendersi l'organo societario cui spettano i poteri di gestione.

dell'art. 114 del Testo Unico della finanza: ne consegue l'insussistenza di obblighi di comunicazione al mercato ed alla Consob.

2. L'organismo dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo

2.1. Il disposto normativo

L'art. 6, comma 1, dispone che l'ente non risponde se prova: che l'organo dirigente ha adottato ed attuato un modello di organizzazione idoneo (su cui si è detto); che il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza di detto modello e di curarne l'aggiornamento è stato affidato ad un organismo *dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo*.

La diversificazione dei soggetti cui la normativa in questione si riferisce e la genericità del concetto di "organismo dell'ente" giustifica la eterogeneità delle soluzioni che al riguardo possono adottarsi. Anche nel settore bancario, del resto, coesistono realtà societarie con caratteristiche dimensionali, di attività e strutturali assolutamente non omogenee, fatto questo che comporta la necessaria differenziazione anche delle risposte che le singole banche daranno ai principi enunciati del decreto legislativo in generale ed a tale specifica prescrizione in particolare.

Ogni banca, quindi, alla ricerca di un equo bilanciamento tra costi e benefici, valuterà l'opportunità di creare una funzione *ad hoc* ovvero utilizzare un organismo o una funzione già esistente, avendo cura di evitare che possano determinarsi sovrapposizioni di compiti.

2.2. L'organismo "dell'ente"

L'art. 6, comma 1, del decreto fa riferimento, come visto, ad un organismo dell'ente.

Detta circostanza, unitamente alle considerazioni espresse, sul punto, nella relazione illustrativa, fanno ritenere che esso non possa essere identificato *tout court* con un soggetto *esterno* all'ente medesimo, come ad esempio, la società di revisione ovvero un *team* di consulenti esterni.

Ciò non esclude che detto organismo possa (e debba, ove necessario) servirsi, nell'esercizio della sua attività, anche in modo permanente, della collaborazione di soggetti esterni alla banca, come ad esempio la società di revisione (al fine, ad esempio, di acquisire informazioni) ovvero di consulenti esterni (esperti di diritto del lavoro, di controllo interno, ecc.).

Discorso a sé deve essere fatto per le banche di credito cooperativo che, secondo le Istruzioni di vigilanza della Banca d'Italia, possono esternalizzare le funzioni di *internal auditing* alle Federazioni locali; in questo caso si ritiene coerente che le funzioni dell'organismo di controllo di cui al decreto possano essere svolte a livello accentrato da quelle Federazioni che dispongano di risorse tecniche e professionali maggiormente adatte allo svolgimento di tale funzione.

Nella logica, poi, di creare comunque un centro di imputazione nell'ente, all'interno di ciascuna BCC potrebbe essere individuato un soggetto responsabile della vigilanza sul funzionamento e l'osservanza dei modelli; dovrà essere cura della banca creare un coordinamento e garantire un adeguato flusso informativo tra il soggetto 'interno' indicato come responsabile e la Federazione locale.

2.3. Soluzioni possibili

Attesa la configurazione e le funzioni che il decreto attribuisce a tale organismo, non appare coerente una sua identificazione con il collegio sindacale, le cui funzioni sono stabilite dalla legge e che non è fornito, in materia, di quei poteri autonomi di iniziativa e di controllo cui il decreto fa, come visto, espresso riferimento.

L'autonomia decisionale di cui detto organismo deve essere fornito sembra anche escludere l'utilizzabilità di strutture interne che non siano dotate di (ovvero cui non siano attribuiti appositamente) autonomi poteri di iniziativa e di controllo, come gli uffici legali, le c.d. segreterie generali e qualunque soggetto o funzione che sia gerarchicamente incardinata.

2.4. Segue

La circostanza che l'organismo di controllo debba:

- ✓ vigilare sul funzionamento e l'osservanza del modello organizzativo, intervenendo eventualmente per integrarlo o modificarlo, disponendo di un *budget* idoneo ad assumere decisioni di spesa;
- ✓ poter colloquiare alla pari, senza vincoli di subordinazione gerarchica che possano condizionarne l'autonomia di giudizio, anche con i vertici della banca;
- ✓ essere dotato di poteri di richiesta ed acquisizione di informazioni da e verso ogni livello e settore della banca;
- ✓ poter costituire un riferimento credibile sia per i dipendenti della banca che ad esso vogliano rivolgersi per segnalare condotte illecite, sia per i soggetti esterni alla banca stessa;
- ✓ poter essere il soggetto cui la banca affida il compito di accertare i comportamenti e proporre le eventuali sanzioni a carico dei soggetti che non abbiano rispettato le prescrizioni contenute nel modello organizzativo e gestionale¹³,

suggerisce, come soluzione ottimale, di ipotizzare detto organismo come una "funzione" aggiuntiva, espressamente disciplinata da parte dell'organo dirigente della società¹⁴.

Al riguardo non può non tenersi conto del fatto che l'introduzione nella parte speciale del decreto - art. 25 *ter* - dei reati societari (e quindi di reati che per definizione trovano origine o

¹³ Per indicazioni in merito alla istituzione di un sistema disciplinare, cfr. cap. II, § 5.

¹⁴ L'art. 6 nulla dispone circa l'eventuale responsabilità penale dei componenti l'organismo di controllo. Il codice penale prevede una forma di estensione della responsabilità a titolo omissivo per chi, in presenza di un obbligo giuridico, non si sia attivato per impedire il verificarsi dell'evento lesivo (art. 40 cpv. c.p.). Al riguardo, pur dovendosi ritenere che l'organismo abbia compiti limitati a garantire il funzionamento del modello, con esclusione di qualsiasi obbligo di impedimento dei reati che esso mira a prevenire, è opportuno richiamare l'attenzione sui rischi connessi ai casi di dolosa inerzia rispetto a fatti delittuosi derivanti dall'inosservanza del modello di cui l'organismo sia consapevole.

comunque coinvolgono l'alta amministrazione) ha reso ancora più evidente la necessità che l'organismo di controllo debba essere una funzione dotata di un'elevata ed effettiva indipendenza rispetto alla gerarchia sociale.

Coerentemente con quanto detto, tale funzione potrebbe anche essere identificata con l'*internal auditing* che, integrato nei poteri ed eventualmente nella composizione, risulta adeguato ai compiti che il legislatore attribuisce all'organismo di controllo.

Una ulteriore possibilità potrebbe essere quella di una funzione costituita sia da professionalità interne alla banca (come legali, esperti contabili, di gestione del personale, di controllo interno nonché, ad esempio, un membro del collegio sindacale) che esterne ad essa (consulenti, esperti di revisione, ecc.), con la presenza di uno o più amministratori non esecutivi (o indipendenti) che diano garanzia di effettività sul controllo dell'alta amministrazione e di omogeneità di indirizzo.

Allo stesso modo coerente con lo spirito della legge potrebbe essere infine la scelta di attribuire detta funzione di controllo ad un organismo composto da soli amministratori non esecutivi o indipendenti, secondo il modello, noto alle banche quotate, del comitato di *audit*.

Si rileva che alla natura collegiale può essere preferito, per le banche di piccole dimensioni, un organo monocratico, seppure con le medesime caratteristiche di indipendenza, di autonomia di iniziativa e di controllo di cui si è detto¹⁵.

Qualunque sia la scelta effettuata è opportuno che essa sia formalizzata in una espressa previsione (delibera del consiglio di amministrazione) che motivi l'opzione adottata e provveda alle integrazioni organizzative necessarie; è altresì opportuno che di ciò sia data adeguata informativa all'assemblea.

3. Il contenuto del modello organizzativo

3.1. Individuazione delle attività nel cui ambito possono essere commessi reati

All'art. 6, comma 2, il legislatore indica una serie di "esigenze" cui il modello deve rispondere, la prima delle quali è che esso sia in grado di "individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati".

Ciò significa che ciascuna banca, anche in relazione all'estensione dei poteri delegati, deve provvedere ad una *mappatura delle attività o funzioni aziendali* nell'ambito delle quali possono essere commessi reati di cui al decreto, al fine di commisurare i presidi da adottare in relazione all'esistenza di rischi concreti.

Si tratta, in altri termini, di: analizzare le fattispecie di reato considerate dal decreto ed individuare le aree, i soggetti e le forme di operatività in relazione ai quali ci può essere un rischio di commissione di quei reati.

¹⁵ Si segnala che lo stesso decreto prevede, all'art. 6, comma 4, che negli enti di piccole dimensioni i compiti dell'organismo di controllo possano essere svolti direttamente dall'organo dirigente.

Alla luce dei risultati di tale indagine sarà possibile valutare l'idoneità dei presidi esistenti ed assumere decisioni in ordine alla eventuale implementazione delle procedure di controllo.

Al riguardo si rileva come l'impresa bancaria, per tale attività di mappatura, possa utilizzare l'esperienza maturata con riferimento al controllo ed alla prevenzione dei rischi, sia in relazione alle specifiche attività che ai 'soggetti' che le svolgono: si pensi, ad esempio, ai controlli sulle succursali estere¹⁶.

3.1.a. La realtà bancaria

Ciò premesso, nella logica di individuare appositi presidi preventivi a seconda delle macro categorie dell'attività bancaria e dei connessi rischi di commissione dei reati di cui al decreto, si evidenzia quanto segue.

Rilevano innanzitutto i reati (definibili *peculiari*) che possono presentare - nell'ambito bancario - rischi di verifica in ragione di specifiche attività della banca: in relazione ad essi si rende necessaria la verifica dei sistemi di controllo relativi alle specifiche aree di rischio al fine del loro adeguamento alle prescrizioni del decreto.

Esigenze di prevenzione diverse si pongono invece in relazione a quella tipologia di reati (definibili *generali*) non connessi, se non in virtù di un rapporto 'occasionale', allo svolgimento dell'impresa bancaria e quindi non riconducibili a specifiche aree di attività.

In relazione a tali ipotesi (ossia i reati c.d. *generali*) si ritengono sufficienti modelli organizzativi, appunto, generali, che richiamano principi di correttezza e probità nei comportamenti degli operatori e degli esponenti bancari.

In questo caso, infatti, la funzione del modello organizzativo non è solo di indicare una procedimentalizzazione che deve essere seguita nello svolgimento di certe operazioni (anche se possono comunque essere previsti, ove possibile, dei presidi ulteriori), ma anche quella di costituire uno strumento di comunicazione verso l'interno (apici e sottoposti) e l'esterno (investitori, terzi, creditori, collaboratori esterni) della cultura e dell'etica aziendale.

E' questa, poi, a ben vedere la funzione che viene generalmente attribuita ai c.d. codici etici che costituiscono dei "manifesti della cultura aziendale", destinati sia alla informazione/formazione dei dipendenti che alla diffusione di tale cultura presso l'ampia ed indifferenziata categoria degli *stakeholders*.

I settori dell'attività bancaria in cui più elevato e diffuso può essere il rischio di commissione dei reati *peculiari* riguardano:

¹⁶ Le Istruzioni della Banca d'Italia già impongono una rigorosa regolamentazione delle deleghe, dalla quale deriva che i compiti e le responsabilità sono allocati in modo chiaro ed appropriato, con costante verifica dell'esercizio dei poteri delegati: in materia di erogazione del credito, ad esempio, le deleghe devono risultare da una delibera del consiglio di amministrazione e la griglia ed i limiti di eventuali deleghe a cascata devono essere costantemente documentati, così che il soggetto delegante possa periodicamente essere informato sull'esercizio delle deleghe, al fine di effettuare le opportune verifiche.

- ✓ la gestione di fondi pubblici, sia sotto forma di captazione o erogazione di contributi, in qualsiasi modo denominati, destinati a pubbliche finalità, sia nello svolgimento di attività in regime di concessione (ad esempio, riscossione tributi);
- ✓ l'attività, prevalentemente "di sportello", connessa alla messa in circolazione di valori.

Del tutto slegati rispetto all'esercizio dell'attività bancaria appaiono, invece, i rischi connessi all'esistenza di rapporti di qualsiasi natura (contratti, forniture ecc.) tra la banca (rappresentato sia dai suoi vertici che dai suoi dipendenti) e la pubblica amministrazione.

In termini generali e con riferimento alla prima tipologia di reati *peculiari*, nonché a quelli di corruzione e concussione, si osserva come un particolare richiamo debba essere contenuto nel modello con riferimento a quelle attività in cui l'operatore bancario si trovi ad operare quale incaricato di un pubblico servizio.

E' opportuno dunque che il modello, attraverso una elencazione specifica dei settori interessati, individui le operazioni attuate in esecuzione di una concessione amministrativa che, in quanto regolate da norme di diritto pubblico ed atti autoritativi, assumono rilievo pubblicistico.

Benché infatti la natura privatistica dell'attività bancaria sia ormai un dato acquisito al nostro ordinamento, vi sono delle attività che esulano dalla gestione ordinaria del credito e che, in quanto svolte in regime di concessione, possono presentare connotazioni pubblicistiche.

Tali sono, in particolare, secondo l'elaborazione giurisprudenziale:

- ✓ le operazioni che attengono all'attività di intermediazione bancaria consistente nella distribuzione di *titoli del debito pubblico*;
- ✓ le operazioni svolte in campo *monetario, valutario, fiscale e finanziario*, in sostituzione di enti pubblici non economici, nella veste di banche agenti o delegate;
- ✓ le operazioni relative alle attività di concessione e gestione dei "crediti di scopo legale" e a quelle rientranti nel settore dei c.d. "crediti speciali o agevolati" che, per loro natura, gravano in varia misura sulla finanza pubblica.

3.2. Previsione di regole dirette a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire e individuazione delle modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati

Secondo tali previsioni, evidentemente collegate, l'ente deve prevedere, ovvero migliorare ove esistenti, meccanismi di proceduralizzazione delle decisioni, rendendo documentate e verificabili le varie fasi del processo decisionale, così da impedire gestioni improprie di risorse finanziarie dell'ente.

Seguendo l'ordine logico di associare l'attività specifica ed il relativo rischio al fine di individuare eventuali regole dirette alla formazione ed all'attuazione delle decisioni (*modalità di gestione del rischio*), si propongono di seguito talune osservazioni riferite alle descritte categorie di reati *peculiari* e di reati *generali*.

3.2.a. Reati peculiari

a) *La gestione dei finanziamenti pubblici*

Tutti coloro che operano nell'interesse, a vantaggio o comunque per conto della banca, sono tenuti, senza alcuna distinzione o eccezione, alla rigorosa osservanza delle procedure previste in tema di gestione o trattamento, a qualsiasi titolo, anche per conto di terzi, di finanziamenti, comunque denominati, connotati da finalità pubblica, nel rispetto della normativa vigente, delle regole imposte dalle Autorità competenti e dalle norme interne.

Il decreto prevede un'eventuale responsabilità dell'ente per i reati, commessi nel suo interesse, di malversazione a danno dello Stato, indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato, truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche.

Le norme sono finalizzate alla repressione dei fenomeni di "frode nelle sovvenzioni", con riferimento sia alle ipotesi di indebita captazione che a quelle di illecita utilizzazione di risorse pubbliche; in particolare, si tutela la fase dell'istruttoria del finanziamento e della sua erogazione, attraverso la repressione delle condotte di indebita captazione di erogazioni pubbliche, realizzate tramite l'esibizione di documentazione falsa o l'omissione di informazioni dovute (art. 316 *ter* c.p.), ovvero tramite la fraudolenta induzione in errore di terzi (art. 640 *bis* c.p.); nonché la fase successiva all'erogazione, punendo gli abusi consistenti nell'impiego di finanziamenti ottenuti dallo Stato, da altri enti pubblici o dalle Comunità europee, per finalità diverse da quelle per la realizzazione delle quali erano stati concessi (art. 316 *bis* c.p.).

Sempre al fine di individuare le possibili aree di rischio, si ricorda che la nozione di *finanziamento pubblico* ricomprende tutti quei rapporti in cui la temporanea creazione di disponibilità finanziarie avviene per intervento diretto o indiretto dei pubblici poteri ed in cui l'utilizzazione per il fine convenuto corrisponde ad uno specifico interesse pubblico, di volta in volta individuato. Indipendentemente, dunque, dalla denominazione assunta dalle singole erogazioni (contributi, sovvenzioni, finanziamenti ecc.), queste dovranno possedere due caratteristiche: l'aver per oggetto somme di denaro di provenienza pubblica (Stato, altro ente pubblico o Comunità europee) e l'essere concesse a condizioni più favorevoli di quelle di mercato, in vista del fine di pubblica utilità cui esse sono destinate.

Modalità di gestione del rischio - E' importante prescrivere che tutte le fasi della procedura di richiesta e/o erogazione del contributo, siano documentate e verificabili, in modo da poter sempre ricostruire *ex post* le caratteristiche e le motivazioni dell'operazione ed individuare i soggetti coinvolti.

L'operazione dovrà essere suddivisa in fasi: iniziativa-proposta; istruttoria su punti rilevanti, formazione del contenuto dell'operazione e dei suoi termini essenziali; motivata decisione; esecuzione. Le ultime due fasi dovranno essere precedute da un'attività di verifica - anch'essa documentata - della correttezza formale e sostanziale delle operazioni compiute.

E' opportuno che fasi omogenee di un processo operativo siano affidate ad un unico soggetto, evitando che la frammentazione dei compiti denoti l'esistenza di un modello in grado di

produrre deresponsabilizzazione del singolo e di impedire l'individuazione delle specifiche competenze.

E' altrettanto opportuno che nessuno dei soggetti coinvolti nella procedura di erogazione goda di poteri illimitati e svincolati dalla verifica di altri soggetti deputati alla cura di fasi diverse dell'operazione oltre che degli organi preposti al controllo.

Per evitare rischi di questo tipo è necessario che i poteri e le responsabilità di ciascuno siano chiaramente definiti in procedure il cui contenuto dovrà essere pubblicizzato all'interno dell'organizzazione.

Quanto ai soggetti coinvolti nell'operazione, quelli posti in posizione apicale sono tenuti alla gestione corretta ed oculata dei finanziamenti pubblici erogati in favore della banca affinché siano utilizzati dai beneficiari per lo svolgimento di attività o la realizzazione di iniziative di rilievo pubblicitario. Analoga correttezza è richiesta nella fase propedeutica alla concessione del finanziamento, nel fornire all'amministrazione competente informazioni complete e veritiere, nel rispetto delle regole poste a presidio della correttezza della procedura di erogazione.

Analogamente, i dipendenti devono rispettare le regole interne e generali in tema di gestione del finanziamento pubblico, con particolare riferimento ai rapporti con la clientela, nel caso in cui il contributo sia erogato, tramite la banca, a favore di terzi.

b) *Le falsità*

Tutti coloro che operano nell'interesse, a vantaggio o comunque per conto della banca, senza alcuna distinzione o eccezione, sono tenuti, nel trattamento di valori di qualsiasi natura (in particolare, banconote, monete e valori di bollo aventi corso legale nello Stato e all'estero o materiali utilizzati per la fabbricazione di questi), ad operare nel rispetto della legge, dei regolamenti e delle discipline interne, con onestà, integrità, correttezza e buona fede.

Il decreto legislativo prevede la possibilità di individuare una responsabilità dell'ente nell'ipotesi in cui siano realizzati nel suo interesse i reati previsti dagli artt. 453, 454, 455, 459, 460, 461 e 464 c.p. posti a tutela della *fede pubblica*, ossia dell'affidamento sociale nella genuinità ed integrità di alcuni specifici simboli, essenziale ai fini di un rapido e certo svolgimento del traffico economico.

Assumono, in particolare, rilievo penale le condotte idonee a mettere in pericolo la certezza e l'affidabilità del traffico monetario, quali, ad esempio, la contraffazione o l'alterazione di monete, o l'acquisizione o la messa in circolazione di valori falsificati da terzi.

Profili di rischio connessi all'attività bancaria possono presentarsi in relazione alla ipotesi di messa in circolazione di valori contraffatti o alterati, attraverso la diffusione fra il pubblico di valori falsi.

Modalità di gestione del rischio - La previsione di una concorrente responsabilità della banca rende opportuni alcuni adeguamenti delle regole interne già adottate, volti a stigmatizzare il ruolo della banca nella prevenzione e repressione dei reati di falso e a richiamare l'attenzione

degli operatori sul puntuale rispetto delle procedure di controllo dei valori trattati, dei quali si deve imporre - in caso di accertata o sospetta falsità - l'immediato ritiro dalla circolazione.

Una particolare attenzione, già richiesta alle banche per altre finalità, deve essere prestata nelle negoziazioni con clientela non sufficientemente conosciuta ovvero aventi ad oggetto importi in contanti di rilevante entità.

I reati in oggetto, per la loro natura, si prestano ad essere commessi soprattutto nell'ambito delle attività c.d. "di sportello", e dunque imputabili per lo più a soggetti sottoposti all'altrui dipendenza sui quali quindi concentrare i presidi da adottare.

3.2.b. Reati generali

a) I rapporti con la Pubblica amministrazione

Tutti coloro che operano nell'interesse, a vantaggio o comunque per conto della banca, senza alcuna distinzione o eccezione, sono tenuti nei rapporti con l'esterno, ed in particolare in quelli in cui sia, in qualsiasi forma, coinvolto lo Stato, l'Unione europea o altri enti pubblici, ad attenersi al rispetto dei principi di lealtà, correttezza e trasparenza. Particolare attenzione deve essere rivolta alla prevenzione di eventuali illeciti commessi attraverso l'utilizzo di procedure informatiche nella attività di raccolta del risparmio, di erogazione del credito ed operazioni connesse, nonché nell'operatività in strumenti finanziari.

Sono, in particolare, assolutamente proibite le pratiche di corruzione, favori illegittimi, comportamenti collusivi, sollecitazioni, dirette o indirette, di vantaggi non dovuti, nonché ogni comportamento idoneo a procurare un danno ingiusto allo Stato, all'Unione europea o ad altri enti pubblici.

Il decreto n. 231/2001 prevede una eventuale responsabilità amministrativa dell'ente per i reati di truffa aggravata in danno dello Stato, frode informatica ai danni dello Stato, concussione e corruzione.

Ferma restando la necessità che tutti i dipendenti della banca si attengano ai principi sopra enunciati, è evidente che la peculiare natura dei reati ora segnalati impone di individuare puntualmente le attività nel cui ambito possono essere commessi, con particolare riferimento a quelle strutture o processi aziendali che, per obiettivi e competenze, abbiano contatti diretti con la Pubblica amministrazione centrale e locale.

Le strutture aziendali che attivano e gestiscono rapporti con la Pubblica amministrazione (per l'aggiudicazione e la gestione di commesse pubbliche, contratti di finanziamento su progetti di rilievo pubblicistico, attribuzioni di sovvenzioni e contributi, esercizio di funzioni ispettive da parte della Banca d'Italia, della Consob o di altre autorità garanti) sono quindi quelle sulle quali è opportuno concentrare la massima attenzione sotto il profilo del rischio aziendale rilevante.

Una cura particolare deve essere rivolta alla prevenzione di truffe in danno di interessi pubblici realizzate tramite l'impiego fraudolento di *sistemi informatici*, fenomeno che si verifica ogniqualvolta si attui una interferenza con il regolare svolgimento di un processo di

elaborazione di dati al fine di ottenere, come conseguenza della alterazione del risultato della elaborazione stessa, uno spostamento patrimoniale ingiustificato. L'interferenza può realizzarsi in varie forme: in fase di raccolta e di inserimento dei dati, in fase di elaborazione, in fase di emissione. Si tratta, all'evidenza, di un aspetto di particolare interesse per quanto concerne l'attività degli operatori bancari che, sempre più di frequente, si svolge attraverso l'impiego di tecnologie avanzate e strumenti informatici.

Particolare attenzione deve essere inoltre posta alla prevenzione del reato di *corruzione*.

La responsabilità dell'ente può sussistere nel caso in cui l'operatore bancario abbia offerto denaro o altra utilità a pubblici ufficiali o incaricati di un pubblico servizio, per influenzare o compensare un atto del loro ufficio, nell'intento di assicurare alla banca vantaggi illeciti o di evitare pregiudizi, quali quelli derivanti, ad esempio, dall'esecuzione di provvedimenti di natura sanzionatoria (controlli fiscali, in materia di prevenzione degli infortuni, ecc.).

Al riguardo, si ricorda che la veste del corrotto può essere assunta non solo da pubblici ufficiali ed incaricati di pubblico servizio italiani (tra i quali si segnalano, tra gli altri, coloro che svolgono funzioni giudiziarie), ma anche da soggetti che, svolgendo le stesse funzioni, operino presso stati esteri o organismi di livello internazionale quali l'Unione europea.

Per la diversa ipotesi in cui l'operatore bancario rivesta la qualità di incaricato di un pubblico servizio, e quindi possa assumere la veste di soggetto corrotto nell'esercizio di attività "funzionali", si veda quanto detto in precedenza in ordine alle operazioni che comportano una qualifica pubblicistica per gli operatori bancari¹⁷.

Modalità di gestione del rischio - Sia i soggetti posti in posizione apicale sia i dipendenti debbono essere richiamati al rispetto dei principi di correttezza e trasparenza e all'osservanza delle leggi e dei regolamenti vigenti nell'intraprendere e gestire i rapporti con la Pubblica Amministrazione in sede di stipulazione ed esecuzione di contratti, aggiudicazione e gestione di autorizzazioni, concessioni o appalti, attività ispettive, di controllo o nell'ambito di procedure giudiziarie.

A tal fine, è necessaria la diffusione del modello, l'operatività dell'organismo di controllo e la costante e puntuale formazione del personale, che non dovrà poter addurre, a scusante della propria illecita condotta, l'ignoranza delle disposizioni che disciplinano le diverse attività.

Regole specifiche devono essere previste per la prevenzione di reati commessi nell'utilizzo delle *procedure informatiche*, tenendo conto delle più avanzate tecnologie acquisite in tale settore. A quest'ultimo riguardo si può ipotizzare l'adozione di *password* personali che limitino l'accesso al sistema a determinate fasi dell'operazione e che, al contempo, consentano sempre di identificare il soggetto cui l'operazione (o una sua fase) può essere imputata.

Altrettanto essenziale appare l'affinamento di strumenti di registrazione e controllo – quotidiani o comunque periodici – delle operazioni compiute a mezzo di sistemi elettronici, in modo da poter avere sempre riscontro della correttezza delle procedure seguite e della

¹⁷ Cfr. cap. II, § 3.2.a.

coerenza interna delle varie fasi operative, nel rispetto dei limiti di cui all'art. 4 della legge n. 300/1970.

I principi etici che devono regolare l'attività dell'impresa bancaria nell'ambito delle fattispecie riconducibili ai reati *generali* possono essere riportati in un apposito codice etico elaborato dalla banca e portato a conoscenza di tutto il personale.

b) *I reati societari*

I reati societari di cui all'art. 25 *ter* sono qualificabili come *generali* in quanto non occasionati dall'esercizio della specifica attività della banca, che si atteggia, quindi, nei confronti di essi come una qualunque società.

Ciononostante, in relazione a quelle fattispecie delittuose che si riferiscono, in senso lato, a documenti contabili (come ad esempio, le false comunicazioni sociali, il falso in prospetto, ecc.) la banca, per essere destinataria di una disciplina speciale *ad hoc*, si pone comunque in una posizione privilegiata rispetto alle altre società.

La normativa speciale, infatti, impone la procedimentalizzazione dell'intera fase di formazione di tali documenti, rendendo il processo documentato e vigilato.

Inoltre per le banche vi sono 'documenti' che, pur comuni alle altre società, assumono per esse funzioni ulteriori: si pensi, ad esempio, al bilancio (sia individuale che consolidato) che non solo rappresenta il documento necessario a fornire le informazioni ai terzi in merito alla situazione patrimoniale e finanziaria ed al risultato della gestione svolta, ma costituisce altresì l'aggregato principale per la regolamentazione di vigilanza prudenziale. In altri termini, il bilancio di una banca costituisce allo stesso tempo "strumento di trasparenza informativa" e "strumento di vigilanza bancaria".

Tale specifica funzione fa sì, appunto, che il bilancio delle banche sia soggetto a norme ulteriori, sia comunitarie che nazionali, che prevedono regole di contabilizzazione e criteri di valutazione del tutto particolari rispetto a quelli degli altri tipi di società. La peculiarità della disciplina del bilancio delle società bancaria si concretizza, infine, nelle attribuzioni conferite dalla legge al CICR ed alla Banca d'Italia - le cui Istruzioni in materia sono concepite come una sorta di "Testo Unico" per la compilazione dei bilanci delle banche - che provvedono ad assegnare una disciplina tecnica degli schemi e dei contenuti del bilancio.

Premesso quanto sopra, la difficoltà di ipotizzare condotte tipiche che preludono la commissione dei reati societari ovvero la facilitano, nonché la circostanza che si tratta, in molti casi, di reati che costituiscono la violazione di regole procedurali già tassativamente indicate dalle norme, rendono difficile la proposizione di modalità di gestione del rischio che non risultino ripetitive di comportamenti già consolidati nella prassi bancaria ovvero derivanti dalla applicazione delle norme primarie e della regolamentazione di vigilanza vigenti.

Ciò comporta che la banca possa limitarsi ad esplicitare, nel contesto di un documento a tal fine predisposto (modello organizzativo, codice etico, codice deontologico), i principi cui tutti i soggetti che operano per suo conto devono ispirarsi nell'esercizio delle proprie funzioni, di fatto ribadendo criteri già enucleabili dalle diverse prescrizioni normative.

Lo scopo finale è quello che tutti coloro che operano per la banca e tutti i dipendenti siano informati e messi nelle condizioni di conoscere le regole – norme di legge, regolamentari, prescrizioni interne, *best practice*, ecc. – cui la stessa si ispira nell'esercizio della propria attività; ciò comporta, quindi, anche l'avvio di programmi di formazione specifica e di aggiornamento che consentano ai dipendenti di essere in grado di adempiere in modo corretto alle proprie mansioni.

Ogni banca, con i mezzi che riterrà più opportuni, dovrà quindi esplicitare principi quali, ad esempio:

- ✓ non è in linea con gli obiettivi della banca qualunque comportamento degli amministratori così come dei dipendenti, attivo o omissivo, in violazione diretta o indiretta dei principi normativi e delle regole procedurali interne che attengono la formazione dei documenti contabili e la loro rappresentazione all'esterno;
- ✓ gli amministratori e tutti i dipendenti che, a qualunque titolo, siano coinvolti nella attività di formazione di documenti contabili (o comunque di documenti che rappresentino la situazione economica, patrimoniale o finanziaria della banca) devono essere messi a conoscenza del fatto che la loro condotta illecita (anche qualora finalizzata, nelle intenzioni, ad agevolare la banca) è da considerarsi come commessa in danno della banca stessa. Analogo principio deve essere affermato in relazione all'ipotesi in cui l'amministratore o il dipendente ostacoli l'esercizio delle attività di controllo o di revisione;
- ✓ gli amministratori e tutti i dipendenti sono chiamati a rispettare le regole afferenti la circolazione e la diffusione di notizie che riguardano la società, sia all'interno della banca sia all'esterno; le banche quotate, in particolare, devono dotarsi di codici di comportamento afferenti la gestione delle notizie riservate e delle notizie *price sensitive* e diffonderli presso i propri dipendenti.

3.3. La previsione di obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli

Come già evidenziato nel § 2.2 del presente capitolo, relativamente ai poteri dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e sull'osservanza dei modelli, con tale previsione si intende esplicitare l'opportunità che siano azionabili flussi informativi tali da permettere al citato organismo di svolgere efficacemente il proprio compito.

L'organismo in questione deve, pertanto, essere messo in grado di accedere a tutte le fonti di informazione dell'ente; deve poter prendere visione di documenti, consultare dati relativi all'ente medesimo, senza necessità di autorizzazioni. Va da sé che tutti i componenti dell'organismo in questione devono essere espressamente vincolati a mantenere riservati i documenti e le informazioni acquisite nello svolgimento del proprio compito e che deve essere assicurato il rispetto della vigente disciplina in materia di "privacy" ricorrendosi, se necessario, al potere di indirizzo e controllo del Garante.

E' inoltre opportuno che la banca preveda l'uso di canali di comunicazione interna tali per cui i dipendenti possano riferire direttamente all'organismo di controllo sui comportamenti criminosi eventualmente riscontrati.

3.4. Il sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello

Rinviando per indicazioni più puntuali a quanto si avrà modo di esporre nel successivo § 5, in via generale si osserva come il legislatore abbia inteso chiarire che la mera elaborazione di direttive e linee guida di comportamento non è sufficiente ad escludere la responsabilità dell'ente per i reati eventualmente commessi nel suo interesse o a suo vantaggio. Così delineato il modello potrà essere solo astrattamente idoneo a prevenire i reati di cui al decreto, mentre è necessario che il modello sia anche efficacemente attuato.

Stando agli stessi suggerimenti forniti dal legislatore, l'attuazione del modello può essere garantita non solo attraverso verifiche periodiche dell'efficacia dello stesso, ma anche introducendo un sistema disciplinare idoneo a sanzionarne il mancato rispetto e delle linee guida di comportamento ivi previste.

Solo un adeguato e specifico sistema disciplinare e sanzionatorio può, in effetti, garantire il rispetto concreto delle disposizioni e delle procedure contenute nel modello.

4. La “pubblicità” dei modelli organizzativi

4.1. Pubblicità e diffusione dei modelli organizzativi

La banca deve dare piena pubblicità ai modelli organizzativi adottati, al fine di assicurare che i destinatari siano a conoscenza delle procedure da seguire per adempiere correttamente alle proprie mansioni: a tal fine può essere utilizzato il normale sistema delle comunicazioni interne, delle circolari e dei manuali operativi.

L'informazione deve essere completa, tempestiva, accurata, accessibile e continua. In tal modo si consente ai destinatari della stessa di raggiungere la piena consapevolezza delle direttive aziendali e di essere posti in condizioni di rispettarle.

Nel caso la banca si doti di un codice etico, questo, oltre ad essere portato a conoscenza dei dipendenti e di tutti coloro che operano per conto della banca, deve essere diffuso in modo tale da renderlo fruibile all'indifferenziata categoria degli *stakeholders*; esso, infatti, rappresenta un veicolo con cui presentare la banca, la sua storia, la sua struttura, le regole ed i principi etici cui essa si ispira.

4.2. Formazione del personale

La banca deve curare per tutto il personale dipendente corsi di formazione; in particolare, specifica attenzione deve essere riservata ai neo-assunti ed ai dipendenti che vengono

chiamati a svolgere un nuovo incarico, essendo costoro posti di fronte ad una diversa realtà lavorativa.

5. Il sistema disciplinare

5.1. I destinatari del sistema disciplinare

Il sistema disciplinare deve avere riguardo all'attività sia dei vertici aziendali, sia delle persone sottoposte all'altrui direzione.

In ordine alle caratteristiche del sistema anzidetto, il decreto legislativo non offre alcuna indicazione specifica, introducendo previsioni estremamente generali; le norme sono, però, chiare nel prevedere che l'ente debba introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello, sia in relazione alle ipotesi di cui all'art. 6, comma 2, lett. e), sia in relazione a quelle di cui all'art. 7, comma 4, lett. b).

5.2. Rapporti con il sistema penale

Giova anzitutto ricordare che il potere disciplinare nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato è un potere "privato" concesso in via eccezionale già dal codice civile del 1942 (in un sistema caratterizzato dalla libera recedibilità) al fine di consentire, nell'ambito di un rapporto di durata, una reazione agli inadempimenti che non si ritenessero di gravità tale da determinare la risoluzione del rapporto.

Proprio questa sua particolare funzione spiega l'introduzione da parte della legge n. 300/1970 del codice disciplinare, della sua pubblicità e, più in generale, della procedimentalizzazione del potere disciplinare contestualmente alla stabilizzazione "reale" dei rapporti di lavoro.

Inoltre, il sistema disciplinare, sempre nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato, può essere elaborato ed applicato a prescindere dalla rilevanza penale della condotta; esso è autonomo rispetto all'eventuale azione penale ed, anzi, deve rimanere su un piano nettamente distinto e separato dal sistema del diritto penale ed amministrativo; avendo una specifica funzione preventiva e non meramente punitiva.

Ciò significa che la banca deve tempestivamente reagire alla violazione delle regole di condotta, anche se il comportamento del soggetto non integri gli estremi del reato ovvero non determini responsabilità diretta dell'ente medesimo.

Sempre in termini generali, la reazione della banca può quindi prescindere dall'accertamento della rilevanza penale della condotta del soggetto. Infatti, costituisce un principio giuslavoristico consolidato – ben estensibile anche ai rapporti di lavoro parasubordinato – quello secondo cui la gravità del comportamento del lavoratore e l'idoneità ad incidere, in maniera più o meno intensa, sul vincolo di fiducia che lo lega all'azienda, possono e devono essere valutate separatamente dalla eventuale rilevanza penale della condotta.

Ove la banca sia incerta sull'opportunità o meno di esercitare il potere disciplinare ovvero, comunque, preferisca attendere l'esito del giudizio penale, potrà sempre ricorrere all'istituto dell'allontanamento temporaneo dal servizio (pur se con mantenimento della retribuzione) e rinviare alla definizione del giudizio penale l'eventuale adozione di un provvedimento disciplinare (cfr. art. 33 del ccnl 11 luglio 1999 per le aree professionali ed i quadri direttivi e art. 5 del ccnl 1° dicembre 2000 per i dirigenti).

Analogo percorso può essere previsto negli accordi individuali con i lavoratori parasubordinati, nei limiti in cui lo stesso sia compatibile con il tipo di attività svolta da costoro e con il rapporto giuridico esistente.

Ciò posto in termini generali, deve ora esaminarsi il sistema sanzionatorio prefigurato dal d.lgs. n. 231/2001, tenendo presente che l'interesse da esso tutelato è di natura pubblicistica e, già solo per tale ragione, non perfettamente coincidente con quello cui è funzionalizzato l'esercizio del potere disciplinare tradizionalmente inteso (ossia l'interesse privato dell'azienda). Ciò non esclude, tuttavia, la possibilità di procedere ad una sorta di assimilazione tra i due sistemi, sia pure entro i limiti che più avanti verranno indicati.

5.3. Inadempimento e soggetti in posizione apicale

Le considerazioni svolte nel paragrafo precedente consentono di chiarire, rispetto ai soggetti in posizione apicale, come il precetto legislativo, che impone di adottare un sistema disciplinare, debba necessariamente essere adempiuto esplicitando, nell'ambito del rapporto in essere con la banca (di lavoro subordinato e/o di parasubordinazione e/o di amministrazione) la rilevanza delle violazioni (qualsiasi o quale) poste in essere rispetto alla normativa in esame ai fini di una anticipata risoluzione del rapporto stesso, o dell'adozione di altre possibili sanzioni.

Dette sanzioni potranno essere individuate dalla banca avendo sempre presente sia il ruolo e l'attività svolta dai soggetti, sia il carattere, per così dire, della *effettività* di cui le stesse sanzioni dovranno essere dotate, vale a dire della idoneità delle varie misure a svolgere (ma, prima ancora, ad essere percepite in tali termini dai potenziali destinatari) in via preventiva una funzione deterrente e, successivamente alla loro adozione, una funzione realmente sanzionatoria.

5.4. Il sistema disciplinare ed i soggetti sottoposti all'altrui direzione: i lavoratori subordinati

Come è noto, la previsione e l'attuazione di un sistema disciplinare per i lavoratori subordinati, costituisce un elemento connaturato (in virtù di quanto previsto dagli artt. 2086, 2094 e 2106 c.c.) al rapporto di lavoro stesso e si estrinseca attraverso l'elaborazione di un codice disciplinare e l'applicazione delle misure ivi contenute.

Tale circostanza agevola, evidentemente, l'attuazione delle disposizioni di cui al decreto, atteso che la disciplina generale (e, con essa, gli strumenti già in essere) in tema di codice e sanzioni disciplinari, resta ferma e perfettamente applicabile anche con riguardo a quanto previsto nella normativa in esame.

Da tale premessa consegue che, una volta esplicitata, nelle forme ritenute opportune, la rilevanza disciplinare degli inadempimenti di cui trattasi – con l'espressa previsione di una estensione delle sanzioni previste nel codice disciplinare già in uso in ogni banca anche alle ipotesi di violazione dei precetti di cui al modello – ciò che rileva veramente è l'attività di vigilanza e controllo che dovrà essere posta in essere sia per prevenire il verificarsi di illeciti sia per consentirne la tempestiva censura¹⁸.

Il modello, pertanto, deve prevedere e regolamentare anche l'aspetto da ultimo indicato e le modalità attraverso le quali il sistema gerarchico già esistente, chiamato ad operare con rinnovata consapevolezza in ordine ai rischi connessi ai reati, dovrà curarne l'attuazione.

In proposito si deve sottolineare come, dal contenuto del decreto, sembri emergere l'intento di attribuire anche ai dipendenti un ruolo attivo nella prevenzione e nell'accertamento degli illeciti. A tale riguardo, il meccanismo tradizionale del "riferire al proprio superiore" potrebbe non essere sufficiente, specie se la situazione di rischio deriva proprio da una prassi introdotta dal superiore gerarchico ovvero da un comportamento di quest'ultimo.

Può, quindi, essere utile che la banca preveda la possibilità di azionare canali di comunicazione interna, attraverso i quali i dipendenti possano riferire direttamente all'organismo di controllo - di cui all'art. 6, comma 1, lett. b) del decreto - sui comportamenti illeciti eventualmente riscontrati¹⁹.

5.5. L'applicazione del sistema disciplinare (procedure e pubblicità)

Il fatto che, come sopra rilevato, per i lavoratori subordinati le esigenze di cui al decreto in esame possano essere adeguatamente soddisfatte attraverso la semplice integrazione del codice disciplinare già esistente presso le banche, fa sì che sia sufficiente rinviare ai modelli gestionali che si sono consolidati nei trent'anni di vigenza dell'art. 7 l. n. 300/1970, anche in ragione del consolidarsi della giurisprudenza di merito e di legittimità in ordine agli adempimenti richiesti per garantire la conoscenza preventiva del lavoratore del rapporto inadempimento-sanzione (codice disciplinare, pubblicità, affissione, ecc.), il rispetto delle modalità procedurali (contestazione dell'addebito, diritto di difesa, termini dilatori, tempestività, ecc.) e degli ambiti di esercizio del potere (sanzioni tipiche, proporzionalità, licenziamento disciplinare, ecc.).

6. Il modello nell'ambito dei rapporti di lavoro parasubordinato e autonomo

6.1. I lavoratori parasubordinati

¹⁸ Su tale attività, del resto, lo stesso art. 7 del decreto pone l'accento. Infatti, il modello di mera organizzazione e di gestione previsto per l'attività dei soggetti in posizione apicale diventa, per i soggetti sottoposti all'altrui direzione, un modello di organizzazione, di gestione e di controllo.

¹⁹ Molte società straniere, allo scopo di tutelare il dipendente da ritorsioni, hanno scelto il sistema dell'*ombudsman* interno oppure hanno istituito delle *hot lines*, allo scopo di fornire al dipendente medesimo una linea diretta di comunicazione con l'azienda.

Nell'ipotesi in cui vi siano attività dell'ente svolte da soggetti legati da un rapporto di parasubordinazione, è necessario che la banca, in relazione all'opera da questi specificamente resa, renda loro note le regole aziendali (i modelli organizzativi) che informano tali attività, così che risultino vincolati ad esse.

Il decreto pone alcuni problemi di carattere interpretativo in ordine alla possibilità di includere i lavoratori parasubordinati nel novero dei "soggetti sottoposti all'altrui direzione".

L'uso dell'espressione "*direzione e vigilanza*" supporta la tesi della necessità di un più o meno intenso vincolo di subordinazione. Diversamente opinando si correrebbe il rischio di introdurre una vera e propria responsabilità oggettiva in capo all'ente.

Nondimeno, l'aver utilizzato genericamente la parola "*persone*" in luogo di "*dipendenti*", induce a ritenere che il legislatore abbia voluto fare riferimento non solo ai lavoratori subordinati, ma anche ai lavoratori legati all'ente da rapporti di collaborazione e, comunque, sottoposti ad una più o meno intensa attività di vigilanza e direzione da parte dell'ente.

I rapporti di parasubordinazione (quali ad esempio quelli con promotori finanziari o consulenti esterni), pur avendo natura autonoma, si caratterizzano per la *continuità* della prestazione e la *coordinazione* della stessa con l'attività del destinatario della prestazione.

Ebbene, mentre il requisito della *continuità* è ravvisabile anche quando si tratti di prestazione unica, ma richiedente un'attività prolungata ed una interazione fra le parti dopo la conclusione del contratto non limitata ai momenti dell'accettazione dell'opera e del versamento del corrispettivo; il requisito della *coordinazione* consiste nella connessione funzionale tra l'attività del prestatore d'opera e quella del destinatario della prestazione, sicché l'*opus* realizzato rappresenti il risultato della loro collaborazione.

Date queste premesse, deve ritenersi che la banca – ai fini che qui interessano – possa essere chiamata a rispondere anche dell'operato dei lavoratori parasubordinati (sempre che, ovviamente, ricorrano le condizioni generali previste dal decreto ai fini della sussistenza di una responsabilità dell'ente in questione).

Naturalmente, anche in questo caso, è opportuno compiere una "mappatura" dei rischi.

Infatti, è possibile che la particolare attività o il ruolo del lavoratore parasubordinato rendano inverosimile ovvero estremamente difficile che egli possa commettere - nell'interesse o a vantaggio dell'ente - uno dei reati previsti dal decreto.

6.2. Il sistema disciplinare ed i lavoratori parasubordinati

In relazione al sistema disciplinare, la posizione del lavoratore parasubordinato diverge, evidentemente, da quella dei lavoratori subordinati, con la conseguenza, tanto ovvia quanto necessaria, che la banca non dovrà dotarsi di un sistema disciplinare in senso stretto, potendo piuttosto evidenziare nella disciplina del contratto individuale la rilevanza dell'inadempimento nelle materie che qui interessano ai fini di una risoluzione anticipata del rapporto.

Perché questo possa avvenire, i collaboratori dovranno essere messi in condizione di conoscere il modello organizzativo (o il codice etico) introdotto dalla banca (anche con adeguati interventi formativi finalizzati ad esplicitare i comportamenti dovuti positivi e/o omissivi, nonché i riflessi degli inadempimenti sulla banca stessa).

La banca dovrà al contempo esplicitare nel contratto individuale (o, se questo è già in essere, in apposita lettera integrativa della regolamentazione del rapporto sottoscritta per accettazione dopo il processo formativo di cui al capoverso che precede) gli inadempimenti ritenuti rilevanti ai fini della risoluzione anticipata del rapporto (ritenendosi gli altri sostanzialmente assorbiti da un tollerante esercizio del potere dissuasivo proprio di ogni rapporto paritario di collaborazione).

6.3. I lavoratori autonomi

La banca non è tenuta a garantire il rispetto del modello da parte di lavoratori autonomi che non rientrino nella categoria dei soggetti aventi un rapporto organico con essa.

La caratteristica del rapporto che interessa tali lavoratori (ad esempio i liberi professionisti) e che lo differenzia da quello di lavoro subordinato e parasubordinato, è proprio la totale autonomia ed auto-direzione del soggetto.

Difetta, in altre parole, anche il profilo della coordinazione tipica del rapporto di parasubordinazione, poiché il contenuto specifico dell'attività gestoria risulta da determinazioni affidate alle scelte discrezionali del lavoratore stesso.

Per definizione, dunque, questi lavoratori non possono essere fatti rientrare nella seconda categoria delineata dal decreto (quella dei soggetti sottoposti all'altrui direzione).

7. I modelli organizzativi nell'ambito del gruppo bancario

Ogni banca, anche se appartenente ad un gruppo, valuta l'opportunità di dotarsi di un sistema organizzativo, in funzione delle proprie dimensioni e della attività svolta, secondo quanto espresso nei precedenti paragrafi.

Fermo restando l'opportunità che ciascuna società valuti autonomamente le iniziative da assumere, sarà cura della capogruppo - anche al fine di contenere i costi e di migliorare l'efficienza e l'efficacia dei modelli elaborati dalle società appartenenti al gruppo - informare le controllate degli indirizzi da essa assunti in relazione alla prevenzione dei reati di cui al d.lgs. n. 231/2001 e suggerire criteri generali cui queste potranno uniformarsi, verificandone l'applicazione.

Testo del decreto-legge 25 settembre 2001, n. 350 coordinato con la legge di conversione 23 novembre 2001, n. 409

“Disposizioni urgenti in vista dell’introduzione dell’euro, in materia di tassazione dei redditi di natura finanziaria, di emersione di attività detenute all’estero, di cartolarizzazione e di altre operazioni finanziarie”

(in Gazzetta Ufficiale n. 274 del 24 novembre 2001)

Sezione II

DISPOSIZIONI CONTRO LA FALSIFICAZIONE DELL'EURO

Art. 4.

Tutela penale delle banconote e delle monete in euro non ancora emesse

1. Al decreto legislativo 24 giugno 1998, n. 213, dopo l'articolo 52-ter è inserito il seguente titolo:

«Titolo IX

DISPOSIZIONI A TUTELA DELLE BANCONOTE E MONETE METALLICHE IN EURO NON AVENTI CORSO LEGALE

Art. 52-quater.

Falsificazione di banconote e monete in euro non aventi corso legale

1. Agli effetti della legge penale, alle monete aventi corso legale nello Stato sono equiparate le banconote e le monete metalliche in euro che ancora non hanno corso legale, nonché i valori di bollo espressi in moneta euro non aventi ancora corso legale.

2. L'equiparazione stabilita dal comma 1 ha efficacia per i reati commessi prima del 1° gennaio 2002.

3. Per i delitti previsti dagli articoli 453, 454, 455, 456, 457, 459, 460, 461 e 464 del codice penale commessi entro la data di cui al comma 2, le pene rispettivamente stabilite sono diminuite di un terzo, salvo che, nei casi di falsificazione, il colpevole abbia posto in circolazione le monete o i valori di bollo successivamente a tale data.

Art. 52-quinquies.

Responsabilità amministrativa degli enti per falsità in monete euro non aventi corso legale

1. Per i delitti indicati nell'articolo 25-bis del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, che hanno ad oggetto banconote o monete metalliche in euro che ancora non hanno corso legale ovvero valori di bollo espressi in moneta euro che ancora non ha corso legale, si applicano all'ente le sanzioni pecuniarie previste dal citato articolo 25-bis, diminuite di un terzo. La diminuzione non opera nei casi di falsificazione quando il colpevole ha posto in circolazione le monete o i valori di bollo successivamente al 31 dicembre 2001.»

Riferimenti normativi:

— Il decreto legislativo 24 giugno 1998, n. 213, recante «Disposizione per l'introduzione dell'euro nell'ordinamento nazionale, a norma dell'art. 1, comma 1, della legge 17 dicembre 1997, n. 433», è pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* 8 luglio 1998, n. 157, supplemento ordinario.

Art. 5.

*Acquisto o detenzione di ologrammi
Modifica dell'articolo 461 del codice penale*

01. Al primo comma dell'articolo 461 del codice penale, dopo la parola: «filigrane», sono inserite le seguenti: «, programmi informatici».

1. Nell'articolo 461 del codice penale, dopo il primo comma è aggiunto il seguente: «La stessa pena si applica se le condotte previste dal primo comma hanno ad oggetto ologrammi o altri componenti della moneta destinati ad assicurarne la protezione contro la contraffazione o l'alterazione.»

Riferimenti normativi:

— Si riporta il testo dell'art. 461 del codice penale, così come modificato dalla presente legge:

«Art. 461 (Fabbricazione o detenzione di filigrane o di strumenti destinati alla falsificazione di monete, di valori di bollo o di carta filigranata). — Chiunque fabbrica, acquista, detiene o aliena filigrane, programmi informatici o strumenti destinati esclusivamente alla contraffazione o alterazione di monete, di valori di bollo o di carta filigranata è punito, se il fatto non costituisce un più grave reato, con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da lire duecentomila a un milione.

La stessa pena si applica se le condotte previste dal primo comma hanno ad oggetto ologrammi o altri componenti della moneta destinati ad assicurare la protezione contro la contraffazione o l'alterazione.»

Art. 6.

Responsabilità amministrativa degli enti

1. Dopo l'articolo 25 del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, è inserito il seguente:

«Art. 25-bis (Falsità in monete, in carte di pubblico credito e in valori di bollo). — 1. In relazione alla commissione dei delitti previsti dal codice penale in materia di falsità in monete, in carte di pubblico credito e in valori di bollo, si applicano all'ente le seguenti sanzioni pecuniarie:

a) per il delitto di cui all'articolo 453 la sanzione pecuniaria da trecento a ottocento quote;

b) per i delitti di cui agli articoli 454, 460 e 461 la sanzione pecuniaria fino a cinquecento quote;

c) per il delitto di cui all'articolo 455 le sanzioni pecuniarie stabilite dalla lettera a), in relazione all'articolo 453, e dalla lettera b), in relazione all'articolo 454, ridotte da un terzo alla metà;

d) per i delitti di cui agli articoli 457 e 464, secondo comma, le sanzioni pecuniarie fino a duecento quote;

e) per il delitto di cui all'articolo 459 le sanzioni pecuniarie previste dalle lettere a), c) e d) ridotte di un terzo;

f) per il delitto di cui all'articolo 464, primo comma, la sanzione pecuniaria fino a trecento quote.

2. Nei casi di condanna per uno dei delitti di cui agli articoli 453, 454, 455, 459, 460 e 461 del codice penale, si applicano all'ente le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, per una durata non superiore ad un anno.»

Riferimenti normativi:

— Il decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, recante «Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'art. 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300», è pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* 19 giugno 2001, n. 140.

Decreto Legislativo 11 aprile 2002, n. 61

“Disciplina degli illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali, a norma dell’articolo 11 della legge 3 ottobre 2001, n. 366”

(in Gazzetta Ufficiale n. 88 del 15 aprile 2002)

Art. 3.

Responsabilità amministrativa delle società

1. La rubrica della sezione III del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, è sostituita dalla seguente: «Responsabilità amministrativa da reato».

2. Dopo l'articolo 25-bis del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, è inserito il seguente:

«Articolo 25-ter (*Reati societari*). — 1. In relazione ai reati in materia societaria previsti dal codice civile, se commessi nell'interesse della società, da amministratori, direttori generali o liquidatori o da persone sottoposte alla loro vigilanza, qualora il fatto non si fosse realizzato se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi inerenti alla loro carica, si applicano le seguenti sanzioni pecuniarie:

a) per la contravvenzione di false comunicazioni sociali, prevista dall'articolo 2621 del codice civile, la sanzione pecuniaria da cento a centocinquanta quote;

b) per il delitto di false comunicazioni sociali in danno dei soci o dei creditori, previsto dall'articolo 2622, primo comma, del codice civile, la sanzione pecuniaria da centocinquanta a trecentotrenta quote;

c) per il delitto di false comunicazioni sociali in danno dei soci o dei creditori, previsto dall'articolo 2622, terzo comma, del codice civile, la sanzione pecuniaria da duecento a quattrocento quote;

d) per la contravvenzione di falso in prospetto, prevista dall'articolo 2623, primo comma, del codice civile, la sanzione pecuniaria da cento a centotrenta quote;

e) per il delitto di falso in prospetto, previsto dall'articolo 2623, secondo comma, del codice civile, la sanzione pecuniaria da duecento a trecentotrenta quote;

f) per la contravvenzione di falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni delle società di revisione, prevista dall'articolo 2624, primo comma, del codice civile, la sanzione pecuniaria da cento a centotrenta quote;

g) per il delitto di falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni delle società di revisione, previsto dall'articolo 2624, secondo comma, del codice civile, la sanzione pecuniaria da duecento a quattrocento quote;

h) per il delitto di impedito controllo, previsto dall'articolo 2625, secondo comma, del codice civile, la sanzione pecuniaria da cento a centottanta quote;

i) per il delitto di formazione fittizia del capitale, previsto dall'articolo 2632 del codice civile, la sanzione pecuniaria da cento a centottanta quote;

l) per il delitto di indebita restituzione dei conferimenti, previsto dall'articolo 2626 del codice civile, la sanzione pecuniaria da cento a centottanta quote;

m) per la contravvenzione di illegale ripartizione degli utili e delle riserve, prevista dall'articolo 2627 del codice civile, la sanzione pecuniaria da cento a centotrenta quote;

n) per il delitto di illecite operazioni sulle azioni o quote sociali o della società controllante, previsto dall'articolo 2628 del codice civile, la sanzione pecuniaria da cento a centottanta quote;

o) per il delitto di operazioni in pregiudizio dei creditori, previsto dall'articolo 2629 del codice civile, la sanzione pecuniaria da centocinquanta a trecentotrenta quote;

p) per il delitto di indebita ripartizione dei beni sociali da parte dei liquidatori, previsto dall'articolo 2633 del codice civile, la sanzione pecuniaria da centocinquanta a trecentotrenta quote;

q) per il delitto di illecita influenza sull'assemblea, previsto dall'articolo 2636 del codice civile, la sanzione pecuniaria da centocinquanta a trecentotrenta quote;

r) per il delitto di aggio, previsto dall'articolo 2637 del codice civile, la sanzione pecuniaria da duecento a cinquecento quote;

s) per i delitti di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza, previsti dall'articolo 2638, primo e secondo comma, del codice civile, la sanzione pecuniaria da duecento a quattrocento quote;

3. Se, in seguito alla commissione dei reati di cui al comma 1, l'ente ha conseguito un profitto di rilevante entità, la sanzione pecuniaria è aumentata di un terzo.»

RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA DEGLI ENTI
PER REATI PREVISTI DAL CODICE PENALE

(artt. 24, 25, 25 bis d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231)

PREMESSA

1. L'esame dei reati contemplati nel D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231 postula una necessaria premessa di ordine generale in ordine alla qualifica soggettiva degli operatori bancari, elemento che assume particolare rilievo ai fini della configurabilità dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione contemplati nel decreto.

Come noto la riforma del codice penale avvenuta nel 1990, accogliendo la concezione funzionale-oggettiva delle nozioni di pubblico ufficiale ed incaricato di pubblico servizio, ha avallato le conclusioni cui erano già pervenute, alla fine degli anni '80, dottrina e giurisprudenza in ordine alla natura privatistica dell'attività bancaria ordinaria svolta dagli enti creditizi pubblici o privati, operanti in regime concorrenziale. Il Testo Unico bancario ha poi ulteriormente ribadito la validità di tale conclusione, confermando, all'art. 10, che "la raccolta di risparmio tra il pubblico e l'esercizio del credito costituiscono l'attività bancaria. Essa ha carattere di impresa".

Conseguentemente, ai dipendenti e funzionari degli enti creditizi nello svolgimento di operazioni inerenti all'ordinaria attività bancaria, quale ad esempio la raccolta del risparmio e/o l'erogazione del credito, non possono più essere attribuite le qualifiche soggettive di cui agli artt. 357 e 358 c.p.

Tuttavia, l'accoglimento della qualificazione privatistica della normale attività bancaria non esclude la connotazione pubblicistica di altre attività. In particolare, la giurisprudenza della Suprema Corte ha ritenuto – pur sulla base di argomentazioni che invero a volte prescindono dal solido ancoraggio al dettato degli artt. 357 e 358 c.p. – che lo statuto penale della pubblica amministrazione possa essere applicato ai dipendenti e funzionari della banca per le attività che esulano dalla gestione ordinaria del credito, quali:

- a) operazioni che attengono alla *costituzione o all'estinzione dell'Ente*, al *funzionamento dei suoi organi statutari*, all'*esercizio dei poteri di organizzazione ed amministrazione degli utili* (cfr. Cass. pen., 18.12.1989, in *Riv. pen.*, 1989, 849);

- b) operazioni che attengono all'attività di intermediazione bancaria consistente nella distribuzione di *titoli del debito pubblico* (Cass. pen., S.U., 16.7.1987, Tuzet);
- c) operazioni svolte in campo *monetario, valutario, fiscale e finanziario*, in sostituzione di enti pubblici non economici, nella veste di banche agenti o delegate: in tale categoria rientra, ad esempio, l'attività di riscossione dell'IVA (Cass. pen., sez. VI, 24.4.1997, Sbrocca);
- d) operazioni relative alle attività di concessione e gestione dei "*crediti di scopo legale*" e a quelle rientranti nel settore dei c.d. "*crediti speciali o agevolati*": "*questi tipi di credito – si è infatti rilevato – gravano in varia misura sulla finanza pubblica, normalmente sono erogati attraverso un provvedimento pubblico di natura concessoria o autorizzatoria, sono soggetti a revoca ed assistiti da privilegi e procedure particolari. Inoltre, le categorie dei destinatari e i presupposti per ottenerli sono stabiliti dalla legge e la loro gestione è affidata ad istituti speciali o a sezioni speciali di normali istituti che vigilano perché il credito abbia la destinazione voluta dall'ente finanziatore*" (Cass. pen., S.U., 16.7.1987, Tuzet);
- e) operazioni relative all'erogazione dei *crediti agrari agevolati*. Al riguardo, si è infatti osservato che tali crediti assumono rilievo pubblicistico, anche dopo le modifiche introdotte dal nuovo Testo Unico bancario, in quanto aventi natura di finanziamenti di scopo legale, il cui credito viene concesso in vista di una specifica utilizzazione che va individuata nell'interesse pubblico al sostegno e all'incremento dell'attività agricola (in questo senso, cfr. Trib. Milano, 15.1.1998, Oglio. Peraltro, in senso contrario, cfr. Cass. pen., Sez. VI, 17.6.1985, Marocchini, che ha rilevato come l'attività di erogazione dei crediti agrari si esplica attraverso strumenti negoziali tipici del diritto privato, circostanza che induce ad escludere la natura pubblicistica di questa attività).

2. L'altra imprescindibile premessa che si ritiene di dover prospettare concerne i limiti oggettivi della responsabilità degli enti per i reati commessi dai dipendenti o dai soggetti posti in posizione apicale. Si ricorda, al riguardo, che, ai sensi dell'art. 5 del decreto in esame, "*l'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio:*

- a) *da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso;*
- b) *da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a)."*

La norma, inoltre, al comma 2, esclude espressamente la responsabilità dell'ente nell'ipotesi in cui le persone sopra indicate abbiano agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi.

E' evidente dunque che i reati che saranno oggetto della successiva disamina potranno venire in considerazione ai fini che qui rilevano, comportando una responsabilità dell'ente, nelle sole ipotesi in cui il dipendente o il funzionario della banca abbiano agito non, eventualmente in danno dell'istituto, per arrecare a sé o ad altri un vantaggio, ma nell'interesse, esclusivo o concorrente, della banca stessa.

ART. 24

INDEBITA PERCEZIONE DI EROGAZIONI, TRUFFA IN DANNO DELLO STATO O DI UN ENTE PUBBLICO O PER IL CONSEGUIMENTO DI EROGAZIONI PUBBLICHE E FRODE INFORMATICA IN DANNO DELLO STATO O DI UN ENTE PUBBLICO

316-bis. Malversazione a danno dello Stato

Chiunque, estraneo alla pubblica amministrazione, avendo ottenuto dallo Stato o da altro ente pubblico o dalle Comunità europee contributi, sovvenzioni o finanziamenti destinati a favorire iniziative dirette alla realizzazione di opere od allo svolgimento di attività di pubblico interesse, non li destina alle predette finalità, è punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni.

ESAME DELLA FATTISPECIE

La disposizione in esame – unitamente a quelle contenute negli artt. 316 *ter* e 640 *bis* c.p. – è finalizzata alla repressione dei fenomeni di “frode nelle sovvenzioni”, con riferimento sia alle ipotesi di indebita captazione che di quelle di illecita utilizzazione di risorse pubbliche. La figura delittuosa mira, in particolare, a punire tutti quei casi di abusi successivi all'erogazione di sovvenzioni (e, quindi, inidonei ad integrare il delitto di truffa in erogazioni pubbliche punito dall'art. 640 *bis*), consistenti nell'impiego di finanziamenti ottenuti dallo Stato, da altri enti pubblici o dalle Comunità europee per finalità diverse da quelle per la realizzazione delle quali erano stati concessi (cfr. Cass. pen., Sez. VI, 15.12.1992, Scotti, RV. 193155).

Soggetto attivo del reato è “chiunque, estraneo alla pubblica amministrazione” e, dunque, secondo l'interpretazione prevalente, tutti i soggetti estranei all'apparato organizzativo della pubblica amministrazione, comprese quelle figure – come, per esempio, le società a partecipazione statale – che operano all'interno di modelli organizzatori in cui la Pubblica Amministrazione interviene in maniera significativa, ma che, tuttavia, non possono certo essere annoverate tra i soggetti facenti parte dell'apparato organizzativo della P.A.

Più precisamente, si ritiene di dover escludere dal novero dei soggetti attivi del reato *de quo* soltanto quei soggetti che appartengono a quegli specifici settori della P.A. preposti alle procedure di erogazione e/o controllo delle sovvenzioni.

Presupposto del reato in esame è l'avvenuta erogazione da parte di un ente pubblico in favore del soggetto attivo di una somma per la realizzazione di opere di interesse pubblico. Al riguardo, la nozione di *finanziamento pubblico* ricomprende tutti quei rapporti in cui la temporanea creazione di disponibilità finanziarie avviene per intervento diretto o indiretto dei pubblici poteri ed in cui l'utilizzazione per il fine convenuto corrisponde ad uno specifico interesse pubblico, di volta in volta individuato. Indipendentemente, dunque, dalla denominazione assunta dalle singole erogazioni, queste dovranno avere due caratteristiche: l'aver per oggetto somme di denaro di provenienza pubblica e l'essere concesse a condizioni più favorevoli di quelle di mercato, in vista del fine di pubblica utilità cui esse sono destinate.

Più precisamente, la norma in esame distingue tra sovvenzioni, contributi (che la dottrina amministrativistica riconduce alla più ampia categoria delle sovvenzioni) e finanziamenti in senso stretto: *contributi* sono dei concorsi in spese per attività e iniziative finalizzate al raggiungimento di obiettivi promozionali e produttivi e possono essere in conto capitale e/o conto interessi: i primi sono erogazioni a fondo perduto che vengono assegnati a chi si trova in determinate condizioni; i secondi, consistono nell'accollo da parte dello Stato e degli enti pubblici di parte degli interessi dovuti per operazioni di credito, talvolta dell'intero ammontare. La misura del contributo è determinata dalle singole leggi e varia in relazione a parametri prefissati. Le *sovvenzioni* sono attribuzioni pecuniarie a fondo perduto, ossia senza obbligo di restituzione e possono avere carattere periodico o *una tantum*, misura fissa o determinata in base a parametri variabili, natura vincolata all'*an* e al *quantum* o di pura discrezionalità. I *finanziamenti* in senso stretto, viceversa, sono atti negoziali (operazioni di credito) con cui lo Stato finanzia un soggetto il quale, a sua volta, si obbliga a restituire la somma erogatagli a medio o a lungo termine, con pagamento in parte, o integralmente, degli interessi da parte dello Stato o di altro ente pubblico. I finanziamenti si caratterizzano per l'esistenza di un'obbligazione di destinazione delle somme ricevute al fine specifico preventivamente determinato, per l'esistenza di un'obbligazione di restituzione, nonché per l'esistenza di ulteriori e diversi altri oneri. Rientrano nel concetto di finanziamento anche tutti i crediti agevolati cui fa riferimento l'art. 640 *bis* c.p., restando invece esclusi i finanziamenti aventi rilievo squisitamente privatistico.

Ai fini che qui rilevano, si evidenzia che, nell'ambito del finanziamento, il rapporto può essere bilaterale (in tal caso coinvolgendo solo l'Ente erogatore e il beneficiario) o trilaterale: in quest'ultima ipotesi si ha un rapporto complesso in cui il provvedimento di concessione accede ad un sottostante rapporto di credito fra soggetto destinatario del finanziamento ed istituto di credito speciale. L'intervento nel finanziamento pubblico dell'istituto di credito – sia esso pubblico o privato – non toglie al finanziamento stesso il carattere di erogazione pubblica in quanto l'agevolazione del credito erogato incide sullo Stato o sull'ente pubblico.

Le opere e le attività oggetto delle erogazioni devono essere di *pubblico interesse*, requisito la cui sussistenza è da valutarsi con riferimento non soltanto alla provenienza pubblica del finanziamento, ma, anche e soprattutto, alla natura dell'opera o dell'attività (cfr. Cass. pen., sez. VI, 21.8.1998, La Forgia, RV. 212238).

La *condotta*, punendo il fatto di chi non “destina” le somme ricevute a titolo di “contributi, sovvenzioni o finanziamenti” alle finalità per cui sono state erogate, presuppone, come si è detto, l'avvenuta erogazione della sovvenzione pubblica e si sostanzia nella frustrazione dell'interesse pubblicistico sotteso alla medesima (cfr. Cass. pen., sez. VI, 17.9.1998, RV. 213047). In tale contesto, è irrilevante la *diversa finalità* a cui siano destinate le somme: *impiego totale o parziale delle somme a profitto proprio o altrui* (Cass. pen., sez. VI, 17.9.1998, Casentini); *risparmio sull'originario preventivo di spesa* (in tale ipotesi peraltro la dottrina ritiene sussistente il reato nel caso in cui sia ravvisabile un obbligo di rendiconto finanziario, il che comporta l'esistenza di un vincolo di destinazione anche quantitativo); ovvero *mancata utilizzazione delle somme finanziate*. Per quanto concerne tale ultima eventualità, peraltro, la dottrina distingue vari casi: si esclude ad esempio la sussistenza del reato nell'ipotesi in cui il beneficiario depositi le somme erogate su un conto transitorio infruttifero e, profilandosi ad esempio la difficoltà di dare subito esecuzione all'opera o all'attività finanziaria, avverta di ciò l'ente erogatore, chiedendo, nel contempo, istruzioni in ordine all'eventuale restituzione

delle somme: in tal caso mancherebbe infatti il requisito della destinazione delle somme ad una finalità diversa. A conclusione diversa deve invece pervenirsi per le ipotesi in cui le somme vengano depositate su conto fruttifero.

Controverso è invece il caso in cui le somme vengano destinate ad una *finalità di pubblico interesse diversa da quella sottostante l'erogazione*: la dottrina prevalente ritiene configurabile il reato nell'ipotesi di specie, posto che la fattispecie in esame sarebbe imperniata non già sulla frustrazione di un interesse pubblico generico, bensì su quella di un interesse specifico e vincolante. Nel caso di opere *realizzate in tutto o in parte anteriormente all'atto di erogazione*, ossia con anticipazione delle somme da parte del successivo beneficiario del finanziamento, si esclude la sussistenza del reato in esame, in considerazione del sostanziale rispetto delle finalità pubbliche.

Per quanto concerne i rapporti con il successivo art. 640 *bis* c.p., la dottrina e la giurisprudenza prevalenti ritengono possibile la configurabilità delle due figure in *concorso* tra loro: così, ad esempio, nell'ipotesi in cui il privato abbia ottenuto la sovvenzione mediante artifici o raggiri e poi non l'abbia destinata alla finalità prevista (cfr. Cass. pen., sez. I, 7.11.1998, RV. 211494). Peraltro, si è anche autorevolmente sostenuto l'applicabilità, in tali ipotesi, del solo art. 640 *bis* c.p., rappresentando, la mancata destinazione alle finalità previste dei fondi indebitamente percepiti, nell'ambito di una evidente progressione offensiva, un mero *post factum* non punibile.

PROFILI PROBLEMATICI

Per quanto concerne gli operatori bancari (siano essi funzionari o dipendenti), il reato in oggetto potrà configurarsi sia nell'ipotesi in cui le sovvenzioni in oggetto siano, in qualsiasi forma e per finalità di interesse pubblico, erogate a favore dell'istituto bancario perché ne fruisca direttamente, per lo svolgimento di attività o la realizzazione di iniziative di rilievo pubblicistico; sia, ipotesi molto frequente, perché si faccia tramite, nell'ambito di un rapporto di tipo trilaterale, della loro distribuzione ai privati destinatari dell'erogazione.

Nella prima ipotesi non sembra sussistere alcun problema in ordine alla configurabilità, in capo ai soggetti posti ai vertici dell'istituto, del reato in oggetto nel caso in cui la banca – ricevuti legittimamente i finanziamenti – non li destini alle finalità previste: in tal caso, ove sussistano i presupposti oggettivi e soggettivi richiesti dagli artt. 5 e 6 del decreto, si configurerà altresì una concorrente responsabilità amministrativa dell'ente.

Più complessa appare l'ipotesi in cui la condotta illecita venga in essere nel caso in cui la banca sia chiamata solo a volgere una funzione di tramite nella procedura di erogazione di un finanziamento a favore di un privato. Infatti, posto che, nella maggior parte dei casi, i contributi cui fa riferimento l'art. 316 *bis* c.p. assumono la forma di *crediti di scopo legale*, ovvero *crediti speciali o agevolati*, ovvero ancora *crediti agricoli agevolati*, è evidente, per quanto si è in precedenza osservato, che la loro distrazione da parte di soggetti interni alla banca (intranee alla procedura di erogazione e non destinatari della medesima) comporterà la sussistenza, in luogo della fattispecie in esame e vista la ritenuta qualifica pubblicistica degli operatori bancari nello svolgimento di attività inerenti tali servizi, dei reati di *peculato*, *abuso d'ufficio* (eventualmente anche in concorso con il privato destinatario dell'erogazione) ovvero, ove ne sussistano i requisiti, *corruzione*. Al riguardo è importante notare che soltanto in quest'ultima ipotesi, unica, tra quelle citate, ad essere contemplata nel decreto in esame, la responsabilità per la condotta illecita del funzionario o del dipendente si estenderà

anche, ai sensi dell'art. 25 del decreto, alla persona giuridica, ovviamente soltanto nell'ipotesi in cui l'operatore abbia agito nell'interesse o comunque a vantaggio della banca.

Sul punto, si precisa che una parte, invero minoritaria, della dottrina ritiene che, ove l'incaricato di pubblico servizio si appropria, in concorso con il privato, dei suddetti finanziamenti, risponderà sia del reato di malversazione in danno dello Stato, sia dello specifico ulteriore delitto contro la pubblica amministrazione che venga eventualmente in considerazione: l'opinione, stante l'identità di beni giuridici sottesi alle fattispecie, appare però da respingere.

Diversamente, il reato in esame potrà configurarsi in capo all'operatore bancario (comportando, sussistendo i requisiti oggettivi e soggettivi richiesti dalla legge, la responsabilità amministrativa della banca) ove - ipotesi invero remota - il finanziamento erogato dallo Stato per tramite dell'istituto bancario e distratto dall'operatore con la complicità del destinatario non assuma rilievo pubblicistico, non sussistendo in tale ipotesi la qualifica di incaricato di pubblico servizio in capo al medesimo operatore addetto alla procedura.

316 ter. Indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato

Salvo che il fatto costituisca il reato previsto dall'articolo 640-bis, chiunque mediante l'utilizzo o la presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi o attestanti cose non vere, ovvero mediante l'omissione di informazioni dovute, consegue indebitamente, per sé o per altri, contributi, finanziamenti, mutui agevolati o altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati dallo Stato, da altri enti pubblici o dalle Comunità europee è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.

Quando la somma indebitamente percepita è pari o inferiore a lire sette milioni settecentoquarantacinquemila si applica soltanto la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro da dieci a cinquanta milioni di lire. Tale sanzione non può comunque superare il triplo del beneficio conseguito.

ESAME DELLA FATTISPECIE

Tale disposizione normativa – dichiaratamente complementare rispetto a quella, più ampia, prevista dall'art. 640 bis c.p. – è stata di recente introdotta, nel contesto degli interventi legislativi in materia di frodi agli interessi statali e comunitari, al fine di punire una particolare modalità di realizzazione del reato di truffa in erogazioni pubbliche. La condotta prevede infatti le ipotesi in cui l'erogazione pubblica sia conseguita a mezzo dell'esibizione di documentazione falsa ovvero per l'omissione di informazioni dovute. Tali ipotesi non potevano essere fatte rientrare, salvo ingiustificabili forzature del dato normativo, tra le condotte sanzionate all'art. 640 bis: le une (quelle cioè attinenti ad ipotesi di uso o presentazione di documenti falsi) in quanto, secondo la dottrina e la più recente giurisprudenza, *“il semplice mendacio non è idoneo ad integrare gli estremi degli artifici o raggiri”* (Cass. pen., sez. II, 24.7.1997, in *Foro it.*, 1999, II, 130. In termini più espliciti, cfr. Cass. pen., 13.1.1998, RV. 209587: *“la condotta di chi consegue indebitamente sovvenzioni comunitarie mediante esposizione di dati e notizie falsi è perseguibile ai sensi dell'art. 640 bis cod. pen. ove al mendacio si accompagni un quid pluris, cioè un'attività fraudolenta che vada ben oltre la semplice esposizione dei dati falsi”*); le seconde, posto che, per la prevalente dottrina,

le ipotesi omissive, stante la natura vincolata della condotta prevista, non sarebbero riconducibili allo schema della truffa.

Per quanto concerne l'individuazione del *soggetto attivo*, si richiamano in questa sede le considerazioni già espresse nel commento all'art. 316 *bis* c.p.

Quanto all'*elemento oggettivo*, si nota che, per ragioni di semplificazione probatoria, la norma in esame introduce un reato di mera condotta, essendo sufficiente, ai fini della consumazione, il semplice utilizzo o presentazione di documentazione falsa, ovvero la mancata comunicazione di un dato rilevante: si prescinde dunque del tutto dall'induzione in errore del soggetto passivo e dalla causazione di un danno concreto, elementi invece richiesti ai fini della consumazione del reato di cui all'art. 640 *bis* c.p.

Quanto all'oggetto della condotta si può fare rinvio a quanto già precisato *sub* art. 316 *bis*: infatti, ancorché la norma, oltre ai contributi e alle sovvenzioni, faccia riferimento anche ai "*mutui agevolati*" e ad "*altre erogazioni dello stesso tipo*", è evidente l'intento legislativo, comune alla precedente disposizione, di garantire la tutela di ogni possibile forma di attribuzione comunque agevolata di risorse pubbliche o comunitarie, prescindendo da ogni criterio puramente nominalistico.

PROFILI PROBLEMATICI

Valgono, al riguardo, le considerazioni già espresse in ordine alla possibilità di configurare il reato in esame in capo agli operatori bancari: pertanto, la banca sarà chiamata anch'essa a rispondere in sede penale ove la condotta illecita sia stata posta in essere dai suoi funzionari, in tal modo assicurando all'istituto un finanziamento al quale non avrebbe diritto.

Nell'ipotesi in cui soggetto attivo del reato sia invece un cliente della banca, la responsabilità dell'ente sussisterà nell'ipotesi in cui taluno dei suoi dipendenti o funzionari sia concorso nel reato di questi, agendo nell'interesse o a vantaggio dell'istituto. Al riguardo, giova precisare che la mera, colposa omissione di controlli da parte della banca deputata all'erogazione del finanziamento non si ritiene possa valere a configurare la responsabilità dell'ente: sia perché gli artt. 316 *bis* e 316 *ter* richiedono la sussistenza del dolo, sia e soprattutto in quanto, ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p., ai fini della configurabilità di una responsabilità per omesso controllo, occorre che sussista un preciso obbligo giuridico di impedire il reato, non ravvisabile nel caso di specie.

Si ribadisce peraltro che, ove il contributo rientri tra quelli la cui gestione comporta la sussistenza in capo all'operatore bancario della qualifica di incaricato di pubblico servizio, il dipendente o il funzionario risponderanno, eventualmente in concorso con il privato, dei reati di peculato, falso in atto pubblico, abuso d'ufficio o corruzione. Soltanto in tale ultima ipotesi potrà ravvisarsi, ai sensi dell'art. 25 del decreto, una concorrente responsabilità amministrativa dell'ente.

640. Truffa

Chiunque, con artifici o raggiri, inducendo taluno in errore, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da lire centomila a due milioni.

La pena è della reclusione da uno a cinque anni e della multa da lire seicentomila a tre milioni:

1. se il fatto è commesso a danno dello Stato o di un altro ente pubblico o col pretesto di far esonerare taluno dal servizio militare;

2. se il fatto è commesso ingenerando nella persona offesa il timore di un pericolo immaginario o l'erroneo convincimento di dovere eseguire un ordine dell'autorità.

Il delitto è punibile a querela della persona offesa, salvo che ricorra taluna delle circostanze previste dal capoverso precedente o un'altra circostanza aggravante.

ESAME DELLA FATTISPECIE

La disposizione in esame è presa in considerazione, al fine di fondare una concorrente responsabilità amministrativa dell'ente, con esclusivo riferimento alle ipotesi aggravate di cui al comma 2, n. 1, e dunque nel caso in cui il reato sia commesso in danno dello Stato o di altro ente pubblico ovvero, ipotesi di scarso rilievo ai fini che qui interessano, col pretesto di far esonerare taluno dal servizio militare.

Per quanto concerne gli elementi strutturali del reato, la fattispecie prevede un reato comune, commissibile dunque da chiunque, attraverso artifici o raggiri, determini due diversi e complementari eventi: l'induzione di taluno in errore, da cui consegue, a seguito del compimento di un atto di disposizione patrimoniale, un profitto per l'autore del reato o per terzi e un danno per la vittima.

Per quanto concerne l'ipotesi aggravata che qui viene in considerazione, è opportuno ribadire che la responsabilità della banca per reati commessi dai suoi dipendenti e funzionari può venire in considerazione solo ove il reato sia posto in essere nell'interesse o a vantaggio dell'ente: pertanto, si deve preliminarmente escludere dall'oggetto del presente esame l'ipotesi in cui la banca sia *soggetto passivo* del reato posto in essere da un suo dipendente, ipotesi che, come noto, è considerata in modo contrastante dalla giurisprudenza che ha talvolta ritenuto sussistente l'aggravante di cui all'art. 640 comma 2, n. 1 (cfr. Cass. pen., 16.3.1992, Guerrieri, RV. 189488).

PROFILI PROBLEMATICI

La casistica collegata a tale ipotesi di reato può dirsi, invero, assai ampia: i dipendenti e, ancor più, i funzionari degli istituti bancari, non diversamente da qualsiasi altro soggetto privato, ovvero anche in concorso con questo, possono integrare in vari modi la fattispecie in esame: si pensi, ad esempio, a truffe perpetuate ai danni di enti previdenziali, ovvero di amministrazioni locali o ripartizioni di queste, attraverso dichiarazioni mendaci o altre condotte fraudolente. In tutte queste ipotesi, ove il reato sia commesso dal dipendente o dal funzionario dell'ente a vantaggio o nell'interesse della banca, potrà astrattamente configurarsi, quanto meno dal punto di vista oggettivo, una concorrente responsabilità dell'istituto in sede penale.

Conformemente a quanto più volte ribadito, occorre precisare che il reato in esame non potrà essere imputato all'istituto creditizio ai sensi del decreto n. 231 del 2001 in tutte le ipotesi in cui possa ravvisarsi un interesse pubblicistico affidato alla tutela o comunque alla gestione della banca: il riferimento, strettamente consequenziale alle osservazioni compiute in premessa, è agli illeciti astrattamente configurabili da parte di funzionari o dipendenti in relazione, ad esempio, alle operazioni che attengono all'attività di intermediazione bancaria consistente nella distribuzione di *titoli del debito pubblico*, ovvero alle operazioni svolte in campo *monetario, valutario, fiscale e finanziario* (si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui, attraverso artifici contabili, l'operatore di sportello distraiga, in favore della banca, somme versate dai contribuenti e incassate nell'ambito dell'attività di riscossione dell'IVA). In tali casi, infatti, per quanto più volte osservato, troveranno applicazione, in luogo dell'ipotesi di truffa

aggravata in danno dello Stato, le norme in materia di peculato (ove il soggetto abbia il possesso o comunque la disponibilità del bene) o abuso d'ufficio.

Peraltro, in un'ottica di estremo rigore e nell'intento di colmare le lacune del decreto in esame, si può ipotizzare che la giurisprudenza, in sede di applicazione della nuova normativa e al fine di estendere la responsabilità del singolo operatore all'intera struttura sociale, ritenga di poter ipotizzare in tali casi la sussistenza di entrambi i reati (peculato e truffa aggravata ai danni dello Stato), stante la diversa oggettività giuridica che li contraddistingue.

640 bis. Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche

La pena è della reclusione da uno a sei anni e si procede d'ufficio se il fatto di cui all'articolo 640 riguarda contributi, finanziamenti, mutui agevolati ovvero altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità europee.

ESAME DELLA FATTISPECIE

La disposizione in esame si inserisce nel contesto cui si è già fatto cenno delle norme in materia di repressione delle frodi commesse da privati nella fase propedeutica alla concessione delle sovvenzioni pubbliche.

Per quanto concerne la condotta ed il soggetto attivo si rinvia a quanto già osservato in materia di truffa, cui l'art. 640 bis fa espresso richiamo: al riguardo, si segnala che la giurisprudenza prevalente ritiene che la fattispecie in esame, nonostante la formulazione letterale della norma e il tenore della rubrica, costituisca una ipotesi autonoma di reato e non una circostanza aggravante (cfr. Cass. pen., 27.10.2000, Biffo, RV. 217130. In senso opposto, tuttavia, cfr. Cass. pen., 17.4.2000, Volpe, RV. 217105).

Quanto all'oggetto materiale della frode, questo consiste in ogni attribuzione economica agevolata erogata da Enti pubblici, comunque denominata: contributi e sovvenzioni, finanziamenti, mutui agevolati. Come più volte evidenziato, caratteristiche comuni di tali forme di erogazione sono: la provenienza dallo Stato, da altro ente pubblico o dalle Comunità europee e la rilevanza pubblica dell'operazione, che giustifica l'onerosità unilaterale per chi dà le condizioni di favore e chi le riceve.

PROFILI PROBLEMATICI

In ordine a tale aspetto si rinvia a quanto ripetutamente osservato, con particolare riferimento al commento agli artt. 316 ter e 640, ipotesi, si è detto, complementari, quanto alla condotta, a quella in esame.

640 ter. Frode informatica

Chiunque, alterando in qualsiasi modo il funzionamento di un sistema informatico o telematico o intervenendo senza diritto con qualsiasi modalità su dati, informazioni o programmi contenuti in un sistema informatico o telematico o ad esso pertinenti, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da lire centomila a due milioni.

La pena è della reclusione da uno a cinque anni e della multa da lire seicentomila a tre milioni se ricorre una delle circostanze previste dal numero 1) del

secondo comma dell'articolo 640, ovvero se il fatto è commesso con abuso della qualità di operatore del sistema.

Il delitto è punibile a querela della persona offesa, salvo che ricorra taluna delle circostanze di cui al secondo comma o un'altra circostanza aggravante.

ESAME DELLA FATTISPECIE

La fattispecie in esame è diretta a reprimere le ipotesi di illecito arricchimento conseguito attraverso l'impiego fraudolento di un sistema informatico, fenomeno che si verifica ogniqualevolta si attui una interferenza con il regolare svolgimento di un processo di elaborazione di dati al fine di ottenere, come conseguenza della alterazione del risultato della elaborazione, uno spostamento patrimoniale ingiustificato. L'interferenza può realizzarsi in varie forme: in fase di raccolta ed inserimento dei dati, in fase di elaborazione, in fase di emissione. In tutti questi casi l'intervento dell'uomo avviene sulla memoria di un elaboratore, di talché la fattispecie, pur figlia della più generale figura della truffa, da questa si discosta non richiedendo l'elemento dell'induzione in errore di un soggetto, posto che in tal caso l'arricchimento patrimoniale consegue alla forzatura di un sistema informatico. Occorre peraltro sottolineare che la fattispecie in oggetto assume rilievo, ai fini della presente indagine, soltanto nell'ipotesi in cui il fatto sia commesso in danno dello Stato o di altro ente pubblico.

Quanto alla *condotta*, essa consiste in qualsiasi alterazione del funzionamento di un sistema informatico (apparecchi che forniscono beni o servizi e sono gestiti da un elaboratore, quali, ad esempio, distributori automatici di banconote), ovvero nell'intervenire (in qualsiasi modo), *senza averne il diritto*, su dati, informazioni o programmi contenuti nel sistema o ad esso pertinenti, procurando in tal modo a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno. Così, ad esempio, costituisce un intervento senza diritto sui dati contenuti in un sistema informatico la modificazione delle informazioni relative alla situazione di un conto corrente, intestato ad un ente pubblico, sul quale si riflettono le conseguenze dell'operazione economica realizzata da chi ha conseguito abusivamente l'accesso al sistema: si pensi in particolare, ma non solo, ai servizi, sempre più diffusi, di *home banking*, attraverso i quali i clienti possono eseguire una serie di operazioni bancarie – come disporre del denaro depositato sul proprio conto per pagare fatture o per effettuare bonifici – servendosi del proprio computer domestico ed accedendo al sistema informatico della banca attraverso un apposito codice di identificazione.

PROFILI PROBLEMATICI

Si tratta, all'evidenza, di una norma di particolare interesse per quanto concerne l'attività degli operatori bancari che, sempre più di frequente, si svolge attraverso l'impiego di tecnologie avanzate e strumenti informatici.

Data la recente introduzione della norma, la giurisprudenza non è stata ancora in grado di elaborare una casistica dalla quale si possano trarre elementi per l'analisi dei rischi connessi a tale reato. L'esperienza straniera ci consente però di delineare alcune ipotesi problematiche di un certo interesse: in Germania, ad esempio, si è verificato un caso, certamente riconducibile alla fattispecie in esame sotto il profilo della alterazione di un sistema informatico, in cui, al fine di non lasciare tracce di alcune operazioni di ingente ammontare, i dirigenti di una banca alteravano la procedura di registrazione elettronica dei contratti valutari conclusi, attivando l'apposito comando di interruzione,

disponibile sulla tastiera del computer: l'operazione veniva quindi registrata sul nastro perforato, sulla cui base l'elaboratore centrale redigeva il bilancio della banca.

ART. 25

CONCUSSIONE E CORRUZIONE

317. Concussione

Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri costringe o induce taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o ad un terzo, denaro o altra utilità, è punito con la reclusione da quattro a dodici anni.

ESAME DELLA FATTISPECIE

La pertinenza di tale fattispecie al tema in esame è inevitabilmente connessa alle osservazioni svolte in premessa: è chiaro infatti che, irrilevanti i casi in cui la banca sia soggetto passivo del reato, una responsabilità concorrente della banca si delineerà solo nell'ipotesi in cui l'operatore bancario, nello svolgimento di attività di rilievo pubblicistico che gli conferiscano la qualifica di cui all'art. 358 c.p., costringa o induca taluno a farsi dare o promettere – nell'interesse o a vantaggio della banca – denaro o altra utilità.

Più in particolare, la *condotta* del reato in esame consiste nell'abuso dei poteri o della qualità, ossia nella strumentalizzazione da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato del pubblico servizio della propria qualifica soggettiva o delle attribuzioni ad essa connesse al fine immediato di costringere o indurre taluno alla dazione o alla promessa di prestazioni non dovute.

PROFILI PROBLEMATICI

L'ipotesi in oggetto potrà dunque ricorrere, nell'ambito dell'attività svolta dagli operatori bancari, in relazione a tutte quelle operazioni per le quali sussista la qualifica soggettiva di incaricato di pubblico servizio: si pensi ad esempio al caso in cui l'operatore, dipendente di una banca delegata da una pubblica amministrazione all'erogazione di una sovvenzione a favore di un privato, pretenda, per la corresponsione del dovuto, una percentuale sull'ammontare complessivo dell'erogazione, pena il mancato versamento della stessa, sulla base dell'inesistente e pretestuosa mancanza di requisiti formali. In tali ipotesi, vale la pena ribadirlo, ai fini della sussistenza di una concorrente responsabilità della banca, è necessario che l'operatore, funzionario o dipendente, agisca, in via concorrente o autonoma, nell'interesse o a vantaggio dell'istituto creditizio.

318. Corruzione per un atto d'ufficio

Il pubblico ufficiale, che, per compiere un atto del suo ufficio, riceve, per sé o per un terzo, in denaro od altra utilità, una retribuzione che non gli è dovuta, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.

Se il pubblico ufficiale riceve la retribuzione per un atto d'ufficio da lui già compiuto, la pena è della reclusione fino a un anno.

319. Corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio

Il pubblico ufficiale che, per omettere o ritardare o per aver omesso o ritardato un atto del suo ufficio, ovvero per compiere o per aver compiuto un atto contrario ai doveri di ufficio, riceve, per sé o per un terzo, denaro od altra utilità, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da due a cinque anni.

319 bis. Circostanze aggravanti

La pena è aumentata se il fatto di cui all'articolo 319 ha per oggetto il conferimento di pubblici impieghi o stipendi o pensioni o la stipulazione di contratti nei quali sia interessata la pubblica amministrazione alla quale il pubblico ufficiale appartiene.

320. Corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio

Le disposizioni dell'articolo 319 si applicano anche all'incaricato di un pubblico servizio; quelle di cui all'articolo 318 si applicano anche alla persona incaricata di un pubblico servizio, qualora rivesta la qualità di pubblico impiegato.

In ogni caso, le pene sono ridotte in misura non superiore a un terzo.

321. Pene per il corruttore

Le pene stabilite nel primo comma dell'articolo 318, nell' articolo 319, nell' articolo 319-bis, nell' art. 319-ter, e nell'articolo 320 in relazione alle suddette ipotesi degli articoli 318 e 319, si applicano anche a chi dà o promette al pubblico ufficiale o all'incaricato di un pubblico servizio il denaro od altra utilità.

322. Istigazione alla corruzione

Chiunque offre o promette denaro od altra utilità non dovuti ad un pubblico ufficiale o ad un incaricato di un pubblico servizio che riveste la qualità di pubblico impiegato, per indurlo a compiere un atto del suo ufficio, soggiace, qualora l'offerta o la promessa non sia accettata, alla pena stabilita nel primo comma dell'articolo 318, ridotta di un terzo.

Se l'offerta o la promessa è fatta per indurre un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio ad omettere o a ritardare un atto del suo ufficio, ovvero a fare un atto contrario ai suoi doveri, il colpevole soggiace, qualora l'offerta o la promessa non sia accettata, alla pena stabilita nell'articolo 319, ridotta di un terzo.

La pena di cui al primo comma si applica al pubblico ufficiale o all'incaricato di un pubblico servizio che riveste la qualità di pubblico impiegato che sollecita una promessa o dazione di denaro od altra utilità da parte di un privato per le finalità indicate dall'articolo 318.

La pena di cui al secondo comma si applica al pubblico ufficiale o all'incaricato di un pubblico servizio che sollecita una promessa o dazione di denaro od altra utilità da parte di un privato per le finalità indicate dall'articolo 319.

322-bis. Peculato, concussione, corruzione e istigazione alla corruzione di membri degli organi delle Comunità europee e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri

Le disposizioni degli articoli 314, 316, da 317 a 320 e 322, terzo e quarto comma, si applicano anche:

1) ai membri della Commissione delle Comunità europee, del Parlamento europeo, della Corte di Giustizia e della Corte dei conti delle Comunità europee;

2) ai funzionari e agli agenti assunti per contratto a norma dello statuto dei funzionari delle Comunità europee o del regime applicabile agli agenti delle Comunità europee;

3) alle persone comandate dagli Stati membri o da qualsiasi ente pubblico o privato presso le Comunità europee, che esercitino funzioni corrispondenti a quelle dei funzionari o agenti delle Comunità europee;

4) ai membri e agli addetti a enti costituiti sulla base dei Trattati che istituiscono le Comunità europee;

5) a coloro che, nell'ambito di altri Stati membri dell'Unione europea, svolgono funzioni o attività corrispondenti a quelle dei pubblici ufficiali e degli incaricati di un pubblico servizio.

Le disposizioni degli articoli 321 e 322, primo e secondo comma, si applicano anche se il denaro o altra utilità è dato, offerto o promesso:

1) alle persone indicate nel primo comma del presente articolo;

2) a persone che esercitano funzioni o attività corrispondenti a quelle dei pubblici ufficiali e degli incaricati di un pubblico servizio nell'ambito di altri Stati esteri o organizzazioni pubbliche internazionali, qualora il fatto sia commesso per procurare a sé o ad altri un indebito vantaggio in operazioni economiche internazionali.

Le persone indicate nel primo comma sono assimilate ai pubblici ufficiali, qualora esercitino funzioni corrispondenti, e agli incaricati di un pubblico servizio negli altri casi.

ESAME DELLA FATTISPECIE

L'ipotesi in oggetto appare più problematica rispetto a quella di concussione precedentemente analizzata, potendo la responsabilità dell'ente sussistere sia nel caso in cui l'operatore bancario assuma la veste del corruttore, sia nel caso in cui assuma – con esclusivo riferimento alle ipotesi, indicate in premessa, di sussistenza dei requisiti soggettivi – quella del corrotto.

Per tale ultima ipotesi, valgono le stesse considerazioni formulate con riferimento alla fattispecie di concussione, con un'unica precisazione: ai sensi dell'art. 320, le pene previste per il delitto di cui all'art. 319 (c.d. corruzione propria, ossia quella che comporta, da parte del soggetto qualificato, il compimento di un "atto contrario ai doveri d'ufficio") si estendono anche ai soggetti incaricati di un pubblico servizio; le pene previste invece dall'art. 318 (c.d. corruzione impropria, ossia quella che si verifica quando oggetto del mercimonio è un "atto conforme ai doveri d'ufficio" del pubblico ufficiale) si estendono soltanto agli incaricati di pubblico servizio che siano altresì pubblici dipendenti: pertanto, il reato di cui all'art. 318 c.p. non potrà configurarsi (con conseguente esclusione della responsabilità dell'ente) nelle ipotesi in cui l'operatore bancario accetti denaro per il compimento di atti conformi ai doveri del suo ufficio, ovviamente inerenti ad attività connotate da rilievo pubblicistico.

Per quanto concerne invece l'ipotesi in cui l'operatore bancario agisca nelle vesti di corruttore (dunque come privato), occorre precisare che questi, stante il dettato dell'art. 321, nei casi di c.d. corruzione impropria, ossia in relazione al compimento di atti dell'ufficio, risponderà solo nell'ipotesi in cui il pagamento o la promessa avvengano prima del compimento dell'atto, ossia nei casi di c.d. corruzione impropria antecedente.

Sempre in ordine all'ipotesi in esame, si ricorda che, ai sensi dell'art. 322 *bis*, richiamato nel decreto, la veste del corrotto può oggi essere assunta anche da soggetti appartenenti non solo all'amministrazione statale, ma anche a quella di organismi di livello internazionale dell'Unione europea.

Precisati i profili soggettivi della fattispecie, si ricorda, in estrema sintesi, che il reato in esame si distingue da quello di concussione per il fatto che, in quest'ultimo caso, il pubblico ufficiale si giova dello stato di paura o timore creato nel soggetto passivo atto a viziare o elidere la volontà o indurlo ad esaudire l'illecita pretesa al fine di evitare gravi nocuenti; nell'ipotesi di corruzione, invece, privato e pubblico agente operano su un piano di sostanziale parità.

Quanto alla *condotta* del reato in esame, come si è osservato essa si distingue a seconda che la promessa o la dazione dell'indebito vantaggio avvengano prima (corruzione antecedente) o dopo il compimento dell'atto (corruzione susseguente); nonché a seconda che oggetto del mercimonio sia un atto proprio dell'ufficio del pubblico agente (corruzione impropria), ovvero un atto contrario ai doveri d'ufficio del medesimo (corruzione propria).

PROFILI PROBLEMATICI

Rinviando a quanto già osservato nel commentare la fattispecie di concussione in ordine alle ipotesi in cui l'operatore bancario assuma la veste del corrotto (ipotesi che, come si è detto, postula la sussistenza in capo al medesimo della qualifica di incaricato di pubblico servizio), rimangono da esaminare le ipotesi in cui i funzionari o dipendenti dell'istituto agiscano, nell'interesse dello stesso, quali corruttori di pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio.

Si tratta, come noto, di ipotesi non infrequenti nella prassi e diffuse anche sul piano internazionale, tanto da indurre il legislatore ad ampliare il novero dei possibili "corrotti" anche ai funzionari di organismi sovranazionali.

L'esperienza degli ultimi anni ha portato alla luce numerosi episodi di corruzione di pubblici amministratori, parlamentari o magistrati realizzati da organi direttivi di società e persone giuridiche nell'intento di assicurare all'ente vantaggi illeciti di vario genere ovvero di evitare pregiudizi, quali quelli derivanti, ad esempio, dall'esecuzione di provvedimenti di natura sanzionatoria o comunque pregiudizievoli, ovvero da accertamenti amministrativi (quali, ad esempio, quelli fiscali, antinfortunistici o da parte di autorità garanti o organismi ispettivi).

Per quanto concerne in particolare gli operatori bancari, settori particolarmente problematici, oltre a quelli già citati, sono quelli connessi alla attribuzione, da parte della pubblica amministrazione, di sovvenzioni e contributi, ovvero concessioni, abilitazioni o autorizzazioni di vario genere, ipotesi in cui spicca, ovviamente, quella inerente l'esercizio stesso di attività relative alla gestione del credito. Vengono ancora in considerazione attività inerenti la stipulazione di contratti, connotati da riflessi pubblicistici, con la pubblica amministrazione (ipotesi che comporta sia per l'ente che

per la persona fisica un aumento della pena prevista), nonché i settori relativi ai rapporti con la Banca d'Italia, con la Consob o con le già citate autorità garanti.

In tali ipotesi, ove gli organi di gestione dell'istituto creditizio, al fine di assicurare all'ente l'indebito vantaggio, derivante, ad esempio dall'assunzione o l'approvazione di provvedimenti favorevoli, ovvero dall'accelerazione di pratiche in corso, ovvero ancora dal ritardo o dall'omissione di provvedimento sfavorevoli alla banca (quali ad esempio revoche di benefici o controlli ispettivi), corrispondano o promettano ai pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio denaro o altra utilità, potrà configurarsi una responsabilità dell'ente, congiunta ovviamente a quella delle persone fisiche, ai sensi dell'art. 25 del decreto.

319-ter. Corruzione in atti giudiziari

Se i fatti indicati negli articoli 318 e 319 sono commessi per favorire o danneggiare una parte in un processo civile, penale o amministrativo, si applica la pena della reclusione da tre a otto anni.

Se dal fatto deriva l'ingiusta condanna di taluno alla reclusione non superiore a cinque anni, la pena è della reclusione da quattro a dodici anni; se deriva l'ingiusta condanna alla reclusione superiore a cinque anni o all'ergastolo, la pena è della reclusione da sei a venti anni.

ESAME DELLA FATTISPECIE

La norma in esame introduce un autonomo reato di corruzione, che si caratterizza rispetto a quelli precedentemente esaminati sotto il profilo del dolo specifico, che consiste nel fine di favorire o danneggiare una parte in un processo penale, civile o amministrativo, finalità particolarmente riprovevole che giustifica l'aumento di pena previsto dalla norma.

E' evidente che, ai fini che qui rilevano, l'operatore bancario potrà assumere, in relazione a tale ipotesi di reato, soltanto la veste di corruttore, dato che la particolare finalità prevista dalla norma individua con sufficiente precisione il novero dei possibili corrotti in tutti coloro che esercitano una funzione giudiziaria: del resto, l'art. 320, nel richiamare le norme applicabili ai fatti corruttivi posti in essere dall'incaricato di pubblico servizio, non menziona l'art. 319 *ter* c.p.

La responsabilità della persona giuridica potrà dunque sussistere per quei fatti corruttivi posti in essere dai suoi dipendenti e funzionari per favorire o danneggiare una parte in un processo: sul punto, si ricorda che parte di un processo civile è qualsiasi persona fisica o giuridica che abbia proposto o nei confronti della quale sia stata promossa una domanda giudiziale. Quanto al processo penale, sono parti l'imputato, l'indagato, il responsabile civile, la parte civile, la persona offesa, il civilmente obbligato per l'ammenda ed il Pubblico Ministero.

PROFILI PROBLEMATICI

Da quanto fin qui evidenziato appare evidente che risponderà del reato in esame - congiuntamente alla persona fisica autrice materiale del fatto - l'istituto di credito che, coinvolto (quale responsabile civile, civilmente obbligato, attore, convenuto ovvero corresponsabile ai sensi del D.lgs. n. 231 del 2001) in un processo il cui esito negativo potrebbe recargli un grave danno patrimoniale, decida di corrompere il giudice incaricato del processo al fine di conseguire un risultato favorevole.

Analoga situazione potrà altresì verificarsi, ancora, nel caso in cui la corruzione venga posta in essere per ottenere, al fine di preservare l'immagine della banca, il proscioglimento, nell'ambito di un processo penale, di propri amministratori imputati per ipotesi di *mala gestio*.

ART. 25 BIS

FALSITÀ IN MONETE, IN CARTE DI PUBBLICO CREDITO E IN VALORI DI BOLLO

Gli artt. 453, 454, 455, 457, 459, 460, 461 e 464 c.p., richiamati dall'art. 25 *bis* del D.lgs. 8 giugno 2001 n. 231, introdotto dal D.L. 25.9.2001, n. 350, si inquadrano nel contesto della tutela della *fede pubblica*, ossia dell'affidamento sociale nella genuinità ed integrità di alcuni specifici simboli, essenziale ai fini di un rapido e certo svolgimento del traffico economico.

In particolare, le norme penali richiamate dall'art. 25 D.lgs, n. 231 del 2001 fanno riferimento a condotte che hanno ad oggetto: monete (artt. 453, 454, 455, 457 c.p.); valori di bollo (art. 459, 464 c.p.); carte filigranate ed oggetti destinati al falso nummario (460, 461 c.p.). Oggetto materiale del reato è – innanzitutto e principalmente – la *moneta*, sia estera che nazionale, avente corso legale nello Stato o all'estero e che dunque assolve alla funzione di mezzo di pagamento con efficacia liberatoria. L'art. 458 c.p. – non richiamato nel decreto in esame ma avente certamente efficacia generale – equipara, agli effetti della legge penale, le carte di pubblico credito alle monete: ai sensi del comma 2 della citata norma, per carte di pubblico credito si intendono, oltre quelle che hanno corso legale come moneta, le carte e cedole al portatore emessa dai Governi e tutte le altre aventi corso legale emesse dai istituti a ciò autorizzati (ossia banconote, biglietti dello Stato, carte al portatore emesse dal Governo). Inoltre, ai sensi dell'art. 52 *quater* del D.Lgs. 24 giugno 1998, n. 213, introdotto dal citato D.L. 25.9.2001, n. 350, alle monete aventi corso legale nello Stato sono state equiparate le banconote e le monete metalliche in euro che ancora non hanno corso legale, nonché i valori di bollo espressi in moneta euro non aventi ancora corso legale. L'equiparazione, ovviamente, ha efficacia in relazione ai reati commessi prima del 1 gennaio 2001, posto che, dopo tale data, l'euro acquisterà corso legale, con conseguente pacifica integrazione, per le ipotesi di falsificazione, dei reati previsti dal Titolo VII del Libro II del codice penale.

453. Falsificazione di monete, spendita e introduzione nello Stato, previo concerto, di monete falsificate

E' punito con la reclusione da tre a dodici anni e con la multa da lire un milione a sei milioni:

- 1. chiunque contraffà monete nazionali (art. 458) o straniere, aventi corso legale nello Stato o fuori;*
- 2. chiunque altera in qualsiasi modo monete genuine, col dare ad esse l'apparenza di un valore superiore;*

3. chiunque, non essendo concorso nella contraffazione o nell'alterazione, ma di concerto con chi l'ha eseguita ovvero con un intermediario, introduce nel territorio dello Stato o detiene o spende o mette altrimenti in circolazione monete contraffatte o alterate;

4. chiunque, al fine di metterle in circolazione, acquista o comunque riceve, da chi le ha falsificate, ovvero da un intermediario, monete contraffatte o alterate.

ESAME DELLA FATTISPECIE

L'art. 453 c.p. sanziona quei comportamenti, da chiunque commessi, idonei a mettere in pericolo la certezza e l'affidabilità del traffico monetario, distinguendo quattro diverse modalità di condotta:

1) *contraffazione*, ossia la produzione di monete, da parte di chi non era autorizzato, in modo tale da ingannare il pubblico e quindi ledere gli interessi tutelati dalla norma;

2) *alterazione*, vale a dire la modifica delle caratteristiche materiali o formali di monete genuine, volta a creare l'apparenza di un valore superiore;

3) *introduzione, detenzione, spendita, messa in circolazione di concerto con chi l'ha eseguita o con un intermediario e fuori dalle ipotesi di concorso nell'alterazione o contraffazione*. La prima modalità di condotta consiste nel far giungere nel territorio dello Stato monete altrove contraffatte; la detenzione è rappresentata dal disporre, a qualsiasi titolo, anche momentaneamente, della moneta contraffatta o alterata; la spendita e la messa in circolazione, invece, sono rispettivamente integrate dall'utilizzare come mezzo di pagamento o dal far uscire dalla propria sfera di custodia, a qualsiasi titolo, la moneta suddetta. In tutte le ipotesi considerate da ultimo è necessario che il soggetto agente operi con la coscienza e volontà di trattare con un falsario o con un intermediario, ma si badi bene, non in esecuzione di un piano congegnato con l'autore materiale delle falsità (in quanto in tal caso risponderebbe, a titolo di concorso, nei reati di alterazione e contraffazione posti in essere dal falsario) bensì in forza di un accordo momentaneo;

4) *acquisto o ricezione di monete falsificate da parte di un contraffattore o di un intermediario al fine di metterle in circolazione*: l'acquisto rappresenta una vera e propria compravendita di monete falsificate ed è pertanto del tutto indifferente, ai fini della consumazione, che l'agente entri nel possesso delle monete stesse. La ricezione, invece, è integrata dal semplice rendersi destinatari delle predette monete per effetto di un trasferimento differente dalla compravendita. Ai fini della sussistenza del reato, è necessario che il soggetto agisca con la precisa finalità di mettere in circolazione le monete contraffatte o alterate.

PROFILI PROBLEMATICI

Per quanto riguarda i comportamenti tenuti dagli operatori bancari, eventuali profili di responsabilità per la persona giuridica possono prospettarsi, in particolare, in relazione alle condotte individuate nel n. 3) e 4) dell'art. 453 c.p., essendo invece remota la possibilità che soggetti interni ad un istituto creditizio pongano in essere, autonomamente o in concorso con terzi, nell'interesse della banca stessa, fatti di alterazione o contraffazione.

Le ipotesi descritte nei n. 3 e 4 presentano maggiori rischi per quanto attiene alla messa in circolazione delle monete falsificate e alla ricezione delle stesse al fine della messa in circolazione: è astrattamente possibile, infatti, che operatori bancari, di

concerto con i falsari, detengano e conseguentemente mettano in circolazione moneta falsa, procurando in tal modo un ingiusto vantaggio all'ente creditizio.

454. Alterazione di monete

Chiunque altera monete della qualità indicata nell'articolo precedente, scemandone in qualsiasi modo il valore, ovvero, rispetto alle monete in tal modo alterate, commette alcuno dei fatti indicati nei n. 3 e 4 del detto articolo, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da lire duecentomila a un milione.

La fattispecie descritta nell'art. 454 c.p. prevede due ipotesi di reato: il caso di colui che, rispetto alle monete indicate sub art. 453, le alteri facendone scemare il valore con qualsiasi mezzo (ad esempio sostituendo il materiale utilizzato con uno di qualità inferiore) e quello di colui che, rispetto alle monete così alterate, commette uno dei fatti indicati ai nn. 3 e 4 dell'art. 453 c.p.

In ordine a tale fattispecie, non emergono profili problematici connessi con l'esercizio dell'attività bancaria, salvo quelli già in precedenza evidenziati in relazione all'ipotesi di reato da ultimo considerata.

455. Spendita e introduzione nello Stato, senza concerto, di monete falsificate.

Chiunque, fuori dei casi preveduti dai due articoli precedenti, introduce nel territorio dello Stato, acquista o detiene monete contraffatte o alterate, al fine di metterle in circolazione, ovvero le spende o le mette altrimenti in circolazione, soggiace alle pene stabilite nei detti articoli, ridotte da un terzo alla metà.

ESAME DELLA FATTISPECIE

La previsione contenuta nell'art. 455 si riferisce ad un'ipotesi pressoché analoga a quella descritta nell'art. 453, n. 3 e 4, con la sola, significativa differenza costituita dalla mancanza del requisito del concerto del soggetto attivo con l'autore della falsificazione richiesto nella fattispecie precedentemente esaminata.

Di particolare rilievo, ai fini del presente esame, è l'analisi dell'elemento soggettivo del reato, consistente nel dolo generico. Parte della giurisprudenza ha tuttavia ritenuto che, per l'integrazione della fattispecie in esame, non occorra un'assoluta conoscenza della falsità delle monete nel momento in cui sono ricevute, essendo sufficiente anche il semplice dubbio in ordine alla loro natura (Cass. pen., 24.4.1990. Morabito, in *Giust. pen.*, 1991, II, 474). L'insussistenza di elementi che inducano a ritenere l'esistenza di tale forma di dolo eventuale, consistente per l'appunto nel dubbio in ordine alla genuinità dei valori trattati, condurrà all'applicazione della meno grave ipotesi prevista dall'art. 457 c.p.

PROFILI PROBLEMATICI

L'ipotesi in esame può presentare profili problematici in relazione alla possibile sussistenza di una responsabilità amministrativa dell'ente. Infatti, potrebbe essere chiamato a rispondere del reato in oggetto l'operatore bancario che metta dolosamente in circolazione monete contraffatte, senza avere una conoscenza certa della loro falsità, ma dubitando, al momento della loro ricezione, della loro autenticità,

nell'intento di evitare alla banca i pregiudizi o, semplicemente, i fastidi derivanti dal rilevare e denunciare la falsità delle monete ricevute.

457. Spendita di monete falsificate ricevute in buona fede.

Chiunque spende o mette altrimenti in circolazione monete contraffatte o alterate, da lui ricevute in buona fede, è punito con la reclusione fino a sei mesi o con la multa fino a lire due milioni.

ESAME DELLA FATTISPECIE

L'art. 457 c.p. prevede un'ipotesi meno grave rispetto a quelle in precedenza considerate di spendita di monete false in considerazione del particolare requisito soggettivo che sorregge il momento della ricezione delle monete, ossia la buona fede: nell'ipotesi considerata, dunque, il soggetto attivo acquista contezza della falsità solo dopo la ricezione dei valori e, nonostante tale consapevolezza, li mette in circolazione.

PROFILI PROBLEMATICI

La fattispecie in esame presenta profili di rischio analoghi a quelli già evidenziati in merito all'ipotesi di cui all'art. 455, pur con le differenze dovute al particolare atteggiarsi dell'elemento soggettivo del reato qui considerato. E' pertanto possibile che l'operatore bancario, ricevute in buona fede banconote della cui falsità non abbia avuto contezza, nemmeno in termini di semplice sospetto, al momento dell'incasso, consapevolmente decida poi, a vantaggio dell'istituto o semplicemente per evitare i fastidi derivanti dall'attivazione delle procedure previste in tali casi, di utilizzarle nelle operazioni di sportello, mettendole in tal modo in circolazione.

459. Falsificazione di valori di bollo, introduzione nello Stato, acquisto, detenzione o messa in circolazione di valori di bollo falsificati

Le disposizioni degli articoli 453, 455 e 457 si applicano anche alla contraffazione o alterazione di valori di bollo e alla introduzione nel territorio dello Stato, o all'acquisto, detenzione e messa in circolazione di valori di bollo contraffatti; ma le pene sono ridotte di un terzo.

Agli effetti della legge penale, si intendono per valori di bollo la carta bollata, le marche da bollo, i francobolli e gli altri valori equiparati a questi da leggi speciali.

464. Uso di valori di bollo contraffatti o alterati

Chiunque, non essendo concorso nella contraffazione o nell'alterazione, fa uso di valori di bollo contraffatti o alterati è punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa fino a lire un milione.

Se i valori sono stati ricevuti in buona fede, si applica la pena stabilita nell'articolo 457, ridotta di un terzo.

ESAME DELLA FATTISPECIE

Le norme in esame, nell'ambito delle disposizioni volte alla tutela della fede pubblica, mirano più specificamente a garantire la certezza e l'affidabilità del traffico giuridico con i *valori di bollo*. In particolar modo, l'art. 459 incrimina i comportamenti di cui agli artt. 453, 455, 457 c.p. (ossia contraffazione, alterazione, introduzione nel territorio dello Stato, acquisto, detenzione e messa in circolazione) commessi su valori di bollo, ossia, come specificato al secondo comma, carta bollata, marche da bollo e gli

altri valori equiparati a questi da leggi speciali (sono tali ad esempio le marche assicurative, i francobolli di Stati esteri, le cartoline, i biglietti postali, i bollettini e i francobolli per pacchi emessi dallo Stato, i francobolli emessi da altri enti pubblici o privati per concessione dello Stato).

In ordine alla condotta, si rinvia pertanto a quanto già osservato in sede di commento agli artt. 453 e 455 c.p.

L'art. 464, invece, sanziona il semplice uso dei valori citati da parte di chi non sia concorso nella loro contraffazione o alterazione, con la consapevolezza, sin dal momento della ricezione, della loro falsità. Consapevolezza che, invece, è nel secondo comma dell'art. 464, richiesta solo in relazione all'uso, posto che, ai fini dell'integrazione del reato di cui al comma 2, è necessario che i valori falsi siano stati ricevuti in buona fede.

PROFILI PROBLEMATICI

Dato il carattere peculiare dell'oggetto materiale del reato in esame, si ritiene invero assai remota la sussistenza di profili di rischio per gli operatori bancari in ordine a tale fattispecie.

460. Contraffazione di carta filigranata in uso per la fabbricazione di carte di pubblico credito o di valori di bollo

Chiunque contraffà la carta filigranata che si adopera per la fabbricazione delle carte di pubblico credito o dei valori di bollo, ovvero acquista, detiene o aliena tale carta contraffatta, è punito, se il fatto non costituisce un più grave reato, con la reclusione da due a sei anni e con la multa da lire seicentomila a due milioni.

461. Fabbricazione o detenzione di filigrane o di strumenti destinati alla falsificazione di monete, di valori di bollo o di carta filigranata

Chiunque fabbrica, acquista, detiene o aliena filigrane o strumenti destinati esclusivamente alla contraffazione o alterazione di monete, di valori di bollo o di carta filigranata è punito, se il fatto non costituisce un più grave reato, con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da lire duecentomila a un milione.

La stessa pena si applica se le condotte previste dal primo comma hanno ad oggetto ologrammi o altri componenti della moneta destinati ad assicurarne la protezione contro la contraffazione o l'alterazione.

ESAME DELLA FATTISPECIE

Nelle due ipotesi di reato considerate si attua una tutela indiretta della pubblica fede, mediante la configurazione di reati autonomi volti a punire atti preparatori rispetto ai delitti di falsificazione delle monete o dei valori di bollo.

PROFILI PROBLEMATICI

Dato il carattere peculiare dell'oggetto materiale del reato in esame (carta filigranata, filigrana, strumenti destinati esclusivamente alla falsificazione, ologrammi o altri componenti della moneta destinati a garantirne l'autenticità), si ritiene invero assai remota la sussistenza di profili di rischio per gli operatori bancari in ordine a tale fattispecie.

RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA DELLE SOCIETÀ
PER REATI PREVISTI DAL CODICE CIVILE

(art. 25 ter d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231)

PREMESSA

La categoria dei reati c.d. “*generali*”, ossia dei reati che non risultano strettamente connessi all’attività di raccolta del risparmio ed erogazione del credito e nella cui commissione la banca può dunque incorrere - tramite l’opera di persone fisiche che agiscano nell’interesse o a vantaggio dell’ente - non diversamente da altri enti, necessita oggi di una integrazione a seguito dell’entrata in vigore, in data 16 aprile 2002, del d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61, recante la “Disciplina degli illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali, a norma dell’art. 11 della legge 3 ottobre 2001, n. 366”.

Il d.lgs., nell’introdurre nel *corpus* originario del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, l’art. 25 ter, ha infatti sensibilmente aumentato il numero dei reati la cui commissione può implicare, sussistendone le condizioni oggettive e soggettive, una responsabilità amministrativa dell’ente, ricomprendendovi una parte degli illeciti oggi previsti dal riformato Titolo XI del libro V del codice civile (*Disposizioni penali in materia di società e consorzi*)¹: si tratta, più in particolare, dei reati di false comunicazioni sociali (art. 2621), false comunicazioni sociali in danno dei soci o dei creditori (art. 2622, commi 1 e 3), falso in prospetto (art. 2623, commi 1 e 2), falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni delle società di revisione (art. 2624, commi 1 e 2), impedito controllo (art. 2625, comma 2), formazione fittizia di capitale (art. 2632), indebita restituzione dei conferimenti (art. 2626), illegale ripartizione degli utili e delle riserve (art. 2627), illecite operazioni sulle azioni o quote sociali e della società controllante (art. 2628),

¹ Al riguardo, si ricorda che, ai sensi dell’art. 135 T.U. bancario, “le disposizioni contenute nei capi I, II e V del Titolo XI del libro V del codice civile si applicano a chi svolge funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso banche anche se non costituite in forma societaria”. E’ evidente che il mancato raccordo tra la disposizione in esame e la nuova disciplina dei reati societari è da considerarsi frutto di una svista da parte del legislatore, svista peraltro poco comprensibile in considerazione del fatto che la Commissione Giustizia del Senato aveva puntualmente richiamato l’attenzione dell’esecutivo su tale esigenza di coordinamento (seduta del 19 marzo 2002). Non v’è dubbio peraltro che lo statuto penale delle società previsto dal Titolo XI del codice civile si applichi – indipendentemente dal richiamo operato dall’art. 135 – anche alle banche costituite in forma di società. Nonostante dunque l’ormai limitata efficacia costitutiva della disposizione in esame, essendo oggi estremamente ridotto il numero degli istituti bancari non strutturati in forma societaria, qualche dubbio in ordine alle conseguenze di tale difetto di coordinamento potrebbe sorgere per i reati oggi previsti dal capo IV del Titolo XI del codice civile, non richiamato dall’art. 135 T.U. bancario e, soprattutto, posta la peculiare formulazione delle fattispecie di agiotaggio (art. 2637) e ostacolo all’esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza (art. 2638), espressamente indirizzate anche alle banche, per i reati di cui agli artt. 2632, 2633 e 2636 c.c.

operazioni in pregiudizio dei creditori (art. 2629), indebita ripartizione dei beni sociali da parte dei liquidatori (art. 2633), illecita influenza sull'assemblea (art. 2636), aggio (art. 2637), ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza (art. 2638 commi 1 e 2).

La responsabilità dell'ente resta invece esclusa per quanto riguarda gli illeciti previsti dal capo III del medesimo libro V del codice civile (omessa esecuzione di denunce, comunicazioni o depositi, art. 2630; omessa convocazione dell'assemblea, art. 2631), nonché per l'ipotesi di impedito controllo prevista dal primo comma dell'art. 2625: si tratta, infatti, di illeciti per i quali è oggi prevista la sola sanzione amministrativa laddove, come noto, il d.lgs. n. 231/2001 disciplina *la responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*².

Di natura sostanziale, invece, le ragioni che hanno indotto il legislatore ad escludere la responsabilità degli enti per i reati previsti dagli artt. 2634 (infedeltà patrimoniale) e 2635 (infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità). In tali ipotesi, infatti, la formulazione stessa delle fattispecie porta ad escludere che possa in concreto ricorrere il requisito dell'agire *“nell'interesse o a vantaggio della società”*, posto che il primo reato risulta integrato in presenza di un interesse del soggetto attivo in conflitto con quello della società e il secondo dalla sussistenza di un nocumento per la società.

Tuttavia, la scelta del legislatore determina una lacuna nel sistema: l'art. 2635, infatti, estende la punibilità del reato anche al “corrotto”, ossia a colui che abbia dato o promesso un'utilità ad amministratori di una società. La circostanza che l'art. 25 *ter* non contempli tale reato tra quelli alla cui commissione può conseguire una responsabilità dell'ente, esclude che possa essere chiamato a rispondere l'ente nel cui interesse abbia eventualmente agito il corrotto, ad esempio offrendo denaro agli amministratori di una società concorrente per avvantaggiare quella di appartenenza.

Sempre in termini generali, occorre evidenziare alcuni difetti di coordinamento tra il comma 1 dell'art. 25 *ter* ed i criteri generali di imputazione della responsabilità dell'ente fissati dagli artt. 5, 6 e 7 del d.lgs. n. 231/2001.

L'art. 25 *ter*, infatti, prevede la responsabilità dell'ente “in relazione ai reati in materia societaria previsti dal codice civile, *se commessi nell'interesse della società*”, laddove invece, come noto, l'art. 5 del decreto n. 231/2001 stabilisce che “l'ente è responsabile per i reati commessi *nel suo interesse o a suo vantaggio*”: la nuova disciplina sembrerebbe, dunque, introdurre una limitazione alle ipotesi di imputazione della responsabilità *ex criminis* alla persona giuridica, che sussisterebbe soltanto nell'ipotesi in cui il soggetto abbia agito perseguendo l'interesse dell'ente e non anche nell'ipotesi in cui l'ente abbia ricavato un vantaggio pure non perseguito dall'agente³.

² In tali ipotesi potrà peraltro configurarsi una responsabilità solidale dell'ente ai sensi dell'art. 6 della legge n. 689/1981, a norma del quale “*Il proprietario della cosa che servì o fu destinata a commettere la violazione o, in sua vece, l'usufruttuario o, se trattasi di bene immobile, il titolare di un diritto personale di godimento, è obbligato in solido con l'autore della violazione al pagamento della somma da questo dovuta se non prova che la cosa è stata utilizzata contro la sua volontà.*”

[...] *Se la violazione è commessa dal rappresentante o dal dipendente di una persona giuridica o di un ente privo di personalità giuridica o, comunque, di un imprenditore nell'esercizio delle proprie funzioni o incombenze, la persona giuridica o l'ente o l'imprenditore è obbligato in solido con l'autore della violazione al pagamento della somma da questo dovuta*”.

Peraltro, sempre a norma dell'art. 6, in tali casi “*chi ha pagato ha diritto di regresso per l'intero nei confronti dell'autore della violazione*”.

³ Si segnala al riguardo che lo stesso legislatore del 2001 mostra di utilizzare i termini – che pure differenzia da un punto di vista concettuale in sede di relazione – in maniera fungibile: ci si riferisce, in

Dubbi interpretativi suscita il riferimento compiuto in premessa dal medesimo art. 25 *ter* alla configurabilità di una responsabilità dell'ente solo “*qualora il fatto non si fosse realizzato se [gli amministratori, i direttori generali o i liquidatori] avessero vigilato in conformità degli obblighi inerenti alla loro carica*”⁴: ci si chiede dunque se tale criterio debba intendersi sostitutivo dei modelli di organizzazione ovvero complementare rispetto a questi ultimi⁵.

La prima conclusione è da escludere in quanto non vi è dubbio che l'obbligo di vigilanza di cui all'art. 7 del d.lgs. n. 231/2001 trova il proprio contenuto e la propria specificazione proprio nei modelli organizzativi che ne costituiscono dunque l'essenza, attribuendo concretezza ad un precetto altrimenti astratto⁶: si deve dunque ribadire l'importanza - anche ai fini della prevenzione dei reati societari - dell'adozione e concreta attuazione da parte della società dei modelli organizzativi.

Qualche ulteriore dubbio suscita, ancora, il restringimento operato dall'art. 25 *ter* quanto al novero delle persone fisiche la cui condotta criminosa può implicare la responsabilità dell'ente: la norma infatti, abbandonando la tecnica definatoria della clausola generale di natura oggettiva contenuta nell'art. 5 del d.lgs. n. 231/2001, fa specifico riferimento ai reati commessi “*da amministratori, direttori generali o liquidatori o da persone sottoposte alla loro vigilanza*”.

In realtà, la vistosa difformità tra le due previsioni normative - da imputarsi in parte ad una precisa scelta del legislatore, posta la natura propria della maggior parte dei

particolare, all'art. 5, comma 2, dove si esclude la responsabilità dell'ente nel caso in cui la persona fisica responsabile del reato abbia agito nel proprio esclusivo interesse.

⁴ È interessante segnalare che la Commissione del Senato aveva suggerito al Governo di eliminare tale ambiguo presupposto dal testo dell'art. 25 *ter*, rilevando come questa parte della norma apparisse “*pleonastica, in quanto meramente ripetitiva di quelli che sono i presupposti soggettivi della responsabilità dell'ente, che già sono compiutamente e articolatamente disciplinati negli articoli 5, 6 e 7 dello stesso decreto legislativo*”. Anzi, osservava ancora il Senato, “*la formulazione che lo schema propone potrebbe ingenerare dubbi sul piano interpretativo, in quanto potrebbe anche essere letta come limitativa dei presupposti della responsabilità dell'ente (si osservi, ad esempio, come essa letteralmente non preveda la responsabilità dell'ente, nel caso nel caso in cui il reato sia commesso da chi esercita di fatto la gestione dello stesso, essendo però tale risultato in contrasto non solo con il sistema delineato nei citati artt. 5, 6, e 7 del decreto legislativo n. 231 del 2001, ma anche con la direttiva di delega risultante dalla lettera e) dell'articolo 11 della legge n. 366 del 2001*”.

⁵ Si ricorda in proposito che nella “parte generale” del d.lgs. n. 231/2001 si stabilisce, all'art. 7, in merito alla responsabilità della persona giuridica per i reati commessi da soggetti sottoposti all'altrui direzione e vigilanza, che “*l'ente è responsabile se la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza*”. Tuttavia, in termini di assoluta chiarezza, si precisa che, “*in ogni caso, è esclusa l'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza se l'ente, prima della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi*”.

⁶ Si potrebbe al riguardo ipotizzare un intento del legislatore di rafforzare la tutela penale nel settore societario attraverso la previsione di una responsabilità dell'ente qualora gli amministratori, i direttori generali e i liquidatori della società, che pure aveva adottato ed efficacemente attuato il modello organizzativo, abbiano omesso di vigilare sull'operato dei sottoposti, configurando, dunque, una vera e propria *culpa in vigilando*. In tali casi si potrebbe altresì, in relazione ai - non numerosi - reati comuni previsti dal decreto, ipotizzare una concorrente responsabilità dei suddetti soggetti *ex art. 40 cpv. c.p.* per omesso controllo. Il problema si pone in realtà per i soli reati comuni di cui agli artt. 2623, 2636 e 2637 c.c.: in tali ipotesi la norma sembra infatti richiedere, accanto all'adozione dei modelli organizzativi, un obbligo di vigilanza da parte dei soggetti posti in posizione apicale, di talché essi potrebbero essere chiamati a rispondere, in concorso con gli autori del fatto, dei reati commessi in caso di omesso controllo. Tale conclusione, ancorché astrattamente giustificata dal tenore letterale della disposizione, risulta, lo si ribadisce, in contrasto con i principi generali in tema di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche fissati dalla legge delega.

reati previsti dal Titolo XI del codice civile - rischia di determinare incertezze sul piano applicativo soltanto con riferimento alla figura dell'amministratore di fatto, nonché a quella dei soggetti che svolgono funzioni di rappresentanza o di direzione di unità organizzative dotate di autonomia finanziaria e funzionale.

Al riguardo, bisogna però evidenziare, in ordine al novero dei *soggetti* la cui condotta può determinare una responsabilità della persona giuridica, che l'art. 2639 c.c., recependo un consolidato orientamento giurisprudenziale, equipara al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge, colui che è tenuto a svolgere la stessa funzione, ancorché diversamente qualificata, nonché, e soprattutto, chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri inerenti alla qualifica o alla funzione. La norma, dunque, estende le qualifiche soggettive alla cui sussistenza è condizionata la ricorrenza dei reati in esame anche a coloro che, pur essendone formalmente privi, le esercitano di fatto. La medesima disposizione prevede poi che, fuori dai casi di applicazione delle norme riguardanti i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, le disposizioni sanzionatorie relative agli amministratori si applichino anche a coloro che sono legalmente incaricati dall'autorità giudiziaria o dall'autorità pubblica di vigilanza di amministrare la società o i beni dalla stessa posseduti o gestiti per conto di terzi: è, ad esempio, il caso dei commissari straordinari nominati dalla Banca d'Italia ai sensi dell'art. 71 T.U. bancario in caso di crisi della banca.

La disposizione assume particolare valore e significato posto che la maggior parte delle fattispecie contemplate dal titolo XI del libro V del codice civile sono reati propri, che possono cioè essere realizzati soltanto da persone che rivestano una determinata qualifica: amministratori, direttori generali, sindaci, liquidatori, revisori, soci conferenti.

Ai fini che qui rilevano, rimane incerto se tale norma, oltre a far sorgere la responsabilità della persona fisica per i reati previsti dal titolo XI del codice civile, valga altresì ad imputare all'ente i reati commessi nell'interesse del medesimo da soggetti che di fatto svolgano funzioni di amministrazione della società⁷.

⁷ Pur nell'incertezza derivante dall'ambiguità del testo normativo e dalla circostanza, rilevabile dai citati lavori parlamentari, della precisa volontà del legislatore di non risolvere le discrasie che pure erano state richiamate alla sua attenzione, in virtù di considerazioni di ordine sistematico, sembrerebbe doversi escludere che i difetti di coordinamento tra il d.lgs. n. 61/2002 ed il d.lgs. n. 231/2001 si traducano in un mutamento – quanto al limitato settore dei reati societari – dei presupposti oggettivi e soggettivi cui è vincolata la responsabilità dell'ente: l'art. 25 *ter* si inserisce infatti in un *corpus* organico cui il legislatore ha preposto alcuni principi cardine che assumono valore di “parte generale” del sistema della responsabilità degli enti e che sono dunque operanti in relazione a tutti gli illeciti previsti dalla parte speciale. Del resto, la stessa legge delega n. 366/2001 (di cui il decreto in commento costituisce attuazione), alla lettera *h*) dell'art. 11 imponeva all'esecutivo di prevedere una specifica responsabilità amministrativa degli enti “*nel rispetto dei principi e criteri direttivi contenuti nella legge 29 settembre 2000, n. 300 e nel decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*”, affermazione che appare ribadita anche nella relazione che accompagna il d.lgs. n. 61/2002. Diversamente opinando, accanto al rilevato eccesso di delega, si profilerebbe una vistosa lesione del principio di uguaglianza, posto che i reati previsti dagli artt. 24, 25 e 25 *bis* comporterebbero invece una responsabilità della società anche per illeciti commessi nell'interesse dell'ente da soggetti che di fatto esercitano funzioni di amministrazione.

Pertanto, nell'ipotesi in cui sia accolta tale conclusione e trovi pertanto applicazione, anche con riferimento ai profili di responsabilità dell'ente, l'art. 2639 in tema di estensione delle qualifiche soggettive, si segnalano sin da ora i problemi connessi al fenomeno del gruppo societario. L'intervento del legislatore rende infatti, se possibile, ancor più vistosa la lacuna determinata dalla mancanza di una disciplina generale della responsabilità dell'ente all'interno dei gruppi societari, lacuna particolarmente grave nel settore bancario in cui da tempo è stata affrontata la problematica del gruppo. L'esperienza

Sempre in termini generali, pare opportuno compiere alcune considerazioni in merito al regime di procedibilità - *querela* di parte - richiesto dalla legge per alcuni dei delitti previsti (in particolare, art. 2622, comma 1, 2629, 2633), nonché alle *condotte riparatorie e risarcitorie* che determinano la non punibilità di alcuni reati (in particolare, quelli previsti dagli artt. 2627, 2629 e 2633).

In attesa del consolidarsi di una giurisprudenza al riguardo, è importante sottolineare il rischio che l'eventuale *remissione della querela* da parte della persona offesa possa essere considerata improduttiva di effetti quanto al procedimento penale instauratosi nei confronti della persona giuridica. La remissione della querela, infatti, è considerata da parte della dottrina penalistica, che trae argomento dalla stessa collocazione codicistica dell'istituto (cfr. art. 152 c.p.), causa di estinzione del reato⁸: come noto, ai sensi dell'art. 8 del d.lgs. n. 231/2001, che fissa il principio di autonomia, la responsabilità dell'ente sussiste anche quando il reato si estingua per una causa diversa dall'amnistia.

Analoghe considerazioni valgono per le citate *condotte riparatorie o risarcitorie*, cui il legislatore condiziona l'estinzione del reato.

E' prevista infatti la non punibilità dei reati puniti dagli artt. 2629 e 2633 c.c. nell'ipotesi in cui gli amministratori o i liquidatori, che abbiano recato pregiudizio ai creditori in caso di riduzioni del capitale, fusioni o scissioni ovvero, in sede di ripartizione dei beni sociali, risarciscano il danno cagionato prima del giudizio. La medesima conseguenza si verifica allorché gli amministratori restituiscano gli utili indebitamente sottratti o ricostituiscano il capitale sociale o le riserve indebitamente lese prima dell'approvazione del bilancio relativo all'esercizio in relazione al quale è stata posta in essere la condotta (artt. 2627, comma 2, 2628, comma 3).

In tali ipotesi la natura della circostanza che determina la non punibilità del fatto - causa di estinzione del reato⁹ - sembra escludere, ai sensi del già citato art. 8 del d.lgs. n. 231/2001, che essa possa produrre effetti nei confronti della persona giuridica, la cui responsabilità rimarrebbe dunque ferma in quanto autonoma rispetto a quella della persona fisica¹⁰.

giurisprudenziale maturata in proposito in mancanza di una chiara disciplina normativa mostra infatti una preoccupante tendenza a dilatare le responsabilità dei soggetti posti al vertice della *holding*: il riconoscimento formale della figura dell'amministratore di fatto renderà probabilmente ancor più delicato il problema.

⁸ Altra parte della dottrina, la cui posizione è condivisa dalle poche pronunce giurisprudenziali in materia, attribuisce alla remissione della querela natura processuale, rilevando in particolare come la decisione che segue alla remissione della querela non costituisce, *ex artt. 425 e 531 c.p.p.*, una decisione nel merito.

⁹ Parte della dottrina penalistica ritiene invero che tali condotte debbano essere più correttamente ascritte alla categoria delle *cause sopravvenute di non punibilità*, in quanto escludono la punibilità del reato per ragioni di tutela del bene protetto, costituendo esse, essendo volte al ripristino dello *status quo ante*, l'estremo mezzo di tutela del medesimo. In ogni caso, e indipendentemente dall'inquadramento di tali condotte, si deve ritenere ferma la responsabilità dell'ente. Inequivoca è, al riguardo, la relazione governativa: "*le cause di estinzione della pena, al pari delle eventuali cause di non punibilità e, in generale, delle vicende che ineriscono a quest'ultima, non reagiscono in alcun modo sulla configurazione della responsabilità in capo all'ente, non escludendo la sussistenza del reato*".

¹⁰ Si osserva al riguardo che per l'operatività delle suddette cause di estinzione dei reati citati non è richiesto che la restituzione avvenga ad opera dell'autore dell'illecito: è ben possibile dunque che il risarcimento o la riparazione sia effettuata dalla società nell'interesse - come si è detto esclusivo - dell'amministratore o comunque del soggetto attivo del reato. L'ipotesi si presenta per certi aspetti problematica, posto che il comportamento dell'amministratore - che ricorre al patrimonio sociale per eliminare le conseguenze del reato commesso - potrebbe essere oggetto di censura anche in sede penale

Un'ultima notazione si ritiene opportuna in merito alle **sanzioni** previste a carico delle persone giuridiche per i reati previsti dall'art. 25 *ter*. Il legislatore - in un'ottica generale di riduzione dei livelli sanzionatori originariamente previsti per i reati societari - ha scelto di "punire" i fatti previsti dall'art. 25 *ter* con la sola sanzione pecuniaria, con esclusione delle sanzioni interdittive. Tale sanzione peraltro, a norma dell'art. 25 *ter*, comma 2, è aumentata di un terzo nell'ipotesi in cui, in seguito alla commissione del reato, l'ente abbia conseguito un profitto di rilevante entità¹¹.

La citata riduzione dei livelli sanzionatori per i reati cui è condizionata la responsabilità dell'ente induce poi ad un'altra riflessione: la complessità dell'accertamento in ordine alla sussistenza dei reati in esame (si pensi, ad esempio, al reato di false comunicazioni sociali) rende tutt'altro che remota la possibilità che i medesimi si prescrivano prima della completa definizione del procedimento penale. Tale circostanza, però, come noto, ai sensi dell'art. 8, comma 1, lett. b) del d.lgs. n. 231/2001, produce riflessi limitati sulla posizione della persona giuridica che sia stata coinvolta nel procedimento penale nei confronti dell'autore materiale del reato, posto che si potrà procedere nei confronti dell'ente anche nell'ipotesi in cui il reato si sia prescritto successivamente alla contestazione dell'illecito amministrativo dipendente da reato (artt. 59 e 60)¹².

FALSE COMUNICAZIONI SOCIALI (ART. 2621 C.C.)

Salvo quanto previsto dall'articolo 2622, gli amministratori, i direttori generali, i sindaci e i liquidatori, i quali, con l'intenzione di ingannare i soci o il pubblico e al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto nei bilanci, nelle relazioni o nelle altre comunicazioni sociali previste dalla legge, dirette ai soci o al pubblico, espongono fatti materiali non rispondenti al vero ancorché oggetto di valutazioni ovvero omettono informazioni la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale, o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene, in modo idoneo ad indurre in errore i destinatari sulla predetta situazione, sono puniti con l'arresto fino ad un anno e sei mesi.

La punibilità è estesa anche al caso in cui le informazioni riguardino beni posseduti od amministrati dalla società per conto di terzi.

La punibilità è esclusa se le falsità o le omissioni non alterano in modo sensibile la rappresentazione della situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene. La punibilità è comunque esclusa se le falsità o le omissioni determinano una variazione del risultato economico di esercizio,

(ci si riferisce, in particolare, ai reati di appropriazione indebita o alla nuova fattispecie di infedeltà patrimoniale).

¹¹ Profitto del quale, lo si ricorda, in caso di condanna dell'ente è sempre disposta la confisca, anche per equivalente, salvo per la parte eventualmente spettante alle persone danneggiate (art. 19 del d.lgs. n. 231/2001).

¹² Il termine di prescrizione per l'illecito amministrativo dipendente da reato è, come noto, sancito dall'art. 22 del d.lgs. n. 231/2001 in cinque anni dalla data di consumazione del reato. La medesima norma prevede poi le cause interruttive del termine, in presenza delle quali inizia un nuovo periodo di prescrizione: la richiesta di applicazione di misure cautelari interdittive e la contestazione dell'illecito amministrativo a norma dell'art. 59. Si stabilisce inoltre che se l'interruzione è avvenuta mediante la contestazione dell'illecito amministrativo dipendente da reato, la prescrizione non corre fino al momento in cui passa in giudicato la sentenza che definisce il giudizio.

al lordo delle imposte, non superiore al 5% o una variazione del patrimonio netto non superiore all'1 per cento.

In ogni caso il fatto non è punibile se conseguenza di valutazioni estimative che, singolarmente considerate, differiscono in misura non superiore al 10% da quella corretta.

FALSE COMUNICAZIONI SOCIALI IN DANNO DEI SOCI O DEI CREDITORI (ART. 2622 C.C.)

Gli amministratori, i direttori generali, i sindaci e i liquidatori, i quali, con l'intenzione di ingannare i soci o il pubblico e al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, nei bilanci, nelle relazioni o nelle altre comunicazioni sociali previste dalla legge, dirette ai soci o al pubblico, esponendo fatti materiali non rispondenti al vero ancorché oggetto di valutazioni, ovvero omettendo informazioni la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene, in modo idoneo ad indurre in errore i destinatari sulla predetta situazione, cagionano un danno patrimoniale ai soci o ai creditori sono puniti, a querela della persona offesa, con la reclusione da sei mesi a tre anni.

Si procede a querela anche se il fatto integra altro delitto, ancorché aggravato a danno del patrimonio di soggetti diversi dai soci e dai creditori, salvo che sia commesso in danno dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità europee.

Nel caso di società soggette alle disposizioni della parte IV, titolo III, capo II, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, la pena per i fatti previsti al primo comma è da uno a quattro anni e il delitto è procedibile d'ufficio.

La punibilità per i fatti previsti dal primo e terzo comma è estesa anche al caso in cui le informazioni riguardino beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi.

La punibilità per i fatti previsti dal primo e terzo comma è esclusa se le falsità o le omissioni non alterano in modo sensibile la rappresentazione della situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene. La punibilità è comunque esclusa se le falsità o le omissioni determinano una variazione del risultato economico di esercizio, al lordo delle imposte, non superiore al 5% o una variazione del patrimonio netto non superiore all'1 per cento.

In ogni caso il fatto non è punibile se conseguenza di valutazioni estimative che, singolarmente considerate, differiscono in misura non superiore al 10% da quella corretta.

ESAME DELLE FATTISPECIE

La fattispecie di false comunicazioni sociali rappresenta senza dubbio il fulcro della riforma dei reati societari ed assomma in sé le caratteristiche peculiari dell'intervento. La figura unitaria prevista dall'abrogato art. 2621, n. 1 è stata oggi parcellizzata in ben tre diverse fattispecie, ciascuna delle quali posta a presidio di un distinto bene giuridico.

I rapporti tra le due norme sono stati regolati dal legislatore tramite l'introduzione della clausola "salvo quanto previsto dall'articolo 2622": in tal modo, "si è inteso rendere chiara l'applicabilità delle disposizioni di cui all'art. 2621 in tutti i casi

in cui non siano applicabili quelle dell'articolo 2622: in particolare, in quelli in cui, con riferimento alle società non quotate, manchi la querela o sia intervenuta remissione della stessa”¹³.

Elementi comuni - Una novità comune alle tre fattispecie riguarda i **soggetti attivi** del reato, tra i quali non figurano più i promotori ed i soci fondatori, esclusione resa necessaria dal fatto che tra le comunicazioni la cui falsificazione determina il reato oggi non rientrano quelle concernenti la costituzione della società¹⁴.

Quanto all'**oggetto materiale** dei reati, il falso rileva soltanto ove riguardi **comunicazioni** “previste dalla legge”, e dunque tipiche, ancorché facoltative, ovvero, nel caso in cui si tratti di omissione di informazioni, di comunicazioni obbligatorie in quanto “imposte” dalla legge¹⁵: non assume alcun rilievo penale, dunque, la falsità concernente, ad esempio, le comunicazioni previste o imposte da fonti regolamentari, quali quelle emanate da autorità indipendenti di controllo.

Sulla scorta di un orientamento giurisprudenziale e dottrinario ormai consolidato, il legislatore ha specificato che tra le comunicazioni rilevanti rientrano anche quelle attinenti la situazione economica, patrimoniale o finanziaria del gruppo cui la società appartiene, quale *il bilancio consolidato*, documento destinato a “rappresentare in modo veritiero e corretto la situazione patrimoniale e finanziaria e il risultato economico del complesso delle imprese costituito dalla controllante e dalla controllata” (artt. 25, 29 e 35, d.lgs. 9 aprile 1991, n. 127).

Comunicazioni rilevanti *ex artt. 2621 e 2622* sono soltanto quelle *dirette ai soci o al pubblico*: si è in tal modo inteso risolvere in senso negativo il problema concernente la rilevanza delle falsità aventi ad oggetto le comunicazioni tra organi della società, nonché di quelle dirette ad un unico destinatario, quali, in particolare, le autorità di vigilanza¹⁶.

¹³ Cfr. atti della Commissione Giustizia del Senato, seduta del 19 marzo 2002.

¹⁴ I reati commessi da soci fondatori e promotori nella fase costitutiva della società potranno integrare, sussistendone i presupposti, i reati di truffa (art. 640 c.p.) o, nel caso di diffusione di prospetti che sollecitino all'investimento, di falso in prospetto (art. 2623).

¹⁵ Il rinvio operato dalle norme alle disposizioni civilistiche in materia di comunicazioni obbligatorie rischia di creare pericolosi margini di incertezza, rimettendo la determinazione del fatto penalmente rilevante alla discrezionalità del giudice. Si pensi, ad esempio, che l'art. 2423, nell'imporre che la redazione del bilancio debba avvenire nel rispetto dei criteri di chiarezza e verità ed in ossequio ai principi fissati dalla legge, stabilisce altresì che, ove il rispetto delle disposizioni in tema di redazione del bilancio non risulti idoneo a soddisfare tale esigenza, l'amministratore dovrà “fornire tutte le informazioni complementari necessarie allo scopo”. Tra le numerose comunicazioni imposte dalla legge si citano, oltre al bilancio d'esercizio (art. 2423, comma 1), i c.d. bilanci straordinari, ossia i documenti contabili che gli amministratori sono tenuti a redigere in occasione di determinati eventi diversi dalla normale chiusura dell'esercizio sociale: così, ad esempio, in caso di diminuzione di oltre un terzo del capitale sociale (art. 2446), di distribuzione di acconti sui dividendi (art. 2433 *bis*, comma 5), di presentazione di un progetto di fusione (art. 2501 *ter*) o di scissione (art. 2504 *novies*, comma 1).

¹⁶ Significativo, al riguardo, quanto precisato nella Relazione governativa sulla scorta di quelle che erano le valutazioni già espresse in seno alla c.d. commissione Mirone: “la direzione al pubblico della falsità è volta a centrare la fattispecie verso 'categorie' di soggetti destinatari, separandola nettamente dall'informazione resa ad autorità di controllo o a singoli individuati destinatari. Il mendacio trova caratterizzazione nella direzionalità offensiva, con la precisazione che deve essere rivolto a soggetti indeterminati, i quali orientano le proprie scelte economiche sulla base delle informazioni offerte. Pertanto, la precisazione della direzionalità offensiva del mendacio esclude dall'ambito operativo della figura le comunicazioni interorganiche e quelle riferite ad un unico destinatario”. In questa ipotesi, peraltro, l'irrelevanza di tali fatti sotto il profilo delle false comunicazioni sociali non esclude la sussistenza di altre ipotesi di reato, quali, ad esempio, la truffa (art. 640 c.p.), ovvero l'impedito

Sempre ai fini della delimitazione delle comunicazioni rilevanti occorre evidenziare che da tale categoria sembrano doversi escludere i prospetti richiesti ai fini della sollecitazione all'investimento o dell'ammissione alla quotazione nei mercati regolamentati, nonché i documenti da pubblicare in occasione delle offerte pubbliche di acquisto o di scambio, la cui falsificazione integra la specifica contravvenzione prevista dall'art. 2623.

Infine, e pur in assenza di una clausola di riserva specifica, la direzionalità necessariamente pubblica delle comunicazioni porta ad escludere la sussistenza del reato in ipotesi di falso in bilancio diretto esclusivamente ad ottenere finalità di *risparmio fiscale*: depongono in tal senso la relazione al decreto e, in termini ancor più chiari, la legge delega che imponeva espressamente di "regolare i rapporti delle fattispecie con i delitti tributari in materia di dichiarazione" (art. 11, lett. a, n. 1).

Ponendo fine ad un annoso dibattito, la nuova normativa attribuisce rilievo penale alle falsificazioni che riguardino "fatti materiali", ancorché oggetto di valutazioni.

In ordine al problema della precisa individuazione del falso penalmente rilevante, si ricorda il prevalente orientamento giurisprudenziale secondo il quale una valutazione è falsa quando valica i limiti della *ragionevolezza*, degenerando in mero arbitrio¹⁷.

Tale criterio sembra oggi aver ricevuto un riconoscimento formale: il legislatore, nell'intento dichiarato di rendere la disciplina rispettosa dei principi di offensività e sussidiarietà, ha infatti limitato la punibilità dei reati in esame alle ipotesi ritenute più gravi. La punibilità è così esclusa se le falsità o le omissioni non alterano in modo sensibile la rappresentazione della situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo. Accanto a tale criterio *elastico*¹⁸ - che presta il fianco ad evidenti sospetti di indeterminatezza - è poi previsto un parametro fisso: il reato non è punibile se le falsità o le omissioni determinano una variazione del risultato economico di esercizio, al lordo delle imposte, non superiore al 5%, o, in alternativa, una variazione del patrimonio netto non superiore all'1%. Il legislatore inoltre, pur in mancanza di

controllo (art. 2625 c.c.), ovvero, quanto alle comunicazioni dirette alla Consob o alla Banca d'Italia, l'ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza (art. 2638 c.c.). Si ricorda, al riguardo, che l'art. 8 del decreto in esame ha invece abrogato l'art. 137, comma 1, T.U. bancario (mendacio bancario), fattispecie cui in passato potevano essere ricondotte le ipotesi di comunicazioni menzognere inviate da una società ad una banca nell'ambito del rapporto creditizio o per la sua costituzione.

¹⁷ Parimenti sostenibile alla luce della nuova normativa è la tesi, diffusa in dottrina, secondo la quale la falsità sussiste non tanto sulla base di un rapporto tra valutazione della posta in bilancio e valore reale dei singoli beni, ma in caso di mancata corrispondenza tra i criteri di valutazione relazionati e le valutazioni effettuate in bilancio. Tale tesi è espressamente accolta dal legislatore in materia di reati tributari: "non danno luogo a fatti punibili a norma degli articoli 3 e 4 le rilevazioni nelle scritture contabili e nel bilancio eseguite in violazione dei criteri di determinazione dell'esercizio di competenza ma sulla base di metodi costanti di impostazione contabile, nonché le rilevazioni e le valutazioni estimative rispetto alle quali i criteri concretamente applicati sono stati comunque indicati nel bilancio" (art. 7 del d.lgs. n. 74/2000). Pur in mancanza di una previsione analoga, si nota che sia l'art. 2621 sia l'art. 2622 richiedono ai fini della sussistenza del reato un requisito di pericolo concreto, consistente nella idoneità ad indurre in errore i destinatari delle comunicazioni: non possono dunque ritenersi penalmente rilevanti le appostazioni che, ancorché operate disattendendo i criteri generali, siano compiutamente illustrate, ad esempio, nella nota integrativa al bilancio.

¹⁸ Il criterio in esame risulta dirimente nelle ipotesi in cui non sia concretamente possibile fare riferimento alle - più certe - soglie quantitative fissate *ex lege*, in ragione della mancanza di un risultato economico cui riferirle.

espressa previsione al riguardo nella legge delega, ha previsto un'ulteriore soglia di carattere soggettivo che esclude la punibilità del fatto se le falsità o le omissioni sono il frutto di valutazioni estimative che, singolarmente considerate, differiscono in misura non superiore al 10% da quella corretta¹⁹.

La determinazione della natura delle citate soglie nell'ambito della fattispecie non è agevole: se si può infatti affermare che queste assumono la natura di elementi costitutivi del reato di cui all'art. 2621, ad analoga conclusione non pare potersi pervenire quanto alle ipotesi previste dall'art. 2622, in ragione della diversa oggettività giuridica (patrimonio individuale) di tali reati. Basti al riguardo osservare che il reato non è punibile quando, pur essendosi verificato un rilevante danno patrimoniale dei soci o dei creditori e risultando dunque integrata l'offesa al bene tutelato, la misura della falsificazione non superi la soglia prevista dall'art. 2622, comma 5. In tale ipotesi, dunque, più corretto appare qualificare l'elemento in esame quale condizione obiettiva di punibilità (art. 44 c.p.).

Si nota infine che il legislatore, nonostante le critiche formulate al riguardo dalla dottrina, ha scelto di escludere la rilevanza penale del falso c.d. "qualitativo", ossia di quelle ipotesi di falsità che, ancorché inidonee ad incidere in modo sensibile sulla rappresentazione del risultato complessivo di gestione, risultano tuttavia in grado di orientare i comportamenti di determinati soggetti, quali investitori o soci: è il caso, ad esempio, di erogazioni appostate nel conto economico sotto etichettature non pertinenti.

Ai fini della sussistenza dei reati in esame è inoltre necessario, come anticipato, che le falsità o le omissioni in esame siano *idonee a indurre in errore i destinatari sulla situazione della società*²⁰. Tale elemento assume nella fattispecie contravvenzionale funzione di garanzia del rispetto del principio di offensività, limitando la punibilità ai soli casi di pericolo concreto di lesione del bene tutelato.

Meno comprensibile, invece, la scelta del legislatore di prevedere tale requisito anche nell'ambito delle ipotesi delittuose previste dall'art. 2622, costruite, lo si è anticipato, come reati di evento. In concreto, infatti, il prodursi del danno patrimoniale conduce a ritenere *in re ipsa* l'idoneità ingannatoria del falso, salvo voler ritenere esclusa la punibilità nelle ipotesi in cui, pur essendosi verificato l'evento di danno, la falsità sia considerata, in base ad una valutazione necessariamente astratta, inidonea ad ingannare.

Si segnala infine che i reati in esame sussistono anche nell'ipotesi in cui le false informazioni riportate nelle comunicazioni sociali abbiano ad oggetto beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi: ai fini che qui rilevano vengono in

¹⁹ Si segnalano al riguardo le perplessità espresse in sede di parere sul recente decreto da chi rilevava come "la soluzione adottata offre uno spazio di non punibilità elevatissimo alle società che presentano un grande risultato economico di esercizio. Infatti un bilancio, tutt'altro che raro, dell'ordine delle centinaia o delle molte decine di miliardi produrrebbe un'area di non punibilità per falsità, nell'ordine di alcuni miliardi". Più opportuno sarebbe stato dunque il ricorso ad una combinazione di parametri maggiormente articolata, come già previsto, ad esempio, in materia di reati tributari dal d.lgs. n. 74/2000 (intervento del Sen. Fassone, seduta della Commissione Giustizia del Senato in data 19 marzo 2002). Analogamente, in sede di Commissione Giustizia della Camera, si era evidenziato come "la soglia quantitativa del 5 per cento favorisce e incentiva la costituzione legalizzata di 'fondi neri' da parte della società" (cfr. proposta alternativa di parere del deputato Bonito presentata nel corso della seduta del 6 marzo 2002).

²⁰ Come evidenziato in sede di Commissione Giustizia del Senato nel corso della seduta in data 19 marzo 2002, il requisito dell'idoneità era in realtà richiesto dalla legge delega all'art. 11, co. 1, con esclusivo riferimento alla condotta commissiva, potendosi considerare *in re ipsa* il requisito della idoneità ad ingannare nei casi di omissione di informazioni imposte dalla legge.

particolare in considerazione le attività di gestione di titoli svolte dalla banca per conto della propria clientela.

L'articolata condotta che rappresenta il fatto tipico del reato deve poi essere sorretta, ai fini dell'esistenza del reato, da un **elemento soggettivo** particolarmente "ricco": accanto al dolo generico che deve coprire tutti gli elementi del fatto tipico è richiesto (anche per l'ipotesi contravvenzionale dell'art. 2621) un dolo intenzionale ("con l'intenzione di ingannare i soci o il pubblico"): è da escludere, dunque, che la fattispecie prevista dall'art. 2622 possa configurarsi a titolo di dolo eventuale, in presenza cioè della mera accettazione del rischio del verificarsi di un danno patrimoniale per i soci. Per entrambi i reati si richiede inoltre la sussistenza di un dolo specifico ("al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto"), in relazione al quale si pone soprattutto il problema di verificare quando il profitto conseguito possa considerarsi *giusto*, con conseguente esclusione dell'elemento soggettivo del reato.

False comunicazioni sociali (art. 2621 c.c.) - Venendo agli elementi caratterizzanti le singole fattispecie, per quanto concerne l'ipotesi contravvenzionale prevista dall'art. 2621, il legislatore delegato individua l'oggettività giuridica nella "fiducia che deve poter essere riposta da parte dei destinatari nella veridicità dei bilanci o delle comunicazioni della impresa organizzata in forma societaria". La differenza sostanziale tra la figura in esame e quelle – più gravi – previste nell'art. 2622 risiede nell'assenza nella prima di un danno per i soci o i creditori: si tratta, dunque, di un reato di pericolo concreto che si realizza attraverso l'esposizione nelle comunicazioni sociali previste dalla legge, dirette ai soci o al pubblico, di fatti materiali non rispondenti al vero, ancorché oggetto di valutazioni ovvero attraverso l'omissione di notizie la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione della società o del gruppo, in modo idoneo ad indurre in errore i destinatari delle suddette comunicazioni.

Il reato in esame, secondo le regole generali in tema di illeciti contravvenzionali, è procedibile d'ufficio e non ammette la punibilità a titolo di tentativo.

False comunicazioni sociali in danno di soci o creditori (art. 2622 c.c.) - La disciplina delle false comunicazioni sociali si articola ulteriormente nell'art. 2622 che prevede due fattispecie delittuose, punibili solo in presenza di un danno patrimoniale per i soci o per i creditori, che si differenziano tra loro soltanto per il fatto di riguardare la seconda gli illeciti commessi nell'ambito di società quotate e la prima quelli relativi alle altre società e per il conseguente regime di procedibilità che le caratterizza (d'ufficio nel primo caso, a querela della persona offesa nel secondo).

La dottrina ha al riguardo pressoché unanimemente osservato come il danno patrimoniale costituisca il momento centrale del nuovo reato di false comunicazioni sociali, nel quale il disvalore è dunque incentrato nella lesione di un interesse individuale. Il danno patrimoniale in tale contesto assume il ruolo di evento del reato: al riguardo sin può sin da ora ipotizzare che l'accertamento del rapporto di causalità tra la condotta delittuosa e tale elemento risulterà, da un punto di vista probatorio, particolarmente problematica.

Affatto particolare è poi il meccanismo relativo alla **procedibilità** dei reati in esame: il delitto previsto dall'art. 2622, comma 1, posto a tutela di interessi di natura individuale, è punibile a querela della persona offesa, condizione di procedibilità non richiesta invece nell'ipotesi, prevista dall'art. 2622, comma 3, in cui la falsità riguarda società con azioni quotate.

Il peculiare regime di procedibilità previsto per la prima ipotesi delittuosa limita non poco l'ambito di applicazione della norma, rimettendo ai soci o ai creditori la scelta in ordine all'eventuale apertura di un procedimento penale in relazione ad ipotesi di falsificazione di comunicazioni, ancorché queste siano dirette al pubblico e dunque anche quando si configuri, ad esempio, un danno per potenziali acquirenti di quote sociali tratti in errore da una erronea rappresentazione della situazione economica della società. La norma apre inoltre ampi spazi alla possibilità di comporre in via transattiva i contrasti sorti, in esito alla falsificazione, tra amministratori e soci, rimettendo alla scelta del privato la punizione dei fatti in esame.

Gli esiti di un'eventuale composizione dei conflitti in sede privata e della conseguente remissione della querela da parte della persona offesa, come si è anticipato, potrebbero risultare indifferenti per la persona giuridica, posto il principio fissato dall'art. 8 del d.lgs. n. 231/2001.

Di particolare rilievo è poi la disposizione contenuta nell'art. 2622, comma 2, a norma della quale si procede a querela anche qualora il fatto integri altro delitto, ancorché aggravato, in danno del patrimonio di soggetti diversi dai soci e dai creditori, a meno che questo non sia commesso in danno dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità europee²¹. La norma, dichiaratamente finalizzata ad evitare disparità di trattamento rispetto a fattispecie di identico valore, determina la singolare situazione per cui se la condotta di falsificazione, oltre a dar luogo al reato di cui all'art. 2622, reca un danno patrimoniale anche a soggetti diversi dai soci e dai creditori, integrando in tal modo altro delitto (ad esempio, appropriazione indebita), anche se procedibile d'ufficio (perché, nel caso di specie, si configura l'aggravante di cui all'art. 61, n. 11, c.p.), ai fini della punibilità di quest'ultimo reato occorrerà ugualmente la presentazione della querela da parte della persona offesa.

La circostanza poi che il legislatore si sia preoccupato di dettare norme in merito al regime di procedibilità dei soli reati concorrenti commessi in danno di soggetti diversi dai soci o dai creditori, induce a ritenere che si sia implicitamente inteso escludere il concorso formale tra il reato previsto dall'art. 2622 ed i comuni delitti contro il patrimonio, quali, ad esempio, appropriazione indebita, truffa, ecc.

Si ricorda, infine, che la querela deve essere presentata entro tre mesi dal giorno della notizia del fatto che costituisce reato (art. 124 c.p.), termine che, per i reati commessi prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 61/2002, decorre dal 16 aprile 2002 (art. 5).

PROFILI PROBLEMATICI

La riforma, come si vede, ha inciso profondamente sulla struttura della fattispecie di false comunicazioni sociali, modificandone in particolare l'oggettività giuridica. I rischi connessi al verificarsi del reato in esame - e soprattutto del delitto previsto dall'art. 2622 - devono essere dunque valutati in questa particolare prospettiva.

Così, ad esempio, ai fini che qui rilevano, si evidenzia che il reato in esame sussisterà, in presenza di un danno per i soci o per i creditori, anche nell'ipotesi in cui gli amministratori della banca esponano nel bilancio fatti non rispondenti al vero senza

²¹ La Commissione Giustizia del Senato aveva suggerito, ai fini del rispetto di quanto richiesto dall'art. 11, lett. i) della legge delega, di meglio individuare le fattispecie da armonizzare mediante l'estensione ad esse della procedibilità a querela (seduta del 19 marzo 2002): il suggerimento meritava invero maggiore considerazione, posta la difficoltà di individuare con precisione tutti i reati integrabili dal medesimo fatto di cui all'art. 2622.

l'intenzione di ledere gli interessi dell'istituto o addirittura al fine di risollevarne le sorti, potendo comportare, in questo caso, anche una responsabilità dell'ente: tipico è, ad esempio, il caso della creazione di riserve occulte illiquide, ottenute attraverso la sottovalutazione di poste attive o la sopravvalutazione di quelle passive per favorire l'autofinanziamento dell'impresa sociale, sacrificando l'interesse degli azionisti alla percezione dei dividendi.

Essenziale appare dunque il richiamo dei soggetti tenuti alla redazione del bilancio al rispetto dei principi di compilazione dei documenti che lo costituiscono: ai sensi dell'art. 2423, comma 2, per quanto riguarda le società di capitali, il bilancio "deve essere redatto con chiarezza e deve rappresentare in modo veritiero e corretto la situazione patrimoniale della società e il risultato economico dell'esercizio"²².

Una particolare attenzione è richiesta in sede di stima delle poste contabili: i responsabili devono attenersi al rispetto del citato principio di ragionevolezza ed esporre con chiarezza i parametri di valutazione seguiti, fornendo ogni eventuale informazione complementare che sia necessaria a garantire la veridicità del documento (cfr. artt. 2423, comma 3, e 2423 *bis*).

Il bilancio deve inoltre essere completo sotto il profilo dell'informazione societaria e, in particolare, contenere tutti gli elementi richiesti dalla legge, quali ad esempio quelli previsti dagli artt. 2424, per lo stato patrimoniale, 2425, per il conto economico, 2427, per la nota integrativa.

Analoga correttezza deve essere richiesta agli amministratori, ai direttori generali, ai sindaci, ai liquidatori (nonché ai soggetti che esercitano di fatto tali funzioni) nella redazione delle altre comunicazioni imposte o comunque previste dalla legge e dirette ai soci o al pubblico, affinché le stesse contengano informazioni chiare, precise, veritiere e complete.

FALSO IN PROSPETTO (ART. 2623 C.C.)

Chiunque, allo scopo di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, nei prospetti richiesti ai fini della sollecitazione all'investimento o dell'ammissione alla quotazione nei mercati regolamentati, ovvero nei documenti da pubblicare in occasione delle offerte pubbliche di acquisto o di scambio, con la consapevolezza della falsità e l'intenzione di ingannare i destinatari del prospetto, espone false informazioni od occulta dati o notizie in modo idoneo ad indurre in errore i suddetti destinatari è punito, se la condotta non ha loro cagionato un danno patrimoniale, con l'arresto fino ad un anno.

Se la condotta di cui al primo comma ha cagionato un danno patrimoniale ai destinatari del prospetto, la pena è della reclusione da uno a tre anni.

La norma in esame - che sostituisce parzialmente il previgente art. 174, comma 1, T.U. della finanza (false comunicazioni alla Consob), espressamente abrogato dall'art. 8 del decreto - è stata introdotta nel dichiarato intento di porre *'fine ai contrasti interpretativi legati alla riconducibilità sotto il concetto di 'comunicazione sociale' del*

²² Analoghi principi governano la redazione del bilancio consolidato, destinato a "rappresentare in modo veritiero e corretto la situazione patrimoniale e finanziaria e il risultato economico del complesso di imprese costituito dalla controllante e dalle controllate" (artt. 29 e 35 d.lgs. n. 127/1991).

prospetto informativo”. Nel prevedere dunque una fattispecie certamente speciale rispetto a quelle disciplinate dagli artt. 2621 e 2622, il legislatore ha implicitamente riconosciuto, aderendo ad una impostazione giurisprudenziale già manifestatasi in passato, la riconducibilità dei prospetti in esame alla categoria delle comunicazioni sociali.

Quanto al *bene giuridico* tutelato dalla norma, nella relazione si nota che essa è finalizzata a fornire “*un’adeguata e certa tutela dell’affidamento del pubblico degli investitori sull’idoneità delle informazioni contenute in questo particolare veicolo informativo per consentire l’effettuazione di scelte consapevoli di investimento*”.

In realtà, tale interesse appare tutelato più nel comma 1 dell’art. 2623, che prevede oggi un reato contravvenzionale di pericolo concreto, che nel comma 2, il quale prevede invece un delitto di evento incentrato sul danno patrimoniale procurato ai destinatari del prospetto.

L’*oggetto materiale* del reato è espressamente indicato nei prospetti richiesti ai fini della sollecitazione all’investimento (art. 94 T.U. finanza) o dell’ammissione alla quotazione nei mercati regolamentati (artt. 113, 114 T.U. della finanza), nonché nei documenti da pubblicare in occasione delle offerte pubbliche di acquisto o di scambio (art. 102 T.U. finanza), di documenti, dunque, particolarmente significativi ai fini dell’orientamento nelle scelte di investimento del pubblico.

La natura tipica dei documenti in esame giova altresì a delimitare il novero dei soggetti attivi del reato, ancorché il medesimo si presenti quale reato comune, individuandoli in quelli cui compete la redazione e la trasmissione del prospetto (quali, ad esempio, gli amministratori della società che intende effettuare una sollecitazione all’investimento).

Venendo all’esame dell’*elemento oggettivo* del reato, si osserva che esso può oggi risultare integrato in entrambe le ipotesi - delittuosa e contravvenzionale - sia da una condotta commissiva (esposizione di false informazioni) che, diversamente dal passato, da una condotta omissiva (occultamento di dati o notizie, la cui natura non è peraltro in alcun modo specificata dalla legge), richiedendosi per entrambe l’idoneità a indurre in errore i destinatari del prospetto.

La differenza tra le due fattispecie, in virtù della quale si giustifica la diversa natura dei reati e il conseguente diverso trattamento sanzionatorio, risiede nell’assenza nella prima (art. 2623 comma 1) di un danno patrimoniale per i destinatari del prospetto, richiesto invece al fine dell’integrazione del delitto (art. 2623, comma 2).

La mancanza di un’espressa indicazione al riguardo induce poi a chiedersi se le valutazioni possano considerarsi “informazioni” la cui falsificazione configuri la fattispecie in esame: la peculiarità del termine usato (informazioni piuttosto che fatti materiali, così come previsto dagli artt. 2621 e 2622) e la natura stessa dei prospetti che costituiscono oggetto materiale del reato (destinati a consentire al pubblico di orientare le proprie scelte di investimento) inducono a ritenere che anche le false valutazioni possano costituire oggetto dell’art. 2623 c.c.²³.

²³ Significativa, al riguardo, la circostanza che il governo non abbia ritenuto di doversi uniformare all’indicazione proveniente dalla Commissione Giustizia del Senato, che suggeriva di sostituire il termine – pure previsto dalla legge delega – con la medesima espressione utilizzata negli artt. 2621 e 2622 (“fatti materiali, ancorché oggetto di valutazioni”), ritenuta maggiormente conforme alle intenzioni del legislatore quali erano state esplicitate in sede di lavori preparatori (in particolare, nella relazione presentata alla 2° Commissione del Senato in data 12 settembre 2001).

Ai fini della sussistenza dell'*elemento soggettivo*, è richiesto, anche per l'ipotesi contravvenzionale, non soltanto il dolo generico (che per quanto riguarda la condotta commissiva comprende in particolare la consapevolezza della falsità), ma anche un dolo intenzionale (intenzione di ingannare i destinatari del prospetto) e specifico, consistente nella finalità di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto. Anche in tale ipotesi deve dunque escludersi la sussistenza del reato in presenza di un mero dolo eventuale.

FALSITÀ NELLE RELAZIONI O NELLE COMUNICAZIONI DELLE SOCIETÀ DI REVISIONE (ART. 2624 C.C.)

I responsabili della revisione i quali, al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, nelle relazioni o in altre comunicazioni, con la consapevolezza della falsità e l'intenzione di ingannare i destinatari delle comunicazioni, attestano il falso od occultano informazioni concernenti la situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società, ente o soggetto sottoposto a revisione, in modo idoneo ad indurre in errore i destinatari delle comunicazioni sulla predetta situazione, sono puniti, se la condotta non ha loro cagionato un danno patrimoniale, con l'arresto fino ad un anno.

Se la condotta di cui al primo comma ha cagionato un danno patrimoniale ai destinatari delle comunicazioni, la pena è della reclusione da uno a quattro anni.

Trattandosi di un reato proprio dei responsabili della revisione, la fattispecie in esame si presenta di limitato interesse per il settore bancario. In estrema sintesi, si osserva che la norma, sostituendo l'abrogato art. 175 T.U. finanza, punisce la condotta dei revisori che, al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, nelle relazioni o in altre comunicazioni, con la consapevolezza della falsità e l'intenzione di ingannare i destinatari delle comunicazioni, attestano il falso occultando informazioni concernenti la situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società, in modo idoneo ad indurre in errore i destinatari della comunicazione²⁴.

IMPEDITO CONTROLLO (ART. 2625 C.C.)

Gli amministratori che, occultando documenti o con altri idonei artifici, impediscono o comunque ostacolano lo svolgimento delle attività di controllo o di revisione legalmente attribuite ai soci, ad altri organi sociali o alle società di revisione, sono puniti con la sanzione amministrativa pecuniaria fino a 10.329 euro.

Se la condotta ha cagionato un danno ai soci, si applica la reclusione fino ad un anno e si procede a querela della persona offesa.

²⁴ Ai sensi dell'art. 179, comma 3, T.U. finanza – che sembrerebbe aver mantenuto la sua efficacia anche rispetto alla disposizione in esame, ancorché si riferisca alle disposizioni in materia di società di revisione previste dallo stesso T.U. – tale fattispecie ricorre soltanto in caso di società che hanno l'obbligo di sottostare alla revisione contabile e non anche a quelle che scelgano volontariamente di sottoporvisi.

La riforma operata dal d.lgs. n. 61/2002 ha inciso profondamente sulla fattispecie in esame: il reato è stato, innanzitutto, parzialmente depenalizzato limitatamente alle ipotesi in cui dalla condotta posta in essere dagli amministratori non sia derivato alcun danno per i soci. Conseguentemente, la possibilità di configurare una responsabilità amministrativa dell'ente sussiste solo in relazione al delitto – procedibile a querela della persona offesa – previsto dall'art. 2625, comma 2²⁵.

Inoltre, il legislatore ha, da un lato, meglio tipizzato la *condotta* penalmente rilevante e, dall'altro, ampliato l'ambito di applicazione della fattispecie che non soltanto oggi sanziona, accanto all'attività di impedito controllo, quella che si realizza tramite la frapposizione di ostacoli all'esercizio di tale attività, ma prevede anche una forma di tutela nei confronti delle società di revisione: l'art. 2625 sanziona dunque il fatto degli amministratori che, occultando documenti o con altri idonei artifici, impediscono ovvero ostacolano lo svolgimento delle attività di controllo o di revisione legalmente attribuite ai soci, ad altri organi sociali o alle società di revisione, determinando in tal modo un danno ai soci.

Accanto dunque ad una tutela del *controllo interno* operato dal collegio sindacale (nelle società di capitali, a norma dell'art. 2403) o dai soci (nei casi previsti, ad esempio, dagli artt. 2489, per le ipotesi in cui la società non abbia un collegio sindacale; dagli artt. 2261 e 2293 per le società in nome collettivo; dall'art. 2320, comma 3, per le società in accomandita semplice; nonché nelle società a responsabilità limitata nei casi previsti dall'art. 2488), è oggi prevista anche una tutela del *controllo esterno* (ancorché di stampo privatistico), operato dalle società di revisione nei confronti delle società quotate *ex art. 155 T.U. della finanza*, colmando in tal modo una vistosa ed incomprensibile lacuna contenuta nel sistema previgente.

Sotto altro profilo, sembrerebbe invece ampliato l'ambito di applicazione della norma, laddove, eliminando il riferimento alla "gestione sociale", elemento che nella vecchia fattispecie rappresentava il fulcro del disvalore, non delimita più con esattezza l'oggetto del controllo attribuito ai soci, ai sindaci e ai revisori²⁶.

Ai fini della sussistenza del reato è poi richiesto un *dolo generico*, che deve ovviamente includere anche la rappresentazione e volizione (quantomeno a titolo di dolo eventuale) di un danno ai soci.

INDEBITA RESTITUZIONE DEI CONFERIMENTI (ART. 2626 C.C.)

Gli amministratori che, fuori dei casi di legittima riduzione del capitale sociale, restituiscono, anche simulatamente, i conferimenti ai soci o li liberano dell'obbligo di eseguirli, sono puniti con la reclusione fino ad un anno.

ESAME DELLA FATTISPECIE

Come rilevato anche nella relazione governativa la fattispecie in esame – sostanzialmente immutata rispetto al passato – conserva il suo ruolo di norma generale e

²⁵ Il comma 1 dell'art. 2625 prevede infatti un illecito amministrativo.

²⁶ Si pensi, in particolare, al diritto dei soci *ex art. 2422* di ispezionare il libro soci, il libro delle adunanze e delle deliberazioni dell'assemblea: in tale ipotesi la prevalente dottrina aveva escluso la sussistenza del reato di cui all'art. 2623, n. 3, non potendosi qualificare tale attività inerente al controllo sulla gestione sociale.

di chiusura del sistema di *tutela del capitale sociale* sotto il profilo della garanzia dell'effettività e dell'integrità dei conferimenti dei soci, risultando così la sua applicazione residuale rispetto a quella di altre norme aventi contenuto più specifico previste dal medesimo Capo II.

Trattandosi di un reato proprio degli amministratori, il socio che benefici della condotta illecita non potrà essere punito, salvo l'ipotesi in cui egli concorra attivamente nel reato, ad esempio istigando alla restituzione dei conferimenti.

Quanto all'*elemento oggettivo*, si osserva che le condotte in esame possono rilevare sia nella fase del funzionamento della società (così, la restituzione dei conferimenti) che in quella della sua costituzione (in particolare, liberando i soci dall'obbligo di esecuzione dei conferimenti).

Per quanto concerne la restituzione dei conferimenti, questa può avvenire sia in forma palese, ancorché indiretta (ad esempio, tramite la compensazione di un debito del socio nei confronti della società) che simulata (ad esempio attraverso il riconoscimento ad un soci di un credito in realtà inesistente, la stipulazione di un mutuo fittizio, la concessione di un prestito senza serie prospettive di restituzione, la corresponsione di onorari per prestazioni professionali inesistenti o comunque inadeguate), ovvero attraverso una distribuzione di acconti-dividendo o di utili fittizi effettuata con somme prelevate dal capitale sociale.

La seconda ipotesi di condotta consiste nell'esonero dei soci dall'obbligo di eseguire conferimenti rimasti in tutto o in parte inadempiti

In entrambi i casi, ai fini della sussistenza dell'elemento oggettivo del reato, è necessario che la restituzione avvenga al di fuori del caso di legittima riduzione del capitale sociale (cfr. in particolare artt. 2306 e 2445).

PROFILI PROBLEMATICI

Come si è già evidenziato in premessa, la fattispecie in esame, così come quella successiva prevista dall'art. 2627, sanziona una condotta idonea a determinare un pregiudizio per la società, risolvendosi in una forma di aggressione al capitale sociale, a vantaggio dei soci.

Sotto un profilo astratto, pare invero difficile che il reato in esame possa essere commesso dagli amministratori "nell'interesse o a vantaggio della società", implicando in tal modo una responsabilità dell'ente. Più delicato si presenta il problema in relazione ai rapporti intragruppo, essendo possibile che una società, avendo urgente bisogno di disponibilità finanziarie, si faccia indebitamente restituire i conferimenti effettuati ai danni di un'altra società del gruppo. In tale ipotesi, in considerazione della posizione assunta dalla prevalente giurisprudenza che disconosce l'autonomia del gruppo societario inteso come concetto unitario, è ben possibile che, sussistendone tutti i presupposti, possa configurarsi una responsabilità dell'ente per il reato di indebita restituzione dei conferimenti commesso dai suoi amministratori.

ILLEGALE RIPARTIZIONE DEGLI UTILI E DELLE RISERVE (ART. 2627 C.C.)

Salvo che il fatto non costituisca più grave reato, gli amministratori che ripartiscono utili o acconti su utili non effettivamente conseguiti o destinati per legge a riserva, ovvero che ripartiscono riserve, anche non costituite con utili, che non possono per legge essere distribuite, sono puniti con l'arresto fino ad un anno.

La restituzione degli utili o la ricostituzione delle riserve prima del termine previsto per l'approvazione del bilancio estingue il reato.

ESAME DELLA FATTISPECIE

Il reato in parola consiste nella sottrazione di una parte del capitale sociale a quella che, per legge, è la sua destinazione naturale, ossia la funzione di strumento per il conseguimento dell'utile sociale e di garanzia dei creditori. Nonostante dunque l'importanza della fattispecie, essa è stata trasformata, a seguito della riforma, in reato contravvenzionale e relegata, in virtù della clausola posta in apertura dell'art. 2627 ("salvo che il fatto non costituisca più grave reato") in un ruolo residuale rispetto ad altre fattispecie destinate a prevalere nella concreta applicazione giurisprudenziale, quali l'appropriazione indebita (art. 646 c.p.) o la bancarotta fraudolenta (art. 223 l.f.).

Le ulteriori modifiche che hanno interessato la fattispecie concernono il novero dei *soggetti attivi*, oggi limitato agli amministratori, posto che già in sede di legge delega erano stati esclusi - per ragioni non facilmente comprensibili - i direttori generali.

La *condotta* penalmente rilevante si presenta molto più lineare rispetto al passato: la fattispecie è il frutto della combinazione dei reati prima previsti dall'art. 2621, comma 1, n. 2 e 3, con il risultato, soprattutto con riferimento all'ipotesi di illegale ripartizione di acconti-dividendo, di aver semplificato la descrizione del fatto tipico ed eliminato alcune ipotesi che attribuivano rilievo penale alla mera violazione formale di alcune disposizioni codicistiche, pur in assenza di un'effettiva lesione del patrimonio sociale (ci si riferisce, in particolare, all'ipotesi prevista dall'abrogato art. 2621, n. 3, lett. c).

Come in passato, i problemi interpretativi si concentrano sulla individuazione della nozione di "*utili*". Nell'ambito della fattispecie in esame si ritiene che il termine utile vada inteso nella sua accezione più ampia, quale "utile di bilancio", ossia qualsiasi incremento del patrimonio netto rispetto al valore nominale del capitale, anche se indipendente (diversamente dall'utile d'esercizio) dallo svolgimento dell'attività economica.

Ai fini della sussistenza del reato deve trattarsi di utili non effettivamente conseguiti (e dunque, come in passato, fittizi), ovvero non distribuibili, perché destinati per legge a riserva: rilevano, dunque, le sole *riserve legali*, quali, ad esempio, quelle imposte alla società dagli artt. 2423, comma 4, 2426, n. 4, 2428. Diversamente dal passato, non è più punibile l'illecita distribuzione di utili destinati a riserva dal solo statuto sociale, nonché di quelli tratti da riserve facoltative o occulte.

Assume rilievo penale anche la distribuzione di *riserve*, ancorché non costituite con utili indisponibili per legge: la relazione, al riguardo, fa espressamente riferimento al caso, oggi controverso, delle riserve da sovrapprezzo, nonché di quelle da rivalutazione.

Notevolmente modificata è poi l'ipotesi di *illegale ripartizione di acconti sui dividendi*, ossia la distribuzione di acconti su un futuro dividendo in corso di esercizio, originariamente prevista dall'art. 2621, n. 3²⁷: il legislatore oggi si limita a sanzionare la

²⁷ La vecchia fattispecie incriminatrice puniva la distribuzione di acconti sui dividendi in tre distinte ipotesi; nel caso di violazione dell'art. 2433 *bis*, comma 1, che consente la distribuzione solo alle società il cui bilancio sia assoggettato per legge alla certificazione da parte di società di revisione iscritte all'albo speciale; nel caso in cui l'entità degli acconti distribuiti superi l'importo degli utili conseguiti dalla chiusura dell'esercizio precedente, diminuito delle quote che debbono essere destinate a riserva per

ripartizione di acconti sugli utili solo nel caso in cui essi non siano effettivamente conseguiti o siano destinati a riserva legale.

Una particolare riflessione richiede l'*elemento soggettivo* del reato in esame: trattandosi di contravvenzione, essa potrà essere punita anche a titolo di mera colpa dell'amministratore, eventualità tutt'altro che remota. Si pensi, ad esempio, al caso dell'amministratore che negligenzemente ripartisca utili in realtà destinati per legge a riserva.

In tale ipotesi, potrà comunque sussistere anche la responsabilità della persona giuridica, posto che il d.lgs. n. 231/2001 - e soprattutto la legge delega n. 300/2000, che prevede l'introduzione della responsabilità per gli enti anche in relazione a contravvenzioni e delitti colposi - non pone alcuna limitazione al riguardo.

In ordine alla speciale *causa di estinzione del reato* prevista dall'art. 2627, comma 2, si richiama quanto già osservato in termini generali in ordine al rilievo che tale strumento restitutorio - da esperirsi prima del termine previsto per l'approvazione del bilancio - giova nei confronti dell'autore materiale del reato, ma risulta inidoneo a far venire meno la responsabilità dell'ente.

PROFILI PROBLEMATICI

Valgono, al riguardo, le osservazioni compiute con riferimento alla disposizione precedente, risultando anche in tale caso particolarmente problematici i profili di rilevanza della fattispecie in esame in relazione alle operazioni intragruppo.

ILLECITE OPERAZIONI SULLE AZIONI O QUOTE SOCIALI O DELLA SOCIETÀ CONTROLLANTE (ART. 2628 C.C.)

Gli amministratori che, fuori dei casi consentiti dalla legge, acquistano o sottoscrivono azioni o quote sociali, cagionando una lesione all'integrità del capitale sociale o delle riserve non distribuibili per legge, sono puniti con la reclusione fino ad un anno.

La stessa pena si applica agli amministratori che, fuori dei casi consentiti dalla legge, acquistano o sottoscrivono azioni o quote emesse dalla società controllante, cagionando una lesione del capitale sociale o delle riserve non distribuibili per legge.

Se il capitale sociale o le riserve sono ricostituiti prima del termine previsto per l'approvazione del bilancio relativo all'esercizio in relazione al quale è stata posta in essere la condotta, il reato è estinto.

ESAME DELLA FATTISPECIE

Abbandonando la criticata tecnica del rinvio - scelta del resto obbligata, in considerazione della prossima riforma dell'intera disciplina in materia di società - il

obbligo legale o statutario e delle perdite degli esercizi precedenti e aumentato delle riserve disponibili; nel caso in cui la distribuzione avvenga senza che sia stato approvato il bilancio dell'esercizio precedente ovvero il prospetto contabile previsto dall'art. 2433 *bis*, comma 5, dal quale deve risultare che la situazione patrimoniale, economica e finanziaria della società consente la distribuzione degli acconti; nel caso in cui la distribuzione avvenga in difformità dalle risultanze di tali documenti contabili, o, infine, quando avvenga sulla base di un bilancio o di un prospetto contabile falsi.

legislatore ha completamente riscritto i reati previsti dagli artt. 2630, comma 1, n. 2, e 2630 *bis* in materia di operazioni su azioni proprie e della controllante.

Anche in tale ipotesi si mira a tutelare l'integrità e l'effettività del capitale sociale e delle riserve non distribuibili per legge, rispetto a fenomeni di annacquamento del medesimo che potrebbero pregiudicare l'interesse dei creditori: vengono in particolare punite le condotte degli amministratori che acquistano o sottoscrivono azioni o quote della propria società o di quella controllante (art. 2359), fuori dai casi consentiti dalla legge (cfr., in particolare, gli artt. 2357, 2359 *bis*, comma 1, 2360, 2483 e 2522), cagionando in tal modo una lesione al patrimonio sociale. La circostanza che la fattispecie in esame faccia espressamente riferimento ai soli casi di *acquisto* e *sottoscrizione* delle proprie azioni o quote induce a ritenere che oggi non assumano più rilievo penale le condotte descritte all'art. 2358, relative alla concessione di prestiti e alla fornitura di garanzie da parte della società per l'acquisto delle proprie azioni.

Soggetti attivi del reato sono esclusivamente gli amministratori. Come già in precedenza osservato a proposito dell'art. 2626, il socio alienante o l'amministratore della controllante potranno rispondere del reato a titolo di concorso solo qualora abbiano determinato o istigato gli amministratori a porre in essere il reato.

Il delitto in esame è punibile a titolo di **dolo generico**, consistente nella volontà di acquisto o sottoscrizione delle azioni o quote sociali, accompagnata dalla consapevolezza della irregolarità dell'operazione, nonché dalla volontà - o quanto meno dall'accettazione del rischio - di procurare un evento lesivo per il capitale sociale.

In ordine alla **causa estintiva** del reato prevista dall'art. 2628, comma 3, si rinvia a quanto già osservato in termini generali.

PROFILI PROBLEMATICI

Benché non vi sia un divieto assoluto in merito alle operazioni di *buy back*, la normativa vigente - nel prevedere una disciplina capillare della materia - lascia trasparire la diffidenza da parte del legislatore in merito a tali pratiche.

In realtà, le operazioni sulle azioni proprie appartengono alla fisiologia della gestione delle società e possono assolvere a varie funzioni sotto il profilo economico-aziendalistico, molte delle quali perseguite nell'interesse o a vantaggio dell'ente, e dunque idonee, ove sussistano gli estremi del reato di cui all'art. 2628, a dar luogo ad una concorrente responsabilità dell'ente medesimo.

Si pensi, ad esempio, ad operazioni di investimento di fondi sociali compiute a fini di speculazione finanziaria; ovvero al rastrellamento delle azioni per fronteggiare la prospettiva di scalate ostili mediante offerte pubbliche di acquisto; ovvero ancora, per le banche quotate in borsa, ad operazioni volte a regolarizzare i propri corsi azionari, evitando le oscillazioni del titolo in caso di assenza di domanda delle azioni della società.

Più problematica la configurabilità di una concorrente responsabilità dell'ente nell'ipotesi in cui l'operazione di *buy back* sia indirizzata più specificamente a fini interni alla compagine sociale, non direttamente riconducibili ad un interesse generale dell'ente: così, ad esempio, nel caso di acquisto di azioni realizzato al fine di rafforzare il potere di una maggioranza rispetto alle minoranze, oppure di modificare degli assetti di potere esistenti.

Un'ultima considerazione riguarda le operazioni finanziarie di c.d. *leveraged buy out*, finalizzate all'acquisto di attività di un'azienda, o di partecipazioni di società (azioni o quote), finanziate da un consistente ammontare di debiti e da un limitato o

nullo ammontare di mezzi propri, consentiti dall'utilizzo delle attività oggetto dell'acquisizione e dal flusso di cassa che l'investimento genererà in futuro. La rilevanza penale di tali operazioni - che era stata oggetto di dibattito in passato - è oggi espressamente esclusa dal legislatore: come si legge infatti nella relazione, “*le operazioni di leveraged buy out (...) sono espressamente considerate a parte dalla legge delega, che conferisce ad esse il crisma della legittimità (art. 7, lett. d)*”²⁸.

La precisazione si presenta di particolare interesse per gli istituti di credito, spesso chiamati a finanziare le operazioni di *leveraged buy out*.

OPERAZIONI IN PREGIUDIZIO DEI CREDITORI (ART. 2629 C.C.)

Gli amministratori che, in violazione delle disposizioni di legge a tutela dei creditori, effettuano riduzioni del capitale sociale o fusioni con altra società o scissioni, cagionando danno ai creditori, sono puniti, a querela della persona offesa, con la reclusione da sei mesi a tre anni.

Il risarcimento del danno ai creditori prima del giudizio estingue il reato.

ESAME DELLA FATTISPECIE

La fattispecie, posta a tutela degli interessi dei creditori in fasi particolarmente delicate della vita della società (fusioni, scissioni e riduzioni del capitale sociale) è stata oggetto di alcuni interventi che ne hanno sostanzialmente modificato la struttura. L'accostamento nella stessa fattispecie di tre vicende modificative del contratto sociale si giustifica per la somiglianza della procedura su cui si innesta la tutela penale: in tutti i casi viene in considerazione una deliberazione dell'assemblea straordinaria che determina una modifica dell'atto costitutivo e la cui esecuzione potrebbe compromettere le ragioni dei creditori, cui è dunque riconosciuto un diritto di opposizione.

Nel rispetto dello spirito della riforma, la fattispecie (originariamente prevista dall'art. 2623, n. 1) è stata trasformata da reato di pericolo (incentrato sulla mera violazione della normativa in tema di riduzione del capitale, fusione e scissione) a reato di evento, punibile soltanto ove dalla violazione della normativa suddetta sia derivato un danno per i creditori.

Al fine dunque della corretta individuazione della condotta del reato, occorre fare riferimento alla disciplina codicistica posta a tutela dei creditori, ed in particolare a quella che regola la riduzione del capitale per esuberanza (artt. 2306, 2445, rispettivamente relativi alle società di persone e quelle di capitali), nonché a quella attinente ai procedimenti di fusione o scissione della società (art. 2503, richiamato anche dall'art. 2504 *novies*, comma 4, per quanto riguarda la scissione).

Quanto alla *causa estintiva* del reato prevista dal comma 2 dell'art. 2629 e al regime di procedibilità a *querela*, si rinvia a quanto osservato in premessa.

²⁸ Ai sensi dell'art. 7 della legge delega, infatti, “la riforma della disciplina della trasformazione, fusione e scissione è ispirata ai seguenti principi e criteri direttivi: [...] d) prevedere che le fusioni tra società, una delle quali abbia contratto debiti per acquisire il controllo dell'altra, non comportano violazione del divieto di acquisto e di sottoscrizione di azioni proprie, di cui, rispettivamente, agli articoli 2357 e 2357-*quater* del codice civile, e del divieto di accordare prestiti e di fornire garanzie per l'acquisto o la sottoscrizione di azioni proprie, di cui all'articolo 2358 del codice civile”.

PROFILI PROBLEMATICI

Trattandosi di un reato che viene di regola commesso al fine di preservare l'interesse sociale, a scapito dei diritti dei creditori, evidente è il rischio che alla sua commissione da parte degli amministratori consegua un coinvolgimento della persona giuridica nel relativo procedimento penale.

Tipico è, ad esempio, il caso di una fusione tra una società in floride condizioni economiche ed un'altra in stato di forte sofferenza, realizzata senza rispettare la procedura prevista dall'art. 2503 a garanzia dei creditori della prima società, che potrebbero vedere seriamente lesa la garanzia per essi rappresentata dal capitale sociale.

Essenziale appare dunque il richiamo - indirizzato in particolare agli amministratori - al rispetto delle norme civili poste a tutela dei creditori in fasi tanto delicate della vita della società.

Quanto alle conseguenze di una eventuale condanna della società in relazione al reato in esame, si ricorda che, ai sensi dell'art. 29 del d.lgs. n. 231/2001, "nel caso di fusione, anche per incorporazione, l'ente che ne risulta risponde dei reati dei quali erano responsabili gli enti partecipanti alla fusione".

Analogamente, per quanto concerne le ipotesi di scissione, l'art. 30 dispone che "nel caso di scissione parziale, resta ferma la responsabilità dell'ente scisso per i reati commessi anteriormente alla data in cui la scissione ha avuto effetto, salvo quanto previsto dal comma 3". Inoltre, gli enti beneficiari della scissione, sia totale che parziale, sono solidalmente obbligati al pagamento delle sanzioni pecuniarie dovute dall'ente scisso per i reati commessi anteriormente alla data dalla quale la scissione ha avuto effetto. L'obbligo, peraltro, è limitato al valore effettivo del patrimonio netto trasferito al singolo ente, salvo che si tratti di ente al quale sia stato trasferito, anche in parte, il ramo di attività nell'ambito del quale è stato commesso il reato.

FORMAZIONE FITTIZIA DEL CAPITALE (ART. 2632 C.C.)

Gli amministratori e i soci conferenti che, anche in parte, formano od aumentano fittiziamente il capitale della società mediante attribuzione di azioni o quote sociali per somma inferiore al loro valore nominale, sottoscrizione reciproca di azioni o quote, sopravvalutazione rilevante dei conferimenti di beni in natura o di crediti ovvero del patrimonio della società nel caso di trasformazione, sono puniti con la reclusione fino ad un anno.

ESAME DELLA FATTISPECIE

La norma in esame assolve una funzione centrale nella tutela del capitale della società, assorbendo in sé parte delle condotte sanzionate nei previgenti artt. 2629 e 2630, comma 1, n. 1 e n. 2.

Come in passato, la norma è posta a tutela dell'effettività e integrità del capitale sociale, quale centro di una pluralità di interessi esterni ed interni all'ente, sia nella fase genetica della società, ossia in sede di costituzione o trasformazione, che nella fase dell'esercizio della gestione sociale. Sotto il primo profilo è di immediata evidenza, infatti, che il capitale della società rappresenta la garanzia di soddisfazione dei creditori sia attuali che potenziali. A ciò si aggiunga che la realizzazione dei comportamenti sanzionati dal novellato art. 2632 può cagionare un pregiudizio anche all'interesse dei

soci estranei alla commissione del reato per i riflessi sul buon nome della società e sulla sua credibilità commerciale.

Soggetti attivi del reato sono gli amministratori ed i soci conferenti che formano od aumentano fittiziamente il capitale della società con una serie di condotte alternativamente tipizzate dalla norma, recando con ciò offesa al bene giuridico tutelato.

Le modalità di aggressione espressamente previste dal legislatore consistono, alternativamente, nell'attribuzione di azioni o quote sociali per somma inferiore al loro valore nominale; nella sottoscrizione reciproca di azioni o quote; ed infine nella sopravvalutazione rilevante dei conferimenti di beni in natura o di crediti ovvero del patrimonio della società nel caso di trasformazione.

In ordine alla prima delle predette modalità di realizzazione della condotta tipica, lo scopo del legislatore è quello di evitare che le azioni o le quote siano emesse per un valore nominale minore di quello dichiarato: in tale ipotesi, infatti, il capitale sociale sarebbe gonfiato in misura corrispondente alla differenza fra valore di attribuzione e valore nominale. La scelta del termine "attribuire" in luogo dell'originario "emettere" determina un'anticipazione rispetto al passato della soglia di punibilità dal momento della messa in circolazione delle azioni o quote a quello della sottoscrizione delle stesse.

La seconda ipotesi di condotta - che si riferisce alla fase di esercizio della gestione sociale - riguarda la sottoscrizione reciproca di azioni o quote, sanzionata in quanto idonea a creare un'illusoria moltiplicazione della ricchezza con conseguente lesione degli interessi protetti. Va precisato che la condotta in parola non presuppone la contestualità e la connessione delle due operazioni, essendo sufficiente un accordo finalizzato allo scambio di azioni o quote.

Anche la terza condotta incriminata - realizzata, in particolare, attraverso una "sopravvalutazione rilevante" dei conferimenti dei beni in natura o di crediti o del patrimonio della società in caso di trasformazione - determina l'illusione di un aumento di ricchezza a danno dei soci o dei terzi. Al riguardo, si pone in particolare il problema di stabilire quando possa parlarsi di sopravvalutazione rilevante, elemento oggi richiesto, in luogo della "fraudolenta esagerazione", per la sussistenza del reato: si richiamano in proposito i già citati criteri di ragionevolezza e correlazione tra il risultato della stima ed i parametri di valutazione seguiti ed esposti, criteri già parzialmente esplicitati dal legislatore civile all'art. 2343.

L'**oggetto materiale** della condotta in esame è costituito dai beni, dai crediti e dal patrimonio della società nel caso di trasformazione: in tale ultima ipotesi rileva, in particolare, il patrimonio netto della società che si trasforma (artt. 2498-2500).

Il delitto è punito a titolo di **dolo generico**: pertanto, è richiesta la coscienza e volontà di formare o aumentare fittiziamente il capitale sociale, attraverso le condotte descritte nella norma.

PROFILI PROBLEMATICI

Le operazioni idonee ad integrare l'elemento oggettivo del reato in esame possono essere compiute per una pluralità di fini, molti dei quali realizzabili nell'interesse o a vantaggio dell'ente. Si pensi, in particolare, all'aumento fittizio del capitale sociale operato tramite una sopravvalutazione dei beni posseduti al fine di fornire all'esterno la rappresentazione - evidentemente fallace - di una solida situazione patrimoniale della società.

INDEBITA RIPARTIZIONE DEI BENI SOCIALI DA PARTE DEI LIQUIDATORI (ART. 2633 C.C.)

I liquidatori che, ripartendo i beni sociali tra i soci prima del pagamento dei creditori sociali o dell'accantonamento delle somme necessario a soddisfarli, cagionano danno ai creditori, sono puniti, a querela della persona offesa, con la reclusione da sei mesi a tre anni.

Il risarcimento del danno ai creditori prima del giudizio estingue il reato.

La norma in esame, quale riflesso diretto dell'autonomia patrimoniale dell'ente, tutela il diritto di prelazione dei creditori sociali rispetto ai soci, sul patrimonio della società.

Antecedentemente alla riforma, il reato era previsto dall'art. 2625, rispetto al quale il nuovo art. 2633 presenta un importante elemento di novità consistente nel danno ai creditori.

Si tratta di un reato proprio che può dunque essere integrato esclusivamente dai liquidatori di società commerciali, nominati ai sensi degli artt. 2272, 2274 e 2275. Inoltre, per effetto dell'art. 2639 c.c., rispondono del reato in esame anche coloro che, pur privi di un'investitura formale, svolgono di fatto l'attività in questione (così, ad esempio, i soci che, in assenza di nomina dei liquidatori, operino come tali). Il socio beneficiario della ripartizione, non essendo indicato tra i soggetti attivi, potrà rispondere del reato in esame solo qualora la sua condotta non si sia esaurita nella passiva accettazione del bene (così, ad esempio, nel caso di istigazione a commettere il reato).

E' richiesta, inoltre, quale presupposto del fatto tipico, l'avvenuta apertura della fase di liquidazione, requisito necessario perché si possa procedere alla realizzazione dei comportamenti sanzionati.

La **condotta**, infatti, incrimina la distribuzione ai soci di alcuni dei beni sociali, prima della soddisfazione delle pretese creditorie o dell'accantonamento delle risorse necessarie a tal fine, quando ciò abbia cagionato un danno ai creditori dell'ente.

Non occorre che il riparto riguardi l'attivo sociale nella sua totalità, così come non è richiesto che ad esso partecipino tutti i soci.

La necessità della sussistenza di un pregiudizio effettivo costituisce una significativa novità introdotta dal d.lgs n. 61/2002 che, trasformando l'art. 2633 in illecito di evento, incide sulla sua consumazione, ora individuabile al momento del verificarsi del pregiudizio. Il delitto non sussisterà quindi in quei casi in cui la consistenza dell'attivo sia tale da evitare un danno ai creditori, anche qualora si fosse provveduto a ripartire i beni sociali fra i soci prima del pagamento dei debiti della società.

Ai fini della sussistenza dell'**elemento soggettivo**, è richiesto il dolo generico, rilevando la semplice volontà di operare la distribuzione ai soci con la consapevolezza dell'ammontare dei crediti e non essendo invece richiesto che il soggetto voglia altresì ledere le ragioni dei creditori.

Quanto al regime di procedibilità - **querela** della persona offesa - e alla **causa di estinzione del reato** prevista dal comma 2 dell'art. 2633, si rinvia a quanto osservato in sede di premessa, con particolare riferimento agli effetti che può determinare in ordine alla responsabilità della persona giuridica un'eventuale remissione della querela o il risarcimento del danno patito dai creditori.

ILLECITA INFLUENZA SULL'ASSEMBLEA (Art. 2636 C.C.)

Chiunque, con atti simulati o fraudolenti, determina la maggioranza in assemblea, allo scopo di procurare a sé od altri un ingiusto profitto, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.

ESAME DELLA FATTISPECIE

La fattispecie in parola sostituisce il precedente art. 2630, comma 1, n. 3, mantenendo invariato l'oggetto di tutela, ossia la regolare formazione di maggioranze assembleari frutto del libero consenso dei soci ed effettuate nel rispetto della legge e dello statuto. L'attuale disciplina normativa, nel solco della precedente, protegge questo bene giuridico in quanto strumentale alla garanzia di altri interessi, quali quelli della società, dei soci *uti singuli* (in particolar modo di quelli estranei al gruppo di comando), dei terzi (ad esempio i creditori sociali).

In ordine all'elemento oggettivo del reato, si osserva che, per quanto attiene ai soggetti attivi, il reato si trasforma da illecito a soggettività propria ad illecito comune, essendo realizzabile da chiunque e non più, come in passato, dai soli amministratori.

L'ipotesi delittuosa in oggetto, inoltre, è oggi prevista come reato di evento, richiedendo *expressis verbis* che le manovre incriminate abbiano determinato una maggioranza in assemblea ed escludendo pertanto il rilievo dell'influenza non significativa. Si ritiene al riguardo decisiva la c.d. prova di resistenza della maggioranza sospetta, l'accertamento, cioè, del rilievo non marginale dei voti inquinati dalla manovra illecita: ove tale prova dia esito negativo, la condotta dovrà considerarsi lecita.

Ai fini della sussistenza dell'elemento soggettivo è richiesto il dolo specifico, consistente nel fine di perseguire per sé o per altri un ingiusto profitto.

PROFILI PROBLEMATICI

Per ciò che attiene gli eventuali profili di rischio in relazione all'esercizio dell'attività bancaria, vengono in particolare in considerazione le fraudolente manovre degli amministratori o di soci idonee ad influenzare il costituirsi delle maggioranze assembleari, allo scopo di far assumere deliberazioni conformi all'interesse della società, ma che pure appaiono assunte in spregio dei diritti delle minoranze nonché attraverso mezzi illeciti e tali da determinare un pregiudizio al corretto funzionamento degli organi sociali.

AGGIOTAGGIO (ART. 2637 C.C)

Chiunque diffonde notizie false, ovvero pone in essere operazioni simulate o altri artifici concretamente idonei a provocare una sensibile alterazione del prezzo di

strumenti finanziari, quotati o non quotati, ovvero ad incidere in modo significativo sull'affidamento che il pubblico ripone nella stabilità patrimoniale di banche o di gruppi bancari, è punito con la pena della reclusione da uno a cinque anni.

ESAME DELLA FATTISPECIE

L'agiotaggio rappresenta il più grave tra i reati societari oggi previsti dal codice civile. La fattispecie contemplata dall'art. 2637 accorpa in sé le diverse figure in precedenza previste dal codice civile e dalla legislazione speciale (in particolare, artt. 2628 c.c., 138 T.U. bancario e 181 T.U. finanza), risolvendo così lo stato di vera e propria "confusione normativa" generato dalla coesistenza di vari e disarmonici reati.

Si tratta di una fattispecie destinata alla tutela dell'economia pubblica e della trasparenza del mercato nei confronti delle aggressioni di chiunque (si integra infatti un reato comune) ricorra a mezzi fraudolenti idonei a turbare l'equilibrio del mercato relativo a strumenti finanziari o ad incidere in modo significativo sull'affidamento che il pubblico ripone nella stabilità patrimoniale di banche o di gruppi bancari.

Come si vede, dunque, l'*oggettività giuridica* del reato in esame - che riveste particolare importanza anche in sede di selezione dei comportamenti punibili - assume una particolare connotazione con riferimento all'attività bancaria: l'attenzione del legislatore si concentra sulla turbativa dell'immagine di stabilità e liquidità della banca e dunque, di riflesso, del mercato del credito. Un particolare rilievo assume anche il riferimento al gruppo, inteso come elemento fondamentale della stabilità del sistema bancario, palesando l'intento del legislatore - anche penale - di considerarlo come soggetto giuridico distinto dalle singole banche che ne fanno parte.

Sotto il profilo della condotta la norma appare assai più lineare e sintetica rispetto al passato: sostanzialmente invariato l'oggetto materiale (*strumenti finanziari* quotati o non quotati), è stato invece eliminato il riferimento, contenuto negli artt. 138 T.U. bancario e 181 T.U. finanza²⁹ (ma non nell'art. 2628 c.c.) alle notizie esagerate o tendenziose, ritenuto superfluo e carente sotto il profilo della tipicità, di talché oggi assume rilievo solo la diffusione di notizie *false* ovvero il compimento di operazioni fraudolente.

Il reato è inoltre oggi strutturato esplicitamente in termini di pericolo concreto, nel senso che assumono rilievo penale soltanto le notizie ed i comportamenti *price sensitive*, ossia idonei ad influenzare sensibilmente il mercato, ovvero, con particolare riferimento proprio agli istituti e ai gruppi bancari, ad incidere significativamente sulla fiducia riposta dal pubblico nella loro stabilità patrimoniale.

²⁹ L'abrogazione di tale fattispecie - disposta dall'art. 8 del decreto - ha indotto il legislatore a coordinare il nuovo art. 2637 c.c. con le norme che facevano originariamente riferimento all'art. 181 T.U. finanza: in particolare, ai sensi dell'art. 182 T.U. finanza, la condanna per il delitto di agiotaggio, qualora la condotta abbia ad oggetto strumenti finanziari quotati, implica l'applicazione delle pene accessorie previste dagli artt. 28 (interdizione dai pubblici uffici), 30 (interdizione da una professione o un'arte), 32 *bis* (interdizione temporanea dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese) e 32 *ter* c.p. (incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione), per una durata non inferiore a sei mesi e non superiore a due anni, nonché la pubblicazione della sentenza di condanna. Inoltre, ai sensi dell'art. 184 T.U. finanza, può essere disposta la misura interdittiva del divieto temporaneo di esercizio di attività professionali o imprenditoriali anche in deroga all'art. 287 c.p.p. Di particolare interesse è l'art. 183 T.U. finanza, ai sensi del quale il reato di agiotaggio - così come quello di *insider trading* - è punibile anche se commesso all'estero, qualora attenga a strumenti finanziari negoziati presso mercati regolamentati italiani (comma 1), nonché a strumenti finanziari ammessi alla negoziazione nei mercati regolamentati italiani o di altri Paesi dell'Unione europea (comma 2).

PROFILI PROBLEMATICI

L'esperienza concreta e l'approfondimento scientifico hanno portato alla luce vari esempi di aggrottaggio, alcuni dei quali possono senza dubbio essere realizzati nell'interesse o a vantaggio di una società: tali sono, ad esempio, l'*action based manipulation*, ossia il compimento di operazioni simulate idonee a determinare l'apparenza di un mercato attivo attraverso il trasferimento - in realtà privo di effetti - di strumenti finanziari; ovvero l'*information based manipulation*, che si realizza con la diffusione di notizie false e tuttavia credibili, tali da condizionare il prezzo di strumenti finanziari.

Trattandosi di un reato comune, è importante che l'istituto creditizio, nel predisporre il modello organizzativo, richiami tutti gli operatori - e dunque non soltanto coloro che sono posti in posizione apicale - affinché si astengano dal diffondere notizie false o porre in essere operazioni fraudolente, tali da poter ingannare il pubblico in ordine alla reale situazione di una banca, così da incidere - a vantaggio o nell'interesse dell'ente - sull'affidamento che i terzi rivestono nella stabilità della medesima.

Dovranno in particolare essere oggetto di espressa censura i comportamenti fraudolenti diretti a danneggiare l'immagine presso il pubblico di una banca concorrente o ad attuare una ritorsione nei confronti di un altro istituto, minandone la credibilità.

OSTACOLO ALL'ESERCIZIO DELLE FUNZIONI DELLE AUTORITÀ PUBBLICHE DI VIGILANZA (ART. 2638 C.C.)

Gli amministratori, i direttori generali, i sindaci e i liquidatori di società o enti e gli altri soggetti sottoposti per legge alle autorità pubbliche di vigilanza, o tenuti ad obblighi nei loro confronti, i quali nelle comunicazioni alle predette autorità previste in base alla legge, al fine di ostacolare l'esercizio delle funzioni di vigilanza, espongono fatti materiali non rispondenti al vero, ancorché oggetto di valutazioni, sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria dei sottoposti alla vigilanza ovvero, allo stesso fine, occultano con altri mezzi fraudolenti, in tutto o in parte fatti che avrebbero dovuto comunicare, concernenti la situazione medesima, sono puniti con la reclusione da uno a quattro anni. La punibilità è estesa anche al caso in cui le informazioni riguardino beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi.

Sono puniti con la stessa pena gli amministratori, i direttori generali, i sindaci e i liquidatori di società, o enti e gli altri soggetti sottoposti per legge alle autorità pubbliche di vigilanza o tenuti ad obblighi nei loro confronti, i quali, in qualsiasi forma, anche omettendo le comunicazioni dovute alle predette autorità, consapevolmente ne ostacolano le funzioni.

ESAME DELLA FATTISPECIE

La fattispecie in esame - riconducibile alla categoria dei *reati tipici* - ai fini che qui rilevano rappresenta l'innovazione per certi aspetti principale introdotta dalla riforma ed è posta a tutela del corretto svolgimento delle funzioni di controllo affidate alle pubbliche autorità di vigilanza.

E' di tutta evidenza l'importanza che la fattispecie in esame assume nell'ambito dell'attività bancaria, oggetto di approfonditi e capillari controlli da parte della Banca

d'Italia: la vigilanza assolve infatti ad una funzione importantissima, avendo riguardo alla "sana e prudente gestione dei soggetti vigilati" (ossia banche, gruppi bancari e intermediari finanziari), alla "stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario, nonché all'osservanza delle disposizioni in materia creditizia" (art. 5 T.U. bancario). Analoga importanza hanno, nell'ambito delle sue specifiche competenze, i controlli affidati alla Consob.

Al riguardo, la delega conferita all'esecutivo era molto ampia, prescrivendo di "armonizzare e coordinare le ipotesi sanzionatorie riguardanti falsità nelle comunicazioni alle autorità pubbliche di vigilanza, ostacolo allo svolgimento delle relative funzioni e omesse comunicazioni alle autorità medesime da parte di amministratori generali, sindaci e liquidatori di società, enti o soggetti sottoposti per legge alla vigilanza di tali autorità, anche mediante la formulazione di fattispecie a carattere generale" (art. 11, lett. b).

La norma dell'art. 2638, fulcro del sistema di tutela della funzione di vigilanza, assomma in sé i reati, ora abrogati, originariamente previsti dagli artt. 134, comma 1 (false comunicazioni alla Banca d'Italia) e 2 (ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza), T.U. bancario³⁰, 171, commi 1 (false comunicazioni alla Banca d'Italia e alla Consob) e 2 (ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza)³¹, e 174 T.U. finanza (false comunicazioni e ostacolo alle funzioni della Consob)³².

L'intervento era in effetti necessario, posti i difetti di coordinamento ravvisabili nell'ambito di tale complessa normativa ed è stato finalizzato ad una complessiva semplificazione della materia: è previsto un unico reato di natura delittuosa (non più punibile, dunque, in presenza di mera colpa), alla cui commissione consegue la sanzione – anch'essa unica – della reclusione da uno a quattro anni.

³⁰ Più in particolare il reato puniva, con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da due milioni a venti milioni di lire, la condotta di "chi svolge funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso banche, intermediari finanziari e soggetti inclusi nell'ambito della vigilanza consolidata ed espone, nelle comunicazioni alla Banca d'Italia, fatti non rispondenti al vero sulle condizioni economiche delle banche, degli intermediari finanziari o dei citati soggetti o nasconde, in tutto o in parte, fatti concernenti le condizioni stesse al fine di ostacolare l'esercizio delle funzioni di vigilanza". Il comma 2 puniva poi, con l'arresto fino a un anno e con l'ammenda da venticinque milioni a cento milioni di lire, chi nello svolgimento di funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso banche, intermediari finanziari, soggetti inclusi nell'ambito della vigilanza consolidata ovvero presso altre società comunque sottoposte alla vigilanza della Banca d'Italia, ne ostacolasse le funzioni di vigilanza.

³¹ La norma puniva, con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da due milioni a venti milioni di lire, chiunque, fuori dai casi previsti dall'art. 134, comma 1, T.U. bancario, esercitando funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso soggetti abilitati allo svolgimento di servizi di investimento o di gestione collettiva del risparmio, al fine di ostacolare l'esercizio delle funzioni di vigilanza, esponesse, nelle comunicazioni alla Banca d'Italia o alla CONSOB, fatti non rispondenti al vero sulle condizioni economiche di detti soggetti o sulle attività svolte per conto degli investitori, ovvero, allo stesso fine, nascondesse, in tutto o in parte, fatti, che avrebbe dovuto comunicare, concernenti le condizioni e le attività stesse". Il comma 2 puniva poi con l'arresto fino a un anno e con l'ammenda da venticinque milioni a cento milioni di lire chi, esercitando funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso soggetti abilitati allo svolgimento di servizi di investimento o di gestione collettiva del risparmio, recasse ostacolo alle funzioni di vigilanza attribuite alla Banca d'Italia o alla CONSOB.

³² Art. 174: "1. Salvo che il fatto costituisca reato più grave, chi espone false informazioni nelle comunicazioni previste dagli articoli 94, 102, 113, 114, 115, 120, commi 2 e 3, e 144 commi 2 e 4, è punito con l'arresto da sei mesi a tre anni e con l'ammenda da lire dieci milioni a lire cento milioni.

2. Fuori dai casi previsti al comma 1, chi svolge funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso emittenti quotati e ostacola l'esercizio delle funzioni della CONSOB è punito con l'arresto da sei mesi a tre anni e con l'ammenda da lire venticinque milioni a lire cento milioni".

La condotta si articola in due modalità (false comunicazioni ed ostacolo all'attività di vigilanza), in relazione alle quali si prescinde dall'individuazione dell'autorità di vigilanza e del settore di mercato oggetto di tutela, determinando non poche incertezze sul piano applicativo.

Così, nel comma 1 (*false comunicazioni alle autorità di vigilanza*), si puniscono gli amministratori, i direttori generali, i sindaci ed i liquidatori di società, enti ed altri soggetti sottoposti per legge alle autorità pubbliche di vigilanza o tenuti ad obblighi nei loro confronti, che nelle comunicazioni indirizzate alla predette autorità *previste in base alla legge* espongono fatti materiali non rispondenti al vero, ancorché oggetto di valutazioni, sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o occultano con mezzi fraudolenti, in tutto o in parte, fatti che avrebbero dovuto comunicare.

E' interessante notare che nella seconda ipotesi, quella che fonda la punibilità della condotta omissiva, il legislatore individua l'oggetto materiale del reato non nelle comunicazioni previste dalla legge, ma nelle comunicazioni dovute: sembra dunque doversi ritenere che, per quanto concerne l'ipotesi omissiva, potranno assumere rilievo penale anche le comunicazioni che siano previste come dovute da fonti diverse dalla legge, quali ad esempio i regolamenti.

In entrambe le ipotesi ai fini della sussistenza del reato è richiesto il dolo specifico (finalità di ostacolare l'attività di vigilanza), accompagnato dalla consapevolezza della falsità delle comunicazioni trasmesse o delle omissioni realizzate.

Il comma 2 dell'art. 2638 sanziona invece l'ostacolo alla vigilanza, punendo la condotta, attiva o omissiva, che in qualsiasi forma ostacoli le funzioni di vigilanza, anche mediante l'omessa comunicazione dovuta all'autorità. Si tratta, a differenza dell'ipotesi precedente, di un reato di danno a forma libera, in cui è richiesto che l'attività delittuosa ostacoli in concreto lo svolgimento delle funzioni demandate alle autorità di vigilanza.

Anche in relazione a tale delitto è richiesto il dolo generico, che, come si desume dall'avverbio "consapevolmente", si atteggia in particolare come dolo diretto, con esclusione dunque di quello eventuale.

PROFILI PROBLEMATICI

Come si è già evidenziato, il particolare e capillare regime di vigilanza che presidia lo svolgimento dell'attività bancaria, induce a valutare concreto il rischio che un istituto bancario, per tramite di soggetti che agiscano nel suo interesse o vantaggio ed in violazione dei principi fissati dal modello organizzativo, possa essere chiamato a rispondere in relazione al reato in esame.

Gli ambiti di attività in relazione ai quali si prospetta un dovere di collaborazione con l'autorità di vigilanza sono diversi: vengono in considerazione, ad esempio, la *vigilanza informativa o ispettiva*, nell'ambito della quale le banche sono tenute a trasmettere alla Banca d'Italia i bilanci, le segnalazioni periodiche, nonché ogni dato e documento richiesto (art. 51 e, per la vigilanza su base consolidata, art. 66), ad esibire i documenti richiesti in sede di ispezione (art. 54 e 68); ovvero la *vigilanza regolamentare* (art. 53, 67 T.U. bancario). In relazione a tale ultimo settore, ad esempio, il reato che, lo si ricorda, si presenta a forma libera, tale cioè da ricomprendere comportamenti ostruzionistici di varia natura, si potrà configurare nel caso di inottemperanza all'ordine di convocazione degli amministratori, dei sindaci e dei dirigenti delle banche "per esaminare la situazione delle stesse", oppure di omessa

convocazione degli organi collegiali delle banche quando questa venga richiesta dalla Banca d'Italia "per proporre l'assunzione di determinate decisioni".

Ad analoghe conclusioni si perviene con riferimento alle comunicazioni dovute alla Consob e previste dal T.U. della finanza: si pensi, ad esempio, a quanto previsto dall'art. 115 in tema di comunicazioni dovute da società emittenti quotate.

Si impone dunque, al riguardo, una particolare attenzione da parte dell'istituto nel richiamare i soggetti posti in posizione apicale ad improntare i rapporti con le autorità di vigilanza a criteri di correttezza, trasparenza e collaborazione, evitando comportamenti che possano in qualsiasi modo considerarsi di ostacolo all'attività che tali autorità sono chiamate a svolgere a garanzia del settore del credito.

Testo del decreto-legge 25 settembre 2001, n. 350 coordinato con la legge di conversione 23 novembre 2001, n. 409

“Disposizioni urgenti in vista dell’introduzione dell’euro, in materia di tassazione dei redditi di natura finanziaria, di emersione di attività detenute all’estero, di cartolarizzazione e di altre operazioni finanziarie”

(in Gazzetta Ufficiale n. 274 del 24 novembre 2001)

Sezione II

DISPOSIZIONI CONTRO LA FALSIFICAZIONE DELL'EURO

Art. 4.

*Tutela penale delle banconote e delle monete
in euro non ancora emesse*

1. Al decreto legislativo 24 giugno 1998, n. 213, dopo l'articolo 52-ter è inserito il seguente titolo:

«Titolo IX

DISPOSIZIONI A TUTELA DELLE BANCONOTE E MONETE
METALLICHE IN EURO NON AVENTI CORSO LEGALE

Art. 52-quater.

*Falsificazione di banconote e monete
in euro non aventi corso legale*

1. Agli effetti della legge penale, alle monete aventi corso legale nello Stato sono equiparate le banconote e le monete metalliche in euro che ancora non hanno corso legale, nonché i valori di bollo espressi in moneta euro non aventi ancora corso legale.

2. L'equiparazione stabilita dal comma 1 ha efficacia per i reati commessi prima del 1° gennaio 2002.

3. Per i delitti previsti dagli articoli 453, 454, 455, 456, 457, 459, 460, 461 e 464 del codice penale commessi entro la data di cui al comma 2, le pene rispettivamente stabilite sono diminuite di un terzo, salvo che, nei casi di falsificazione, il colpevole abbia posto in circolazione le monete o i valori di bollo successivamente a tale data.

Art. 52-quinquies.

*Responsabilità amministrativa degli enti per falsità
in monete euro non aventi corso legale*

1. Per i delitti indicati nell'articolo 25-bis del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, che hanno ad oggetto banconote o monete metalliche in euro che ancora non hanno corso legale ovvero valori di bollo espressi in moneta euro che ancora non ha corso legale, si applicano all'ente le sanzioni pecuniarie previste dal citato articolo 25-bis, diminuite di un terzo. La diminuzione non opera nei casi di falsificazione quando il colpevole ha posto in circolazione le monete o i valori di bollo successivamente al 31 dicembre 2001.»

Riferimenti normativi:

— Il decreto legislativo 24 giugno 1998, n. 213, recante «Disposizione per l'introduzione dell'euro nell'ordinamento nazionale, a norma dell'art. 1, comma 1, della legge 17 dicembre 1997, n. 433», è pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* 8 luglio 1998, n. 157, supplemento ordinario.

Art. 5.

*Acquisto o detenzione di ologrammi
Modifica dell'articolo 461 del codice penale*

01. Al primo comma dell'articolo 461 del codice penale, dopo la parola: «filigrane», sono inserite le seguenti: «, programmi informatici».

1. Nell'articolo 461 del codice penale, dopo il primo comma è aggiunto il seguente: «La stessa pena si applica se le condotte previste dal primo comma hanno ad oggetto ologrammi o altri componenti della moneta destinati ad assicurarne la protezione contro la contraffazione o l'alterazione.»

Riferimenti normativi:

— Si riporta il testo dell'art. 461 del codice penale, così come modificato dalla presente legge:

«Art. 461 (Fabbricazione o detenzione di filigrane o di strumenti destinati alla falsificazione di monete, di valori di bollo o di carta filigranata). — Chiunque fabbrica, acquista, detiene o aliena filigrane, programmi informatici o strumenti destinati esclusivamente alla contraffazione o alterazione di monete, di valori di bollo o di carta filigranata è punito, se il fatto non costituisce un più grave reato, con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da lire duecentomila a un milione.

La stessa pena si applica se le condotte previste dal primo comma hanno ad oggetto ologrammi o altri componenti della moneta destinati ad assicurare la protezione contro la contraffazione o l'alterazione.»

Art. 6.

Responsabilità amministrativa degli enti

1. Dopo l'articolo 25 del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, è inserito il seguente:

«Art. 25-bis (Falsità in monete, in carte di pubblico credito e in valori di bollo). — 1. In relazione alla commissione dei delitti previsti dal codice penale in materia di falsità in monete, in carte di pubblico credito e in valori di bollo, si applicano all'ente le seguenti sanzioni pecuniarie:

a) per il delitto di cui all'articolo 453 la sanzione pecuniaria da trecento a ottocento quote;

b) per i delitti di cui agli articoli 454, 460 e 461 la sanzione pecuniaria fino a cinquecento quote;

c) per il delitto di cui all'articolo 455 le sanzioni pecuniarie stabilite dalla lettera a), in relazione all'articolo 453, e dalla lettera b), in relazione all'articolo 454, ridotte da un terzo alla metà;

d) per i delitti di cui agli articoli 457 e 464, secondo comma, le sanzioni pecuniarie fino a duecento quote;

e) per il delitto di cui all'articolo 459 le sanzioni pecuniarie previste dalle lettere a), c) e d) ridotte di un terzo;

f) per il delitto di cui all'articolo 464, primo comma, la sanzione pecuniaria fino a trecento quote.

2. Nei casi di condanna per uno dei delitti di cui agli articoli 453, 454, 455, 459, 460 e 461 del codice penale, si applicano all'ente le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, per una durata non superiore ad un anno.»

Riferimenti normativi:

— Il decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, recante «Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'art. 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300», è pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* 19 giugno 2001, n. 140.

Decreto Legislativo 11 aprile 2002, n. 61

“Disciplina degli illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali, a norma dell’articolo 11 della legge 3 ottobre 2001, n. 366”

(in Gazzetta Ufficiale n. 88 del 15 aprile 2002)

Art. 3.

Responsabilità amministrativa delle società

1. La rubrica della sezione III del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, è sostituita dalla seguente: «Responsabilità amministrativa da reato».

2. Dopo l'articolo 25-*bis* del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, è inserito il seguente:

«Articolo 25-*ter* (*Reati societari*). — 1. In relazione ai reati in materia societaria previsti dal codice civile, se commessi nell'interesse della società, da amministratori, direttori generali o liquidatori o da persone sottoposte alla loro vigilanza, qualora il fatto non si fosse realizzato se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi inerenti alla loro carica, si applicano le seguenti sanzioni pecuniarie:

a) per la contravvenzione di false comunicazioni sociali, prevista dall'articolo 2621 del codice civile, la sanzione pecuniaria da cento a centocinquanta quote;

b) per il delitto di false comunicazioni sociali in danno dei soci o dei creditori, previsto dall'articolo 2622, primo comma, del codice civile, la sanzione pecuniaria da centocinquanta a trecentotrenta quote;

c) per il delitto di false comunicazioni sociali in danno dei soci o dei creditori, previsto dall'articolo 2622, terzo comma, del codice civile, la sanzione pecuniaria da duecento a quattrocento quote;

d) per la contravvenzione di falso in prospetto, prevista dall'articolo 2623, primo comma, del codice civile, la sanzione pecuniaria da cento a centotrenta quote;

e) per il delitto di falso in prospetto, previsto dall'articolo 2623, secondo comma, del codice civile, la sanzione pecuniaria da duecento a trecentotrenta quote;

f) per la contravvenzione di falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni delle società di revisione, prevista dall'articolo 2624, primo comma, del codice civile, la sanzione pecuniaria da cento a centotrenta quote;

g) per il delitto di falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni delle società di revisione, previsto dall'articolo 2624, secondo comma, del codice civile, la sanzione pecuniaria da duecento a quattrocento quote;

h) per il delitto di impedito controllo, previsto dall'articolo 2625, secondo comma, del codice civile, la sanzione pecuniaria da cento a centottanta quote;

i) per il delitto di formazione fittizia del capitale, previsto dall'articolo 2632 del codice civile, la sanzione pecuniaria da cento a centottanta quote;

l) per il delitto di indebita restituzione dei conferimenti, previsto dall'articolo 2626 del codice civile, la sanzione pecuniaria da cento a centottanta quote;

m) per la contravvenzione di illegale ripartizione degli utili e delle riserve, prevista dall'articolo 2627 del codice civile, la sanzione pecuniaria da cento a centotrenta quote;

n) per il delitto di illecite operazioni sulle azioni o quote sociali o della società controllante, previsto dall'articolo 2628 del codice civile, la sanzione pecuniaria da cento a centottanta quote;

o) per il delitto di operazioni in pregiudizio dei creditori, previsto dall'articolo 2629 del codice civile, la sanzione pecuniaria da centocinquanta a trecentotrenta quote;

p) per il delitto di indebita ripartizione dei beni sociali da parte dei liquidatori, previsto dall'articolo 2633 del codice civile, la sanzione pecuniaria da centocinquanta a trecentotrenta quote;

q) per il delitto di illecita influenza sull'assemblea, previsto dall'articolo 2636 del codice civile, la sanzione pecuniaria da centocinquanta a trecentotrenta quote;

r) per il delitto di aggrataggio, previsto dall'articolo 2637 del codice civile, la sanzione pecuniaria da duecento a cinquecento quote;

s) per i delitti di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza, previsti dall'articolo 2638, primo e secondo comma, del codice civile, la sanzione pecuniaria da duecento a quattrocento quote;

3. Se, in seguito alla commissione dei reati di cui al comma 1, l'ente ha conseguito un profitto di rilevante entità, la sanzione pecuniaria è aumentata di un terzo.»

RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA DEGLI ENTI
PER REATI PREVISTI DAL CODICE PENALE

(artt. 24, 25, 25 bis d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231)

PREMESSA

1. L'esame dei reati contemplati nel D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231 postula una necessaria premessa di ordine generale in ordine alla qualifica soggettiva degli operatori bancari, elemento che assume particolare rilievo ai fini della configurabilità dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione contemplati nel decreto.

Come noto la riforma del codice penale avvenuta nel 1990, accogliendo la concezione funzionale-oggettiva delle nozioni di pubblico ufficiale ed incaricato di pubblico servizio, ha avallato le conclusioni cui erano già pervenute, alla fine degli anni '80, dottrina e giurisprudenza in ordine alla natura privatistica dell'attività bancaria ordinaria svolta dagli enti creditizi pubblici o privati, operanti in regime concorrenziale. Il Testo Unico bancario ha poi ulteriormente ribadito la validità di tale conclusione, confermando, all'art. 10, che "la raccolta di risparmio tra il pubblico e l'esercizio del credito costituiscono l'attività bancaria. Essa ha carattere di impresa".

Conseguentemente, ai dipendenti e funzionari degli enti creditizi nello svolgimento di operazioni inerenti all'ordinaria attività bancaria, quale ad esempio la raccolta del risparmio e/o l'erogazione del credito, non possono più essere attribuite le qualifiche soggettive di cui agli artt. 357 e 358 c.p.

Tuttavia, l'accoglimento della qualificazione privatistica della normale attività bancaria non esclude la connotazione pubblicistica di altre attività. In particolare, la giurisprudenza della Suprema Corte ha ritenuto – pur sulla base di argomentazioni che invero a volte prescindono dal solido ancoraggio al dettato degli artt. 357 e 358 c.p. – che lo statuto penale della pubblica amministrazione possa essere applicato ai dipendenti e funzionari della banca per le attività che esulano dalla gestione ordinaria del credito, quali:

- a) operazioni che attengono alla *costituzione o all'estinzione dell'Ente*, al *funzionamento dei suoi organi statutari*, all'*esercizio dei poteri di organizzazione ed amministrazione degli utili* (cfr. Cass. pen., 18.12.1989, in *Riv. pen.*, 1989, 849);

- b) operazioni che attengono all'attività di intermediazione bancaria consistente nella distribuzione di *titoli del debito pubblico* (Cass. pen., S.U., 16.7.1987, Tuzet);
- c) operazioni svolte in campo *monetario, valutario, fiscale e finanziario*, in sostituzione di enti pubblici non economici, nella veste di banche agenti o delegate: in tale categoria rientra, ad esempio, l'attività di riscossione dell'IVA (Cass. pen., sez. VI, 24.4.1997, Sbrocca);
- d) operazioni relative alle attività di concessione e gestione dei "*crediti di scopo legale*" e a quelle rientranti nel settore dei c.d. "*crediti speciali o agevolati*": "*questi tipi di credito – si è infatti rilevato – gravano in varia misura sulla finanza pubblica, normalmente sono erogati attraverso un provvedimento pubblico di natura concessoria o autorizzatoria, sono soggetti a revoca ed assistiti da privilegi e procedure particolari. Inoltre, le categorie dei destinatari e i presupposti per ottenerli sono stabiliti dalla legge e la loro gestione è affidata ad istituti speciali o a sezioni speciali di normali istituti che vigilano perché il credito abbia la destinazione voluta dall'ente finanziatore*" (Cass. pen., S.U., 16.7.1987, Tuzet);
- e) operazioni relative all'erogazione dei *crediti agrari agevolati*. Al riguardo, si è infatti osservato che tali crediti assumono rilievo pubblicistico, anche dopo le modifiche introdotte dal nuovo Testo Unico bancario, in quanto aventi natura di finanziamenti di scopo legale, il cui credito viene concesso in vista di una specifica utilizzazione che va individuata nell'interesse pubblico al sostegno e all'incremento dell'attività agricola (in questo senso, cfr. Trib. Milano, 15.1.1998, Oglio. Peraltro, in senso contrario, cfr. Cass. pen., Sez. VI, 17.6.1985, Marocchini, che ha rilevato come l'attività di erogazione dei crediti agrari si esplica attraverso strumenti negoziali tipici del diritto privato, circostanza che induce ad escludere la natura pubblicistica di questa attività).

2. L'altra imprescindibile premessa che si ritiene di dover prospettare concerne i limiti oggettivi della responsabilità degli enti per i reati commessi dai dipendenti o dai soggetti posti in posizione apicale. Si ricorda, al riguardo, che, ai sensi dell'art. 5 del decreto in esame, "*l'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio:*

- a) *da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso;*
- b) *da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a)."*

La norma, inoltre, al comma 2, esclude espressamente la responsabilità dell'ente nell'ipotesi in cui le persone sopra indicate abbiano agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi.

E' evidente dunque che i reati che saranno oggetto della successiva disamina potranno venire in considerazione ai fini che qui rilevano, comportando una responsabilità dell'ente, nelle sole ipotesi in cui il dipendente o il funzionario della banca abbiano agito non, eventualmente in danno dell'istituto, per arrecare a sé o ad altri un vantaggio, ma nell'interesse, esclusivo o concorrente, della banca stessa.

ART. 24

INDEBITA PERCEZIONE DI EROGAZIONI, TRUFFA IN DANNO DELLO STATO O DI UN ENTE PUBBLICO O PER IL CONSEGUIMENTO DI EROGAZIONI PUBBLICHE E FRODE INFORMATICA IN DANNO DELLO STATO O DI UN ENTE PUBBLICO

316-bis. Malversazione a danno dello Stato

Chiunque, estraneo alla pubblica amministrazione, avendo ottenuto dallo Stato o da altro ente pubblico o dalle Comunità europee contributi, sovvenzioni o finanziamenti destinati a favorire iniziative dirette alla realizzazione di opere od allo svolgimento di attività di pubblico interesse, non li destina alle predette finalità, è punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni.

ESAME DELLA FATTISPECIE

La disposizione in esame – unitamente a quelle contenute negli artt. 316 *ter* e 640 *bis* c.p. – è finalizzata alla repressione dei fenomeni di “frode nelle sovvenzioni”, con riferimento sia alle ipotesi di indebita captazione che di quelle di illecita utilizzazione di risorse pubbliche. La figura delittuosa mira, in particolare, a punire tutti quei casi di abusi successivi all'erogazione di sovvenzioni (e, quindi, inidonei ad integrare il delitto di truffa in erogazioni pubbliche punito dall'art. 640 *bis*), consistenti nell'impiego di finanziamenti ottenuti dallo Stato, da altri enti pubblici o dalle Comunità europee per finalità diverse da quelle per la realizzazione delle quali erano stati concessi (cfr. Cass. pen., Sez. VI, 15.12.1992, Scotti, RV. 193155).

Soggetto attivo del reato è “chiunque, estraneo alla pubblica amministrazione” e, dunque, secondo l'interpretazione prevalente, tutti i soggetti estranei all'apparato organizzativo della pubblica amministrazione, comprese quelle figure – come, per esempio, le società a partecipazione statale – che operano all'interno di modelli organizzatori in cui la Pubblica Amministrazione interviene in maniera significativa, ma che, tuttavia, non possono certo essere annoverate tra i soggetti facenti parte dell'apparato organizzativo della P.A.

Più precisamente, si ritiene di dover escludere dal novero dei soggetti attivi del reato *de quo* soltanto quei soggetti che appartengono a quegli specifici settori della P.A. preposti alle procedure di erogazione e/o controllo delle sovvenzioni.

Presupposto del reato in esame è l'avvenuta erogazione da parte di un ente pubblico in favore del soggetto attivo di una somma per la realizzazione di opere di interesse pubblico. Al riguardo, la nozione di *finanziamento pubblico* ricomprende tutti quei rapporti in cui la temporanea creazione di disponibilità finanziarie avviene per intervento diretto o indiretto dei pubblici poteri ed in cui l'utilizzazione per il fine convenuto corrisponde ad uno specifico interesse pubblico, di volta in volta individuato. Indipendentemente, dunque, dalla denominazione assunta dalle singole erogazioni, queste dovranno avere due caratteristiche: l'aver per oggetto somme di denaro di provenienza pubblica e l'essere concesse a condizioni più favorevoli di quelle di mercato, in vista del fine di pubblica utilità cui esse sono destinate.

Più precisamente, la norma in esame distingue tra sovvenzioni, contributi (che la dottrina amministrativistica riconduce alla più ampia categoria delle sovvenzioni) e finanziamenti in senso stretto: *contributi* sono dei concorsi in spese per attività e iniziative finalizzate al raggiungimento di obiettivi promozionali e produttivi e possono essere in conto capitale e/o conto interessi: i primi sono erogazioni a fondo perduto che vengono assegnati a chi si trova in determinate condizioni; i secondi, consistono nell'accollo da parte dello Stato e degli enti pubblici di parte degli interessi dovuti per operazioni di credito, talvolta dell'intero ammontare. La misura del contributo è determinata dalle singole leggi e varia in relazione a parametri prefissati. Le *sovvenzioni* sono attribuzioni pecuniarie a fondo perduto, ossia senza obbligo di restituzione e possono avere carattere periodico o *una tantum*, misura fissa o determinata in base a parametri variabili, natura vincolata all'*an* e al *quantum* o di pura discrezionalità. I *finanziamenti* in senso stretto, viceversa, sono atti negoziali (operazioni di credito) con cui lo Stato finanzia un soggetto il quale, a sua volta, si obbliga a restituire la somma erogatagli a medio o a lungo termine, con pagamento in parte, o integralmente, degli interessi da parte dello Stato o di altro ente pubblico. I finanziamenti si caratterizzano per l'esistenza di un'obbligazione di destinazione delle somme ricevute al fine specifico preventivamente determinato, per l'esistenza di un'obbligazione di restituzione, nonché per l'esistenza di ulteriori e diversi altri oneri. Rientrano nel concetto di finanziamento anche tutti i crediti agevolati cui fa riferimento l'art. 640 *bis* c.p., restando invece esclusi i finanziamenti aventi rilievo squisitamente privatistico.

Ai fini che qui rilevano, si evidenzia che, nell'ambito del finanziamento, il rapporto può essere bilaterale (in tal caso coinvolgendo solo l'Ente erogatore e il beneficiario) o trilaterale: in quest'ultima ipotesi si ha un rapporto complesso in cui il provvedimento di concessione accede ad un sottostante rapporto di credito fra soggetto destinatario del finanziamento ed istituto di credito speciale. L'intervento nel finanziamento pubblico dell'istituto di credito – sia esso pubblico o privato – non toglie al finanziamento stesso il carattere di erogazione pubblica in quanto l'agevolazione del credito erogato incide sullo Stato o sull'ente pubblico.

Le opere e le attività oggetto delle erogazioni devono essere di *pubblico interesse*, requisito la cui sussistenza è da valutarsi con riferimento non soltanto alla provenienza pubblica del finanziamento, ma, anche e soprattutto, alla natura dell'opera o dell'attività (cfr. Cass. pen., sez. VI, 21.8.1998, La Forgia, RV. 212238).

La *condotta*, punendo il fatto di chi non “destina” le somme ricevute a titolo di “contributi, sovvenzioni o finanziamenti” alle finalità per cui sono state erogate, presuppone, come si è detto, l'avvenuta erogazione della sovvenzione pubblica e si sostanzia nella frustrazione dell'interesse pubblicistico sotteso alla medesima (cfr. Cass. pen., sez. VI, 17.9.1998, RV. 213047). In tale contesto, è irrilevante la *diversa finalità* a cui siano destinate le somme: *impiego totale o parziale delle somme a profitto proprio o altrui* (Cass. pen., sez. VI, 17.9.1998, Casentini); *risparmio sull'originario preventivo di spesa* (in tale ipotesi peraltro la dottrina ritiene sussistente il reato nel caso in cui sia ravvisabile un obbligo di rendiconto finanziario, il che comporta l'esistenza di un vincolo di destinazione anche quantitativo); ovvero *mancata utilizzazione delle somme finanziate*. Per quanto concerne tale ultima eventualità, peraltro, la dottrina distingue vari casi: si esclude ad esempio la sussistenza del reato nell'ipotesi in cui il beneficiario depositi le somme erogate su un conto transitorio infruttifero e, profilandosi ad esempio la difficoltà di dare subito esecuzione all'opera o all'attività finanziaria, avverta di ciò l'ente erogatore, chiedendo, nel contempo, istruzioni in ordine all'eventuale restituzione

delle somme: in tal caso mancherebbe infatti il requisito della destinazione delle somme ad una finalità diversa. A conclusione diversa deve invece pervenirsi per le ipotesi in cui le somme vengano depositate su conto fruttifero.

Controverso è invece il caso in cui le somme vengano destinate ad una *finalità di pubblico interesse diversa da quella sottostante l'erogazione*: la dottrina prevalente ritiene configurabile il reato nell'ipotesi di specie, posto che la fattispecie in esame sarebbe imperniata non già sulla frustrazione di un interesse pubblico generico, bensì su quella di un interesse specifico e vincolante. Nel caso di opere *realizzate in tutto o in parte anteriormente all'atto di erogazione*, ossia con anticipazione delle somme da parte del successivo beneficiario del finanziamento, si esclude la sussistenza del reato in esame, in considerazione del sostanziale rispetto delle finalità pubbliche.

Per quanto concerne i rapporti con il successivo art. 640 *bis* c.p., la dottrina e la giurisprudenza prevalenti ritengono possibile la configurabilità delle due figure in *concorso* tra loro: così, ad esempio, nell'ipotesi in cui il privato abbia ottenuto la sovvenzione mediante artifici o raggiri e poi non l'abbia destinata alla finalità prevista (cfr. Cass. pen., sez. I, 7.11.1998, RV. 211494). Peraltro, si è anche autorevolmente sostenuto l'applicabilità, in tali ipotesi, del solo art. 640 *bis* c.p., rappresentando, la mancata destinazione alle finalità previste dei fondi indebitamente percepiti, nell'ambito di una evidente progressione offensiva, un mero *post factum* non punibile.

PROFILI PROBLEMATICI

Per quanto concerne gli operatori bancari (siano essi funzionari o dipendenti), il reato in oggetto potrà configurarsi sia nell'ipotesi in cui le sovvenzioni in oggetto siano, in qualsiasi forma e per finalità di interesse pubblico, erogate a favore dell'istituto bancario perché ne fruisca direttamente, per lo svolgimento di attività o la realizzazione di iniziative di rilievo pubblicistico; sia, ipotesi molto frequente, perché si faccia tramite, nell'ambito di un rapporto di tipo trilaterale, della loro distribuzione ai privati destinatari dell'erogazione.

Nella prima ipotesi non sembra sussistere alcun problema in ordine alla configurabilità, in capo ai soggetti posti ai vertici dell'istituto, del reato in oggetto nel caso in cui la banca – ricevuti legittimamente i finanziamenti – non li destini alle finalità previste: in tal caso, ove sussistano i presupposti oggettivi e soggettivi richiesti dagli artt. 5 e 6 del decreto, si configurerà altresì una concorrente responsabilità amministrativa dell'ente.

Più complessa appare l'ipotesi in cui la condotta illecita venga in essere nel caso in cui la banca sia chiamata solo a volgere una funzione di tramite nella procedura di erogazione di un finanziamento a favore di un privato. Infatti, posto che, nella maggior parte dei casi, i contributi cui fa riferimento l'art. 316 *bis* c.p. assumono la forma di *crediti di scopo legale*, ovvero *crediti speciali o agevolati*, ovvero ancora *crediti agricoli agevolati*, è evidente, per quanto si è in precedenza osservato, che la loro distrazione da parte di soggetti interni alla banca (intranee alla procedura di erogazione e non destinatari della medesima) comporterà la sussistenza, in luogo della fattispecie in esame e vista la ritenuta qualifica pubblicistica degli operatori bancari nello svolgimento di attività inerenti tali servizi, dei reati di *peculato*, *abuso d'ufficio* (eventualmente anche in concorso con il privato destinatario dell'erogazione) ovvero, ove ne sussistano i requisiti, *corruzione*. Al riguardo è importante notare che soltanto in quest'ultima ipotesi, unica, tra quelle citate, ad essere contemplata nel decreto in esame, la responsabilità per la condotta illecita del funzionario o del dipendente si estenderà

anche, ai sensi dell'art. 25 del decreto, alla persona giuridica, ovviamente soltanto nell'ipotesi in cui l'operatore abbia agito nell'interesse o comunque a vantaggio della banca.

Sul punto, si precisa che una parte, invero minoritaria, della dottrina ritiene che, ove l'incaricato di pubblico servizio si appropria, in concorso con il privato, dei suddetti finanziamenti, risponderà sia del reato di malversazione in danno dello Stato, sia dello specifico ulteriore delitto contro la pubblica amministrazione che venga eventualmente in considerazione: l'opinione, stante l'identità di beni giuridici sottesi alle fattispecie, appare però da respingere.

Diversamente, il reato in esame potrà configurarsi in capo all'operatore bancario (comportando, sussistendo i requisiti oggettivi e soggettivi richiesti dalla legge, la responsabilità amministrativa della banca) ove - ipotesi invero remota - il finanziamento erogato dallo Stato per tramite dell'istituto bancario e distratto dall'operatore con la complicità del destinatario non assuma rilievo pubblicistico, non sussistendo in tale ipotesi la qualifica di incaricato di pubblico servizio in capo al medesimo operatore addetto alla procedura.

316 ter. Indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato

Salvo che il fatto costituisca il reato previsto dall'articolo 640-bis, chiunque mediante l'utilizzo o la presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi o attestanti cose non vere, ovvero mediante l'omissione di informazioni dovute, consegue indebitamente, per sé o per altri, contributi, finanziamenti, mutui agevolati o altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati dallo Stato, da altri enti pubblici o dalle Comunità europee è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.

Quando la somma indebitamente percepita è pari o inferiore a lire sette milioni settecentoquarantacinquemila si applica soltanto la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro da dieci a cinquanta milioni di lire. Tale sanzione non può comunque superare il triplo del beneficio conseguito.

ESAME DELLA FATTISPECIE

Tale disposizione normativa – dichiaratamente complementare rispetto a quella, più ampia, prevista dall'art. 640 bis c.p. – è stata di recente introdotta, nel contesto degli interventi legislativi in materia di frodi agli interessi statali e comunitari, al fine di punire una particolare modalità di realizzazione del reato di truffa in erogazioni pubbliche. La condotta prevede infatti le ipotesi in cui l'erogazione pubblica sia conseguita a mezzo dell'esibizione di documentazione falsa ovvero per l'omissione di informazioni dovute. Tali ipotesi non potevano essere fatte rientrare, salvo ingiustificabili forzature del dato normativo, tra le condotte sanzionate all'art. 640 bis: le une (quelle cioè attinenti ad ipotesi di uso o presentazione di documenti falsi) in quanto, secondo la dottrina e la più recente giurisprudenza, *“il semplice mendacio non è idoneo ad integrare gli estremi degli artifici o raggiri”* (Cass. pen., sez. II, 24.7.1997, in *Foro it.*, 1999, II, 130. In termini più espliciti, cfr. Cass. pen., 13.1.1998, RV. 209587: *“la condotta di chi consegue indebitamente sovvenzioni comunitarie mediante esposizione di dati e notizie falsi è perseguibile ai sensi dell'art. 640 bis cod. pen. ove al mendacio si accompagni un quid pluris, cioè un'attività fraudolenta che vada ben oltre la semplice esposizione dei dati falsi”*); le seconde, posto che, per la prevalente dottrina,

le ipotesi omissive, stante la natura vincolata della condotta prevista, non sarebbero riconducibili allo schema della truffa.

Per quanto concerne l'individuazione del *soggetto attivo*, si richiamano in questa sede le considerazioni già espresse nel commento all'art. 316 *bis* c.p.

Quanto all'*elemento oggettivo*, si nota che, per ragioni di semplificazione probatoria, la norma in esame introduce un reato di mera condotta, essendo sufficiente, ai fini della consumazione, il semplice utilizzo o presentazione di documentazione falsa, ovvero la mancata comunicazione di un dato rilevante: si prescinde dunque del tutto dall'induzione in errore del soggetto passivo e dalla causazione di un danno concreto, elementi invece richiesti ai fini della consumazione del reato di cui all'art. 640 *bis* c.p.

Quanto all'oggetto della condotta si può fare rinvio a quanto già precisato *sub* art. 316 *bis*: infatti, ancorché la norma, oltre ai contributi e alle sovvenzioni, faccia riferimento anche ai "*mutui agevolati*" e ad "*altre erogazioni dello stesso tipo*", è evidente l'intento legislativo, comune alla precedente disposizione, di garantire la tutela di ogni possibile forma di attribuzione comunque agevolata di risorse pubbliche o comunitarie, prescindendo da ogni criterio puramente nominalistico.

PROFILI PROBLEMATICI

Valgono, al riguardo, le considerazioni già espresse in ordine alla possibilità di configurare il reato in esame in capo agli operatori bancari: pertanto, la banca sarà chiamata anch'essa a rispondere in sede penale ove la condotta illecita sia stata posta in essere dai suoi funzionari, in tal modo assicurando all'istituto un finanziamento al quale non avrebbe diritto.

Nell'ipotesi in cui soggetto attivo del reato sia invece un cliente della banca, la responsabilità dell'ente sussisterà nell'ipotesi in cui taluno dei suoi dipendenti o funzionari sia concorso nel reato di questi, agendo nell'interesse o a vantaggio dell'istituto. Al riguardo, giova precisare che la mera, colposa omissione di controlli da parte della banca deputata all'erogazione del finanziamento non si ritiene possa valere a configurare la responsabilità dell'ente: sia perché gli artt. 316 *bis* e 316 *ter* richiedono la sussistenza del dolo, sia e soprattutto in quanto, ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p., ai fini della configurabilità di una responsabilità per omesso controllo, occorre che sussista un preciso obbligo giuridico di impedire il reato, non ravvisabile nel caso di specie.

Si ribadisce peraltro che, ove il contributo rientri tra quelli la cui gestione comporta la sussistenza in capo all'operatore bancario della qualifica di incaricato di pubblico servizio, il dipendente o il funzionario risponderanno, eventualmente in concorso con il privato, dei reati di peculato, falso in atto pubblico, abuso d'ufficio o corruzione. Soltanto in tale ultima ipotesi potrà ravvisarsi, ai sensi dell'art. 25 del decreto, una concorrente responsabilità amministrativa dell'ente.

640. Truffa

Chiunque, con artifici o raggiri, inducendo taluno in errore, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da lire centomila a due milioni.

La pena è della reclusione da uno a cinque anni e della multa da lire seicentomila a tre milioni:

1. se il fatto è commesso a danno dello Stato o di un altro ente pubblico o col pretesto di far esonerare taluno dal servizio militare;

2. se il fatto è commesso ingenerando nella persona offesa il timore di un pericolo immaginario o l'erroneo convincimento di dovere eseguire un ordine dell'autorità.

Il delitto è punibile a querela della persona offesa, salvo che ricorra taluna delle circostanze previste dal capoverso precedente o un'altra circostanza aggravante.

ESAME DELLA FATTISPECIE

La disposizione in esame è presa in considerazione, al fine di fondare una concorrente responsabilità amministrativa dell'ente, con esclusivo riferimento alle ipotesi aggravate di cui al comma 2, n. 1, e dunque nel caso in cui il reato sia commesso in danno dello Stato o di altro ente pubblico ovvero, ipotesi di scarso rilievo ai fini che qui interessano, col pretesto di far esonerare taluno dal servizio militare.

Per quanto concerne gli elementi strutturali del reato, la fattispecie prevede un reato comune, commissibile dunque da chiunque, attraverso artifici o raggiri, determini due diversi e complementari eventi: l'induzione di taluno in errore, da cui consegue, a seguito del compimento di un atto di disposizione patrimoniale, un profitto per l'autore del reato o per terzi e un danno per la vittima.

Per quanto concerne l'ipotesi aggravata che qui viene in considerazione, è opportuno ribadire che la responsabilità della banca per reati commessi dai suoi dipendenti e funzionari può venire in considerazione solo ove il reato sia posto in essere nell'interesse o a vantaggio dell'ente: pertanto, si deve preliminarmente escludere dall'oggetto del presente esame l'ipotesi in cui la banca sia *soggetto passivo* del reato posto in essere da un suo dipendente, ipotesi che, come noto, è considerata in modo contrastante dalla giurisprudenza che ha talvolta ritenuto sussistente l'aggravante di cui all'art. 640 comma 2, n. 1 (cfr. Cass. pen., 16.3.1992, Guerrieri, RV. 189488).

PROFILI PROBLEMATICI

La casistica collegata a tale ipotesi di reato può dirsi, invero, assai ampia: i dipendenti e, ancor più, i funzionari degli istituti bancari, non diversamente da qualsiasi altro soggetto privato, ovvero anche in concorso con questo, possono integrare in vari modi la fattispecie in esame: si pensi, ad esempio, a truffe perpetuate ai danni di enti previdenziali, ovvero di amministrazioni locali o ripartizioni di queste, attraverso dichiarazioni mendaci o altre condotte fraudolente. In tutte queste ipotesi, ove il reato sia commesso dal dipendente o dal funzionario dell'ente a vantaggio o nell'interesse della banca, potrà astrattamente configurarsi, quanto meno dal punto di vista oggettivo, una concorrente responsabilità dell'istituto in sede penale.

Conformemente a quanto più volte ribadito, occorre precisare che il reato in esame non potrà essere imputato all'istituto creditizio ai sensi del decreto n. 231 del 2001 in tutte le ipotesi in cui possa ravvisarsi un interesse pubblicistico affidato alla tutela o comunque alla gestione della banca: il riferimento, strettamente consequenziale alle osservazioni compiute in premessa, è agli illeciti astrattamente configurabili da parte di funzionari o dipendenti in relazione, ad esempio, alle operazioni che attengono all'attività di intermediazione bancaria consistente nella distribuzione di *titoli del debito pubblico*, ovvero alle operazioni svolte in campo *monetario, valutario, fiscale e finanziario* (si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui, attraverso artifici contabili, l'operatore di sportello distraiga, in favore della banca, somme versate dai contribuenti e incassate nell'ambito dell'attività di riscossione dell'IVA). In tali casi, infatti, per quanto più volte osservato, troveranno applicazione, in luogo dell'ipotesi di truffa

aggravata in danno dello Stato, le norme in materia di peculato (ove il soggetto abbia il possesso o comunque la disponibilità del bene) o abuso d'ufficio.

Peraltro, in un'ottica di estremo rigore e nell'intento di colmare le lacune del decreto in esame, si può ipotizzare che la giurisprudenza, in sede di applicazione della nuova normativa e al fine di estendere la responsabilità del singolo operatore all'intera struttura sociale, ritenga di poter ipotizzare in tali casi la sussistenza di entrambi i reati (peculato e truffa aggravata ai danni dello Stato), stante la diversa oggettività giuridica che li contraddistingue.

640 bis. Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche

La pena è della reclusione da uno a sei anni e si procede d'ufficio se il fatto di cui all'articolo 640 riguarda contributi, finanziamenti, mutui agevolati ovvero altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità europee.

ESAME DELLA FATTISPECIE

La disposizione in esame si inserisce nel contesto cui si è già fatto cenno delle norme in materia di repressione delle frodi commesse da privati nella fase propedeutica alla concessione delle sovvenzioni pubbliche.

Per quanto concerne la condotta ed il soggetto attivo si rinvia a quanto già osservato in materia di truffa, cui l'art. 640 bis fa espresso richiamo: al riguardo, si segnala che la giurisprudenza prevalente ritiene che la fattispecie in esame, nonostante la formulazione letterale della norma e il tenore della rubrica, costituisca una ipotesi autonoma di reato e non una circostanza aggravante (cfr. Cass. pen., 27.10.2000, Biffo, RV. 217130. In senso opposto, tuttavia, cfr. Cass. pen., 17.4.2000, Volpe, RV. 217105).

Quanto all'oggetto materiale della frode, questo consiste in ogni attribuzione economica agevolata erogata da Enti pubblici, comunque denominata: contributi e sovvenzioni, finanziamenti, mutui agevolati. Come più volte evidenziato, caratteristiche comuni di tali forme di erogazione sono: la provenienza dallo Stato, da altro ente pubblico o dalle Comunità europee e la rilevanza pubblica dell'operazione, che giustifica l'onerosità unilaterale per chi dà le condizioni di favore e chi le riceve.

PROFILI PROBLEMATICI

In ordine a tale aspetto si rinvia a quanto ripetutamente osservato, con particolare riferimento al commento agli artt. 316 ter e 640, ipotesi, si è detto, complementari, quanto alla condotta, a quella in esame.

640 ter. Frode informatica

Chiunque, alterando in qualsiasi modo il funzionamento di un sistema informatico o telematico o intervenendo senza diritto con qualsiasi modalità su dati, informazioni o programmi contenuti in un sistema informatico o telematico o ad esso pertinenti, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da lire centomila a due milioni.

La pena è della reclusione da uno a cinque anni e della multa da lire seicentomila a tre milioni se ricorre una delle circostanze previste dal numero 1) del

secondo comma dell'articolo 640, ovvero se il fatto è commesso con abuso della qualità di operatore del sistema.

Il delitto è punibile a querela della persona offesa, salvo che ricorra taluna delle circostanze di cui al secondo comma o un'altra circostanza aggravante.

ESAME DELLA FATTISPECIE

La fattispecie in esame è diretta a reprimere le ipotesi di illecito arricchimento conseguito attraverso l'impiego fraudolento di un sistema informatico, fenomeno che si verifica ogniqualevolta si attui una interferenza con il regolare svolgimento di un processo di elaborazione di dati al fine di ottenere, come conseguenza della alterazione del risultato della elaborazione, uno spostamento patrimoniale ingiustificato. L'interferenza può realizzarsi in varie forme: in fase di raccolta ed inserimento dei dati, in fase di elaborazione, in fase di emissione. In tutti questi casi l'intervento dell'uomo avviene sulla memoria di un elaboratore, di talché la fattispecie, pur figlia della più generale figura della truffa, da questa si discosta non richiedendo l'elemento dell'induzione in errore di un soggetto, posto che in tal caso l'arricchimento patrimoniale consegue alla forzatura di un sistema informatico. Occorre peraltro sottolineare che la fattispecie in oggetto assume rilievo, ai fini della presente indagine, soltanto nell'ipotesi in cui il fatto sia commesso in danno dello Stato o di altro ente pubblico.

Quanto alla *condotta*, essa consiste in qualsiasi alterazione del funzionamento di un sistema informatico (apparecchi che forniscono beni o servizi e sono gestiti da un elaboratore, quali, ad esempio, distributori automatici di banconote), ovvero nell'intervenire (in qualsiasi modo), *senza averne il diritto*, su dati, informazioni o programmi contenuti nel sistema o ad esso pertinenti, procurando in tal modo a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno. Così, ad esempio, costituisce un intervento senza diritto sui dati contenuti in un sistema informatico la modificazione delle informazioni relative alla situazione di un conto corrente, intestato ad un ente pubblico, sul quale si riflettono le conseguenze dell'operazione economica realizzata da chi ha conseguito abusivamente l'accesso al sistema: si pensi in particolare, ma non solo, ai servizi, sempre più diffusi, di *home banking*, attraverso i quali i clienti possono eseguire una serie di operazioni bancarie – come disporre del denaro depositato sul proprio conto per pagare fatture o per effettuare bonifici – servendosi del proprio computer domestico ed accedendo al sistema informatico della banca attraverso un apposito codice di identificazione.

PROFILI PROBLEMATICI

Si tratta, all'evidenza, di una norma di particolare interesse per quanto concerne l'attività degli operatori bancari che, sempre più di frequente, si svolge attraverso l'impiego di tecnologie avanzate e strumenti informatici.

Data la recente introduzione della norma, la giurisprudenza non è stata ancora in grado di elaborare una casistica dalla quale si possano trarre elementi per l'analisi dei rischi connessi a tale reato. L'esperienza straniera ci consente però di delineare alcune ipotesi problematiche di un certo interesse: in Germania, ad esempio, si è verificato un caso, certamente riconducibile alla fattispecie in esame sotto il profilo della alterazione di un sistema informatico, in cui, al fine di non lasciare tracce di alcune operazioni di ingente ammontare, i dirigenti di una banca alteravano la procedura di registrazione elettronica dei contratti valutari conclusi, attivando l'apposito comando di interruzione,

disponibile sulla tastiera del computer: l'operazione veniva quindi registrata sul nastro perforato, sulla cui base l'elaboratore centrale redigeva il bilancio della banca.

ART. 25

CONCUSSIONE E CORRUZIONE

317. Concussione

Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri costringe o induce taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o ad un terzo, denaro o altra utilità, è punito con la reclusione da quattro a dodici anni.

ESAME DELLA FATTISPECIE

La pertinenza di tale fattispecie al tema in esame è inevitabilmente connessa alle osservazioni svolte in premessa: è chiaro infatti che, irrilevanti i casi in cui la banca sia soggetto passivo del reato, una responsabilità concorrente della banca si delineerà solo nell'ipotesi in cui l'operatore bancario, nello svolgimento di attività di rilievo pubblicistico che gli conferiscano la qualifica di cui all'art. 358 c.p., costringa o induca taluno a farsi dare o promettere – nell'interesse o a vantaggio della banca – denaro o altra utilità.

Più in particolare, la *condotta* del reato in esame consiste nell'abuso dei poteri o della qualità, ossia nella strumentalizzazione da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato del pubblico servizio della propria qualifica soggettiva o delle attribuzioni ad essa connesse al fine immediato di costringere o indurre taluno alla dazione o alla promessa di prestazioni non dovute.

PROFILI PROBLEMATICI

L'ipotesi in oggetto potrà dunque ricorrere, nell'ambito dell'attività svolta dagli operatori bancari, in relazione a tutte quelle operazioni per le quali sussista la qualifica soggettiva di incaricato di pubblico servizio: si pensi ad esempio al caso in cui l'operatore, dipendente di una banca delegata da una pubblica amministrazione all'erogazione di una sovvenzione a favore di un privato, pretenda, per la corresponsione del dovuto, una percentuale sull'ammontare complessivo dell'erogazione, pena il mancato versamento della stessa, sulla base dell'inesistente e pretestuosa mancanza di requisiti formali. In tali ipotesi, vale la pena ribadirlo, ai fini della sussistenza di una concorrente responsabilità della banca, è necessario che l'operatore, funzionario o dipendente, agisca, in via concorrente o autonoma, nell'interesse o a vantaggio dell'istituto creditizio.

318. Corruzione per un atto d'ufficio

Il pubblico ufficiale, che, per compiere un atto del suo ufficio, riceve, per sé o per un terzo, in denaro od altra utilità, una retribuzione che non gli è dovuta, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.

Se il pubblico ufficiale riceve la retribuzione per un atto d'ufficio da lui già compiuto, la pena è della reclusione fino a un anno.

319. Corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio

Il pubblico ufficiale che, per omettere o ritardare o per aver omesso o ritardato un atto del suo ufficio, ovvero per compiere o per aver compiuto un atto contrario ai doveri di ufficio, riceve, per sé o per un terzo, denaro od altra utilità, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da due a cinque anni.

319 bis. Circostanze aggravanti

La pena è aumentata se il fatto di cui all'articolo 319 ha per oggetto il conferimento di pubblici impieghi o stipendi o pensioni o la stipulazione di contratti nei quali sia interessata la pubblica amministrazione alla quale il pubblico ufficiale appartiene.

320. Corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio

Le disposizioni dell'articolo 319 si applicano anche all'incaricato di un pubblico servizio; quelle di cui all'articolo 318 si applicano anche alla persona incaricata di un pubblico servizio, qualora rivesta la qualità di pubblico impiegato.

In ogni caso, le pene sono ridotte in misura non superiore a un terzo.

321. Pene per il corruttore

Le pene stabilite nel primo comma dell'articolo 318, nell' articolo 319, nell' articolo 319-bis, nell' art. 319-ter, e nell'articolo 320 in relazione alle suddette ipotesi degli articoli 318 e 319, si applicano anche a chi dà o promette al pubblico ufficiale o all'incaricato di un pubblico servizio il denaro od altra utilità.

322. Istigazione alla corruzione

Chiunque offre o promette denaro od altra utilità non dovuti ad un pubblico ufficiale o ad un incaricato di un pubblico servizio che riveste la qualità di pubblico impiegato, per indurlo a compiere un atto del suo ufficio, soggiace, qualora l'offerta o la promessa non sia accettata, alla pena stabilita nel primo comma dell'articolo 318, ridotta di un terzo.

Se l'offerta o la promessa è fatta per indurre un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio ad omettere o a ritardare un atto del suo ufficio, ovvero a fare un atto contrario ai suoi doveri, il colpevole soggiace, qualora l'offerta o la promessa non sia accettata, alla pena stabilita nell'articolo 319, ridotta di un terzo.

La pena di cui al primo comma si applica al pubblico ufficiale o all'incaricato di un pubblico servizio che riveste la qualità di pubblico impiegato che sollecita una promessa o dazione di denaro od altra utilità da parte di un privato per le finalità indicate dall'articolo 318.

La pena di cui al secondo comma si applica al pubblico ufficiale o all'incaricato di un pubblico servizio che sollecita una promessa o dazione di denaro od altra utilità da parte di un privato per le finalità indicate dall'articolo 319.

322-bis. Peculato, concussione, corruzione e istigazione alla corruzione di membri degli organi delle Comunità europee e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri

Le disposizioni degli articoli 314, 316, da 317 a 320 e 322, terzo e quarto comma, si applicano anche:

1) ai membri della Commissione delle Comunità europee, del Parlamento europeo, della Corte di Giustizia e della Corte dei conti delle Comunità europee;

2) ai funzionari e agli agenti assunti per contratto a norma dello statuto dei funzionari delle Comunità europee o del regime applicabile agli agenti delle Comunità europee;

3) alle persone comandate dagli Stati membri o da qualsiasi ente pubblico o privato presso le Comunità europee, che esercitino funzioni corrispondenti a quelle dei funzionari o agenti delle Comunità europee;

4) ai membri e agli addetti a enti costituiti sulla base dei Trattati che istituiscono le Comunità europee;

5) a coloro che, nell'ambito di altri Stati membri dell'Unione europea, svolgono funzioni o attività corrispondenti a quelle dei pubblici ufficiali e degli incaricati di un pubblico servizio.

Le disposizioni degli articoli 321 e 322, primo e secondo comma, si applicano anche se il denaro o altra utilità è dato, offerto o promesso:

1) alle persone indicate nel primo comma del presente articolo;

2) a persone che esercitano funzioni o attività corrispondenti a quelle dei pubblici ufficiali e degli incaricati di un pubblico servizio nell'ambito di altri Stati esteri o organizzazioni pubbliche internazionali, qualora il fatto sia commesso per procurare a sé o ad altri un indebito vantaggio in operazioni economiche internazionali.

Le persone indicate nel primo comma sono assimilate ai pubblici ufficiali, qualora esercitino funzioni corrispondenti, e agli incaricati di un pubblico servizio negli altri casi.

ESAME DELLA FATTISPECIE

L'ipotesi in oggetto appare più problematica rispetto a quella di concussione precedentemente analizzata, potendo la responsabilità dell'ente sussistere sia nel caso in cui l'operatore bancario assuma la veste del corruttore, sia nel caso in cui assuma – con esclusivo riferimento alle ipotesi, indicate in premessa, di sussistenza dei requisiti soggettivi – quella del corrotto.

Per tale ultima ipotesi, valgono le stesse considerazioni formulate con riferimento alla fattispecie di concussione, con un'unica precisazione: ai sensi dell'art. 320, le pene previste per il delitto di cui all'art. 319 (c.d. corruzione propria, ossia quella che comporta, da parte del soggetto qualificato, il compimento di un "atto contrario ai doveri d'ufficio") si estendono anche ai soggetti incaricati di un pubblico servizio; le pene previste invece dall'art. 318 (c.d. corruzione impropria, ossia quella che si verifica quando oggetto del mercimonio è un "atto conforme ai doveri d'ufficio" del pubblico ufficiale) si estendono soltanto agli incaricati di pubblico servizio che siano altresì pubblici dipendenti: pertanto, il reato di cui all'art. 318 c.p. non potrà configurarsi (con conseguente esclusione della responsabilità dell'ente) nelle ipotesi in cui l'operatore bancario accetti denaro per il compimento di atti conformi ai doveri del suo ufficio, ovviamente inerenti ad attività connotate da rilievo pubblicistico.

Per quanto concerne invece l'ipotesi in cui l'operatore bancario agisca nelle vesti di corruttore (dunque come privato), occorre precisare che questi, stante il dettato dell'art. 321, nei casi di c.d. corruzione impropria, ossia in relazione al compimento di atti dell'ufficio, risponderà solo nell'ipotesi in cui il pagamento o la promessa avvengano prima del compimento dell'atto, ossia nei casi di c.d. corruzione impropria antecedente.

Sempre in ordine all'ipotesi in esame, si ricorda che, ai sensi dell'art. 322 *bis*, richiamato nel decreto, la veste del corrotto può oggi essere assunta anche da soggetti appartenenti non solo all'amministrazione statale, ma anche a quella di organismi di livello internazionale dell'Unione europea.

Precisati i profili soggettivi della fattispecie, si ricorda, in estrema sintesi, che il reato in esame si distingue da quello di concussione per il fatto che, in quest'ultimo caso, il pubblico ufficiale si giova dello stato di paura o timore creato nel soggetto passivo atto a viziare o elidere la volontà o indurlo ad esaudire l'illecita pretesa al fine di evitare gravi nocuenti; nell'ipotesi di corruzione, invece, privato e pubblico agente operano su un piano di sostanziale parità.

Quanto alla *condotta* del reato in esame, come si è osservato essa si distingue a seconda che la promessa o la dazione dell'indebito vantaggio avvengano prima (corruzione antecedente) o dopo il compimento dell'atto (corruzione susseguente); nonché a seconda che oggetto del mercimonio sia un atto proprio dell'ufficio del pubblico agente (corruzione impropria), ovvero un atto contrario ai doveri d'ufficio del medesimo (corruzione propria).

PROFILI PROBLEMATICI

Rinviando a quanto già osservato nel commentare la fattispecie di concussione in ordine alle ipotesi in cui l'operatore bancario assuma la veste del corrotto (ipotesi che, come si è detto, postula la sussistenza in capo al medesimo della qualifica di incaricato di pubblico servizio), rimangono da esaminare le ipotesi in cui i funzionari o dipendenti dell'istituto agiscano, nell'interesse dello stesso, quali corruttori di pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio.

Si tratta, come noto, di ipotesi non infrequenti nella prassi e diffuse anche sul piano internazionale, tanto da indurre il legislatore ad ampliare il novero dei possibili "corrotti" anche ai funzionari di organismi sovranazionali.

L'esperienza degli ultimi anni ha portato alla luce numerosi episodi di corruzione di pubblici amministratori, parlamentari o magistrati realizzati da organi direttivi di società e persone giuridiche nell'intento di assicurare all'ente vantaggi illeciti di vario genere ovvero di evitare pregiudizi, quali quelli derivanti, ad esempio, dall'esecuzione di provvedimenti di natura sanzionatoria o comunque pregiudizievoli, ovvero da accertamenti amministrativi (quali, ad esempio, quelli fiscali, antinfortunistici o da parte di autorità garanti o organismi ispettivi).

Per quanto concerne in particolare gli operatori bancari, settori particolarmente problematici, oltre a quelli già citati, sono quelli connessi alla attribuzione, da parte della pubblica amministrazione, di sovvenzioni e contributi, ovvero concessioni, abilitazioni o autorizzazioni di vario genere, ipotesi in cui spicca, ovviamente, quella inerente l'esercizio stesso di attività relative alla gestione del credito. Vengono ancora in considerazione attività inerenti la stipulazione di contratti, connotati da riflessi pubblicistici, con la pubblica amministrazione (ipotesi che comporta sia per l'ente che

per la persona fisica un aumento della pena prevista), nonché i settori relativi ai rapporti con la Banca d'Italia, con la Consob o con le già citate autorità garanti.

In tali ipotesi, ove gli organi di gestione dell'istituto creditizio, al fine di assicurare all'ente l'indebito vantaggio, derivante, ad esempio dall'assunzione o l'approvazione di provvedimenti favorevoli, ovvero dall'accelerazione di pratiche in corso, ovvero ancora dal ritardo o dall'omissione di provvedimento sfavorevoli alla banca (quali ad esempio revoche di benefici o controlli ispettivi), corrispondano o promettano ai pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio denaro o altra utilità, potrà configurarsi una responsabilità dell'ente, congiunta ovviamente a quella delle persone fisiche, ai sensi dell'art. 25 del decreto.

319-ter. Corruzione in atti giudiziari

Se i fatti indicati negli articoli 318 e 319 sono commessi per favorire o danneggiare una parte in un processo civile, penale o amministrativo, si applica la pena della reclusione da tre a otto anni.

Se dal fatto deriva l'ingiusta condanna di taluno alla reclusione non superiore a cinque anni, la pena è della reclusione da quattro a dodici anni; se deriva l'ingiusta condanna alla reclusione superiore a cinque anni o all'ergastolo, la pena è della reclusione da sei a venti anni.

ESAME DELLA FATTISPECIE

La norma in esame introduce un autonomo reato di corruzione, che si caratterizza rispetto a quelli precedentemente esaminati sotto il profilo del dolo specifico, che consiste nel fine di favorire o danneggiare una parte in un processo penale, civile o amministrativo, finalità particolarmente riprovevole che giustifica l'aumento di pena previsto dalla norma.

E' evidente che, ai fini che qui rilevano, l'operatore bancario potrà assumere, in relazione a tale ipotesi di reato, soltanto la veste di corruttore, dato che la particolare finalità prevista dalla norma individua con sufficiente precisione il novero dei possibili corrotti in tutti coloro che esercitano una funzione giudiziaria: del resto, l'art. 320, nel richiamare le norme applicabili ai fatti corruttivi posti in essere dall'incaricato di pubblico servizio, non menziona l'art. 319 *ter* c.p.

La responsabilità della persona giuridica potrà dunque sussistere per quei fatti corruttivi posti in essere dai suoi dipendenti e funzionari per favorire o danneggiare una parte in un processo: sul punto, si ricorda che parte di un processo civile è qualsiasi persona fisica o giuridica che abbia proposto o nei confronti della quale sia stata promossa una domanda giudiziale. Quanto al processo penale, sono parti l'imputato, l'indagato, il responsabile civile, la parte civile, la persona offesa, il civilmente obbligato per l'ammenda ed il Pubblico Ministero.

PROFILI PROBLEMATICI

Da quanto fin qui evidenziato appare evidente che risponderà del reato in esame - congiuntamente alla persona fisica autrice materiale del fatto - l'istituto di credito che, coinvolto (quale responsabile civile, civilmente obbligato, attore, convenuto ovvero corresponsabile ai sensi del D.lgs. n. 231 del 2001) in un processo il cui esito negativo potrebbe recargli un grave danno patrimoniale, decida di corrompere il giudice incaricato del processo al fine di conseguire un risultato favorevole.

Analoga situazione potrà altresì verificarsi, ancora, nel caso in cui la corruzione venga posta in essere per ottenere, al fine di preservare l'immagine della banca, il proscioglimento, nell'ambito di un processo penale, di propri amministratori imputati per ipotesi di *mala gestio*.

ART. 25 BIS

FALSITÀ IN MONETE, IN CARTE DI PUBBLICO CREDITO E IN VALORI DI BOLLO

Gli artt. 453, 454, 455, 457, 459, 460, 461 e 464 c.p., richiamati dall'art. 25 *bis* del D.lgs. 8 giugno 2001 n. 231, introdotto dal D.L. 25.9.2001, n. 350, si inquadrano nel contesto della tutela della *fede pubblica*, ossia dell'affidamento sociale nella genuinità ed integrità di alcuni specifici simboli, essenziale ai fini di un rapido e certo svolgimento del traffico economico.

In particolare, le norme penali richiamate dall'art. 25 D.lgs, n. 231 del 2001 fanno riferimento a condotte che hanno ad oggetto: monete (artt. 453, 454, 455, 457 c.p.); valori di bollo (art. 459, 464 c.p.); carte filigranate ed oggetti destinati al falso nummario (460, 461 c.p.). Oggetto materiale del reato è – innanzitutto e principalmente – la *moneta*, sia estera che nazionale, avente corso legale nello Stato o all'estero e che dunque assolve alla funzione di mezzo di pagamento con efficacia liberatoria. L'art. 458 c.p. – non richiamato nel decreto in esame ma avente certamente efficacia generale – equipara, agli effetti della legge penale, le carte di pubblico credito alle monete: ai sensi del comma 2 della citata norma, per carte di pubblico credito si intendono, oltre quelle che hanno corso legale come moneta, le carte e cedole al portatore emessa dai Governi e tutte le altre aventi corso legale emesse dai istituti a ciò autorizzati (ossia banconote, biglietti dello Stato, carte al portatore emesse dal Governo). Inoltre, ai sensi dell'art. 52 *quater* del D.Lgs. 24 giugno 1998, n. 213, introdotto dal citato D.L. 25.9.2001, n. 350, alle monete aventi corso legale nello Stato sono state equiparate le banconote e le monete metalliche in euro che ancora non hanno corso legale, nonché i valori di bollo espressi in moneta euro non aventi ancora corso legale. L'equiparazione, ovviamente, ha efficacia in relazione ai reati commessi prima del 1 gennaio 2001, posto che, dopo tale data, l'euro acquisterà corso legale, con conseguente pacifica integrazione, per le ipotesi di falsificazione, dei reati previsti dal Titolo VII del Libro II del codice penale.

453. Falsificazione di monete, spendita e introduzione nello Stato, previo concerto, di monete falsificate

E' punito con la reclusione da tre a dodici anni e con la multa da lire un milione a sei milioni:

- 1. chiunque contraffà monete nazionali (art. 458) o straniere, aventi corso legale nello Stato o fuori;*
- 2. chiunque altera in qualsiasi modo monete genuine, col dare ad esse l'apparenza di un valore superiore;*

3. chiunque, non essendo concorso nella contraffazione o nell'alterazione, ma di concerto con chi l'ha eseguita ovvero con un intermediario, introduce nel territorio dello Stato o detiene o spende o mette altrimenti in circolazione monete contraffatte o alterate;

4. chiunque, al fine di metterle in circolazione, acquista o comunque riceve, da chi le ha falsificate, ovvero da un intermediario, monete contraffatte o alterate.

ESAME DELLA FATTISPECIE

L'art. 453 c.p. sanziona quei comportamenti, da chiunque commessi, idonei a mettere in pericolo la certezza e l'affidabilità del traffico monetario, distinguendo quattro diverse modalità di condotta:

1) *contraffazione*, ossia la produzione di monete, da parte di chi non era autorizzato, in modo tale da ingannare il pubblico e quindi ledere gli interessi tutelati dalla norma;

2) *alterazione*, vale a dire la modifica delle caratteristiche materiali o formali di monete genuine, volta a creare l'apparenza di un valore superiore;

3) *introduzione, detenzione, spendita, messa in circolazione di concerto con chi l'ha eseguita o con un intermediario e fuori dalle ipotesi di concorso nell'alterazione o contraffazione*. La prima modalità di condotta consiste nel far giungere nel territorio dello Stato monete altrove contraffatte; la detenzione è rappresentata dal disporre, a qualsiasi titolo, anche momentaneamente, della moneta contraffatta o alterata; la spendita e la messa in circolazione, invece, sono rispettivamente integrate dall'utilizzare come mezzo di pagamento o dal far uscire dalla propria sfera di custodia, a qualsiasi titolo, la moneta suddetta. In tutte le ipotesi considerate da ultimo è necessario che il soggetto agente operi con la coscienza e volontà di trattare con un falsario o con un intermediario, ma si badi bene, non in esecuzione di un piano congegnato con l'autore materiale delle falsità (in quanto in tal caso risponderebbe, a titolo di concorso, nei reati di alterazione e contraffazione posti in essere dal falsario) bensì in forza di un accordo momentaneo;

4) *acquisto o ricezione di monete falsificate da parte di un contraffattore o di un intermediario al fine di metterle in circolazione*: l'acquisto rappresenta una vera e propria compravendita di monete falsificate ed è pertanto del tutto indifferente, ai fini della consumazione, che l'agente entri nel possesso delle monete stesse. La ricezione, invece, è integrata dal semplice rendersi destinatari delle predette monete per effetto di un trasferimento differente dalla compravendita. Ai fini della sussistenza del reato, è necessario che il soggetto agisca con la precisa finalità di mettere in circolazione le monete contraffatte o alterate.

PROFILI PROBLEMATICI

Per quanto riguarda i comportamenti tenuti dagli operatori bancari, eventuali profili di responsabilità per la persona giuridica possono prospettarsi, in particolare, in relazione alle condotte individuate nel n. 3) e 4) dell'art. 453 c.p., essendo invece remota la possibilità che soggetti interni ad un istituto creditizio pongano in essere, autonomamente o in concorso con terzi, nell'interesse della banca stessa, fatti di alterazione o contraffazione.

Le ipotesi descritte nei n. 3 e 4 presentano maggiori rischi per quanto attiene alla messa in circolazione delle monete falsificate e alla ricezione delle stesse al fine della messa in circolazione: è astrattamente possibile, infatti, che operatori bancari, di

concerto con i falsari, detengano e conseguentemente mettano in circolazione moneta falsa, procurando in tal modo un ingiusto vantaggio all'ente creditizio.

454. Alterazione di monete

Chiunque altera monete della qualità indicata nell'articolo precedente, scemandone in qualsiasi modo il valore, ovvero, rispetto alle monete in tal modo alterate, commette alcuno dei fatti indicati nei n. 3 e 4 del detto articolo, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da lire duecentomila a un milione.

La fattispecie descritta nell'art. 454 c.p. prevede due ipotesi di reato: il caso di colui che, rispetto alle monete indicate sub art. 453, le alteri facendone scemare il valore con qualsiasi mezzo (ad esempio sostituendo il materiale utilizzato con uno di qualità inferiore) e quello di colui che, rispetto alle monete così alterate, commette uno dei fatti indicati ai nn. 3 e 4 dell'art. 453 c.p.

In ordine a tale fattispecie, non emergono profili problematici connessi con l'esercizio dell'attività bancaria, salvo quelli già in precedenza evidenziati in relazione all'ipotesi di reato da ultimo considerata.

455. Spendita e introduzione nello Stato, senza concerto, di monete falsificate.

Chiunque, fuori dei casi preveduti dai due articoli precedenti, introduce nel territorio dello Stato, acquista o detiene monete contraffatte o alterate, al fine di metterle in circolazione, ovvero le spende o le mette altrimenti in circolazione, soggiace alle pene stabilite nei detti articoli, ridotte da un terzo alla metà.

ESAME DELLA FATTISPECIE

La previsione contenuta nell'art. 455 si riferisce ad un'ipotesi pressoché analoga a quella descritta nell'art. 453, n. 3 e 4, con la sola, significativa differenza costituita dalla mancanza del requisito del concerto del soggetto attivo con l'autore della falsificazione richiesto nella fattispecie precedentemente esaminata.

Di particolare rilievo, ai fini del presente esame, è l'analisi dell'elemento soggettivo del reato, consistente nel dolo generico. Parte della giurisprudenza ha tuttavia ritenuto che, per l'integrazione della fattispecie in esame, non occorra un'assoluta conoscenza della falsità delle monete nel momento in cui sono ricevute, essendo sufficiente anche il semplice dubbio in ordine alla loro natura (Cass. pen., 24.4.1990. Morabito, in *Giust. pen.*, 1991, II, 474). L'insussistenza di elementi che inducano a ritenere l'esistenza di tale forma di dolo eventuale, consistente per l'appunto nel dubbio in ordine alla genuinità dei valori trattati, condurrà all'applicazione della meno grave ipotesi prevista dall'art. 457 c.p.

PROFILI PROBLEMATICI

L'ipotesi in esame può presentare profili problematici in relazione alla possibile sussistenza di una responsabilità amministrativa dell'ente. Infatti, potrebbe essere chiamato a rispondere del reato in oggetto l'operatore bancario che metta dolosamente in circolazione monete contraffatte, senza avere una conoscenza certa della loro falsità, ma dubitando, al momento della loro ricezione, della loro autenticità,

nell'intento di evitare alla banca i pregiudizi o, semplicemente, i fastidi derivanti dal rilevare e denunciare la falsità delle monete ricevute.

457. Spendita di monete falsificate ricevute in buona fede.

Chiunque spende o mette altrimenti in circolazione monete contraffatte o alterate, da lui ricevute in buona fede, è punito con la reclusione fino a sei mesi o con la multa fino a lire due milioni.

ESAME DELLA FATTISPECIE

L'art. 457 c.p. prevede un'ipotesi meno grave rispetto a quelle in precedenza considerate di spendita di monete false in considerazione del particolare requisito soggettivo che sorregge il momento della ricezione delle monete, ossia la buona fede: nell'ipotesi considerata, dunque, il soggetto attivo acquista contezza della falsità solo dopo la ricezione dei valori e, nonostante tale consapevolezza, li mette in circolazione.

PROFILI PROBLEMATICI

La fattispecie in esame presenta profili di rischio analoghi a quelli già evidenziati in merito all'ipotesi di cui all'art. 455, pur con le differenze dovute al particolare atteggiarsi dell'elemento soggettivo del reato qui considerato. E' pertanto possibile che l'operatore bancario, ricevute in buona fede banconote della cui falsità non abbia avuto contezza, nemmeno in termini di semplice sospetto, al momento dell'incasso, consapevolmente decida poi, a vantaggio dell'istituto o semplicemente per evitare i fastidi derivanti dall'attivazione delle procedure previste in tali casi, di utilizzarle nelle operazioni di sportello, mettendole in tal modo in circolazione.

459. Falsificazione di valori di bollo, introduzione nello Stato, acquisto, detenzione o messa in circolazione di valori di bollo falsificati

Le disposizioni degli articoli 453, 455 e 457 si applicano anche alla contraffazione o alterazione di valori di bollo e alla introduzione nel territorio dello Stato, o all'acquisto, detenzione e messa in circolazione di valori di bollo contraffatti; ma le pene sono ridotte di un terzo.

Agli effetti della legge penale, si intendono per valori di bollo la carta bollata, le marche da bollo, i francobolli e gli altri valori equiparati a questi da leggi speciali.

464. Uso di valori di bollo contraffatti o alterati

Chiunque, non essendo concorso nella contraffazione o nell'alterazione, fa uso di valori di bollo contraffatti o alterati è punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa fino a lire un milione.

Se i valori sono stati ricevuti in buona fede, si applica la pena stabilita nell'articolo 457, ridotta di un terzo.

ESAME DELLA FATTISPECIE

Le norme in esame, nell'ambito delle disposizioni volte alla tutela della fede pubblica, mirano più specificamente a garantire la certezza e l'affidabilità del traffico giuridico con i *valori di bollo*. In particolar modo, l'art. 459 incrimina i comportamenti di cui agli artt. 453, 455, 457 c.p. (ossia contraffazione, alterazione, introduzione nel territorio dello Stato, acquisto, detenzione e messa in circolazione) commessi su valori di bollo, ossia, come specificato al secondo comma, carta bollata, marche da bollo e gli

altri valori equiparati a questi da leggi speciali (sono tali ad esempio le marche assicurative, i francobolli di Stati esteri, le cartoline, i biglietti postali, i bollettini e i francobolli per pacchi emessi dallo Stato, i francobolli emessi da altri enti pubblici o privati per concessione dello Stato).

In ordine alla condotta, si rinvia pertanto a quanto già osservato in sede di commento agli artt. 453 e 455 c.p.

L'art. 464, invece, sanziona il semplice uso dei valori citati da parte di chi non sia concorso nella loro contraffazione o alterazione, con la consapevolezza, sin dal momento della ricezione, della loro falsità. Consapevolezza che, invece, è nel secondo comma dell'art. 464, richiesta solo in relazione all'uso, posto che, ai fini dell'integrazione del reato di cui al comma 2, è necessario che i valori falsi siano stati ricevuti in buona fede.

PROFILI PROBLEMATICI

Dato il carattere peculiare dell'oggetto materiale del reato in esame, si ritiene invero assai remota la sussistenza di profili di rischio per gli operatori bancari in ordine a tale fattispecie.

460. Contraffazione di carta filigranata in uso per la fabbricazione di carte di pubblico credito o di valori di bollo

Chiunque contraffà la carta filigranata che si adopera per la fabbricazione delle carte di pubblico credito o dei valori di bollo, ovvero acquista, detiene o aliena tale carta contraffatta, è punito, se il fatto non costituisce un più grave reato, con la reclusione da due a sei anni e con la multa da lire seicentomila a due milioni.

461. Fabbricazione o detenzione di filigrane o di strumenti destinati alla falsificazione di monete, di valori di bollo o di carta filigranata

Chiunque fabbrica, acquista, detiene o aliena filigrane o strumenti destinati esclusivamente alla contraffazione o alterazione di monete, di valori di bollo o di carta filigranata è punito, se il fatto non costituisce un più grave reato, con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da lire duecentomila a un milione.

La stessa pena si applica se le condotte previste dal primo comma hanno ad oggetto ologrammi o altri componenti della moneta destinati ad assicurarne la protezione contro la contraffazione o l'alterazione.

ESAME DELLA FATTISPECIE

Nelle due ipotesi di reato considerate si attua una tutela indiretta della pubblica fede, mediante la configurazione di reati autonomi volti a punire atti preparatori rispetto ai delitti di falsificazione delle monete o dei valori di bollo.

PROFILI PROBLEMATICI

Dato il carattere peculiare dell'oggetto materiale del reato in esame (carta filigranata, filigrana, strumenti destinati esclusivamente alla falsificazione, ologrammi o altri componenti della moneta destinati a garantirne l'autenticità), si ritiene invero assai remota la sussistenza di profili di rischio per gli operatori bancari in ordine a tale fattispecie.

RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA DELLE SOCIETÀ
PER REATI PREVISTI DAL CODICE CIVILE

(art. 25 ter d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231)

PREMESSA

La categoria dei reati c.d. “*generali*”, ossia dei reati che non risultano strettamente connessi all’attività di raccolta del risparmio ed erogazione del credito e nella cui commissione la banca può dunque incorrere - tramite l’opera di persone fisiche che agiscano nell’interesse o a vantaggio dell’ente - non diversamente da altri enti, necessita oggi di una integrazione a seguito dell’entrata in vigore, in data 16 aprile 2002, del d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61, recante la “Disciplina degli illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali, a norma dell’art. 11 della legge 3 ottobre 2001, n. 366”.

Il d.lgs., nell’introdurre nel *corpus* originario del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, l’art. 25 ter, ha infatti sensibilmente aumentato il numero dei reati la cui commissione può implicare, sussistendone le condizioni oggettive e soggettive, una responsabilità amministrativa dell’ente, ricomprendendovi una parte degli illeciti oggi previsti dal riformato Titolo XI del libro V del codice civile (*Disposizioni penali in materia di società e consorzi*)¹: si tratta, più in particolare, dei reati di false comunicazioni sociali (art. 2621), false comunicazioni sociali in danno dei soci o dei creditori (art. 2622, commi 1 e 3), falso in prospetto (art. 2623, commi 1 e 2), falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni delle società di revisione (art. 2624, commi 1 e 2), impedito controllo (art. 2625, comma 2), formazione fittizia di capitale (art. 2632), indebita restituzione dei conferimenti (art. 2626), illegale ripartizione degli utili e delle riserve (art. 2627), illecite operazioni sulle azioni o quote sociali e della società controllante (art. 2628),

¹ Al riguardo, si ricorda che, ai sensi dell’art. 135 T.U. bancario, “le disposizioni contenute nei capi I, II e V del Titolo XI del libro V del codice civile si applicano a chi svolge funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso banche anche se non costituite in forma societaria”. E’ evidente che il mancato raccordo tra la disposizione in esame e la nuova disciplina dei reati societari è da considerarsi frutto di una svista da parte del legislatore, svista peraltro poco comprensibile in considerazione del fatto che la Commissione Giustizia del Senato aveva puntualmente richiamato l’attenzione dell’esecutivo su tale esigenza di coordinamento (seduta del 19 marzo 2002). Non v’è dubbio peraltro che lo statuto penale delle società previsto dal Titolo XI del codice civile si applichi – indipendentemente dal richiamo operato dall’art. 135 – anche alle banche costituite in forma di società. Nonostante dunque l’ormai limitata efficacia costitutiva della disposizione in esame, essendo oggi estremamente ridotto il numero degli istituti bancari non strutturati in forma societaria, qualche dubbio in ordine alle conseguenze di tale difetto di coordinamento potrebbe sorgere per i reati oggi previsti dal capo IV del Titolo XI del codice civile, non richiamato dall’art. 135 T.U. bancario e, soprattutto, posta la peculiare formulazione delle fattispecie di agiotaggio (art. 2637) e ostacolo all’esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza (art. 2638), espressamente indirizzate anche alle banche, per i reati di cui agli artt. 2632, 2633 e 2636 c.c.

operazioni in pregiudizio dei creditori (art. 2629), indebita ripartizione dei beni sociali da parte dei liquidatori (art. 2633), illecita influenza sull'assemblea (art. 2636), aggrottaggio (art. 2637), ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza (art. 2638 commi 1 e 2).

La responsabilità dell'ente resta invece esclusa per quanto riguarda gli illeciti previsti dal capo III del medesimo libro V del codice civile (omessa esecuzione di denunce, comunicazioni o depositi, art. 2630; omessa convocazione dell'assemblea, art. 2631), nonché per l'ipotesi di impedito controllo prevista dal primo comma dell'art. 2625: si tratta, infatti, di illeciti per i quali è oggi prevista la sola sanzione amministrativa laddove, come noto, il d.lgs. n. 231/2001 disciplina *la responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*².

Di natura sostanziale, invece, le ragioni che hanno indotto il legislatore ad escludere la responsabilità degli enti per i reati previsti dagli artt. 2634 (infedeltà patrimoniale) e 2635 (infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità). In tali ipotesi, infatti, la formulazione stessa delle fattispecie porta ad escludere che possa in concreto ricorrere il requisito dell'agire *“nell'interesse o a vantaggio della società”*, posto che il primo reato risulta integrato in presenza di un interesse del soggetto attivo in conflitto con quello della società e il secondo dalla sussistenza di un nocumento per la società.

Tuttavia, la scelta del legislatore determina una lacuna nel sistema: l'art. 2635, infatti, estende la punibilità del reato anche al “corruttore”, ossia a colui che abbia dato o promesso un'utilità ad amministratori di una società. La circostanza che l'art. 25 *ter* non contempli tale reato tra quelli alla cui commissione può conseguire una responsabilità dell'ente, esclude che possa essere chiamato a rispondere l'ente nel cui interesse abbia eventualmente agito il corruttore, ad esempio offrendo denaro agli amministratori di una società concorrente per avvantaggiare quella di appartenenza.

Sempre in termini generali, occorre evidenziare alcuni difetti di coordinamento tra il comma 1 dell'art. 25 *ter* ed i criteri generali di imputazione della responsabilità dell'ente fissati dagli artt. 5, 6 e 7 del d.lgs. n. 231/2001.

L'art. 25 *ter*, infatti, prevede la responsabilità dell'ente “in relazione ai reati in materia societaria previsti dal codice civile, *se commessi nell'interesse della società*”, laddove invece, come noto, l'art. 5 del decreto n. 231/2001 stabilisce che “l'ente è responsabile per i reati commessi *nel suo interesse o a suo vantaggio*”: la nuova disciplina sembrerebbe, dunque, introdurre una limitazione alle ipotesi di imputazione della responsabilità *ex criminis* alla persona giuridica, che sussisterebbe soltanto nell'ipotesi in cui il soggetto abbia agito perseguendo l'interesse dell'ente e non anche nell'ipotesi in cui l'ente abbia ricavato un vantaggio pure non perseguito dall'agente³.

² In tali ipotesi potrà peraltro configurarsi una responsabilità solidale dell'ente ai sensi dell'art. 6 della legge n. 689/1981, a norma del quale “*Il proprietario della cosa che servì o fu destinata a commettere la violazione o, in sua vece, l'usufruttuario o, se trattasi di bene immobile, il titolare di un diritto personale di godimento, è obbligato in solido con l'autore della violazione al pagamento della somma da questo dovuta se non prova che la cosa è stata utilizzata contro la sua volontà.*”

[...] *Se la violazione è commessa dal rappresentante o dal dipendente di una persona giuridica o di un ente privo di personalità giuridica o, comunque, di un imprenditore nell'esercizio delle proprie funzioni o incombenze, la persona giuridica o l'ente o l'imprenditore è obbligato in solido con l'autore della violazione al pagamento della somma da questo dovuta*”.

Peraltro, sempre a norma dell'art. 6, in tali casi “*chi ha pagato ha diritto di regresso per l'intero nei confronti dell'autore della violazione*”.

³ Si segnala al riguardo che lo stesso legislatore del 2001 mostra di utilizzare i termini – che pure differenzia da un punto di vista concettuale in sede di relazione – in maniera fungibile: ci si riferisce, in

Dubbi interpretativi suscita il riferimento compiuto in premessa dal medesimo art. 25 *ter* alla configurabilità di una responsabilità dell'ente solo “*qualora il fatto non si fosse realizzato se [gli amministratori, i direttori generali o i liquidatori] avessero vigilato in conformità degli obblighi inerenti alla loro carica*”⁴: ci si chiede dunque se tale criterio debba intendersi sostitutivo dei modelli di organizzazione ovvero complementare rispetto a questi ultimi⁵.

La prima conclusione è da escludere in quanto non vi è dubbio che l'obbligo di vigilanza di cui all'art. 7 del d.lgs. n. 231/2001 trova il proprio contenuto e la propria specificazione proprio nei modelli organizzativi che ne costituiscono dunque l'essenza, attribuendo concretezza ad un precetto altrimenti astratto⁶: si deve dunque ribadire l'importanza - anche ai fini della prevenzione dei reati societari - dell'adozione e concreta attuazione da parte della società dei modelli organizzativi.

Qualche ulteriore dubbio suscita, ancora, il restringimento operato dall'art. 25 *ter* quanto al novero delle persone fisiche la cui condotta criminosa può implicare la responsabilità dell'ente: la norma infatti, abbandonando la tecnica definitoria della clausola generale di natura oggettiva contenuta nell'art. 5 del d.lgs. n. 231/2001, fa specifico riferimento ai reati commessi “*da amministratori, direttori generali o liquidatori o da persone sottoposte alla loro vigilanza*”.

In realtà, la vistosa difformità tra le due previsioni normative - da imputarsi in parte ad una precisa scelta del legislatore, posta la natura propria della maggior parte dei

particolare, all'art. 5, comma 2, dove si esclude la responsabilità dell'ente nel caso in cui la persona fisica responsabile del reato abbia agito nel proprio esclusivo interesse.

⁴ E' interessante segnalare che la Commissione del Senato aveva suggerito al Governo di eliminare tale ambiguo presupposto dal testo dell'art. 25 *ter*, rilevando come questa parte della norma apparisse “*pleonastica, in quanto meramente ripetitiva di quelli che sono i presupposti soggettivi della responsabilità dell'ente, che già sono compiutamente e articolatamente disciplinati negli articoli 5, 6 e 7 dello stesso decreto legislativo*”. Anzi, osservava ancora il Senato, “*la formulazione che lo schema propone potrebbe ingenerare dubbi sul piano interpretativo, in quanto potrebbe anche essere letta come limitativa dei presupposti della responsabilità dell'ente (si osservi, ad esempio, come essa letteralmente non preveda la responsabilità dell'ente, nel caso nel caso in cui il reato sia commesso da chi esercita di fatto la gestione dello stesso, essendo però tale risultato in contrasto non solo con il sistema delineato nei citati artt. 5,6, e 7 del decreto legislativo n. 231 del 2001, ma anche con la direttiva di delega risultante dalla lettera e) dell'articolo 11 della legge n. 366 del 2001*”.

⁵ Si ricorda in proposito che nella “parte generale” del d.lgs. n. 231/2001 si stabilisce, all'art. 7, in merito alla responsabilità della persona giuridica per i reati commessi da soggetti sottoposti all'altrui direzione e vigilanza, che “*l'ente è responsabile se la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza*”. Tuttavia, in termini di assoluta chiarezza, si precisa che, “*in ogni caso, è esclusa l'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza se l'ente, prima della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi*”.

⁶ Si potrebbe al riguardo ipotizzare un intento del legislatore di rafforzare la tutela penale nel settore societario attraverso la previsione di una responsabilità dell'ente qualora gli amministratori, i direttori generali e i liquidatori della società, che pure aveva adottato ed efficacemente attuato il modello organizzativo, abbiano omesso di vigilare sull'operato dei sottoposti, configurando, dunque, una vera e propria *culpa in vigilando*. In tali casi si potrebbe altresì, in relazione ai - non numerosi - reati comuni previsti dal decreto, ipotizzare una concorrente responsabilità dei suddetti soggetti *ex art. 40 cpv. c.p.* per omesso controllo. Il problema si pone in realtà per i soli reati comuni di cui agli artt. 2623, 2636 e 2637 c.c.: in tali ipotesi la norma sembra infatti richiedere, accanto all'adozione dei modelli organizzativi, un obbligo di vigilanza da parte dei soggetti posti in posizione apicale, di talché essi potrebbero essere chiamati a rispondere, in concorso con gli autori del fatto, dei reati commessi in caso di omesso controllo. Tale conclusione, ancorché astrattamente giustificata dal tenore letterale della disposizione, risulta, lo si ribadisce, in contrasto con i principi generali in tema di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche fissati dalla legge delega.

reati previsti dal Titolo XI del codice civile - rischia di determinare incertezze sul piano applicativo soltanto con riferimento alla figura dell'amministratore di fatto, nonché a quella dei soggetti che svolgono funzioni di rappresentanza o di direzione di unità organizzative dotate di autonomia finanziaria e funzionale.

Al riguardo, bisogna però evidenziare, in ordine al novero dei *soggetti* la cui condotta può determinare una responsabilità della persona giuridica, che l'art. 2639 c.c., recependo un consolidato orientamento giurisprudenziale, equipara al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge, colui che è tenuto a svolgere la stessa funzione, ancorché diversamente qualificata, nonché, e soprattutto, chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri inerenti alla qualifica o alla funzione. La norma, dunque, estende le qualifiche soggettive alla cui sussistenza è condizionata la ricorrenza dei reati in esame anche a coloro che, pur essendone formalmente privi, le esercitano di fatto. La medesima disposizione prevede poi che, fuori dai casi di applicazione delle norme riguardanti i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, le disposizioni sanzionatorie relative agli amministratori si applichino anche a coloro che sono legalmente incaricati dall'autorità giudiziaria o dall'autorità pubblica di vigilanza di amministrare la società o i beni dalla stessa posseduti o gestiti per conto di terzi: è, ad esempio, il caso dei commissari straordinari nominati dalla Banca d'Italia ai sensi dell'art. 71 T.U. bancario in caso di crisi della banca.

La disposizione assume particolare valore e significato posto che la maggior parte delle fattispecie contemplate dal titolo XI del libro V del codice civile sono reati propri, che possono cioè essere realizzati soltanto da persone che rivestano una determinata qualifica: amministratori, direttori generali, sindaci, liquidatori, revisori, soci conferenti.

Ai fini che qui rilevano, rimane incerto se tale norma, oltre a far sorgere la responsabilità della persona fisica per i reati previsti dal titolo XI del codice civile, valga altresì ad imputare all'ente i reati commessi nell'interesse del medesimo da soggetti che di fatto svolgano funzioni di amministrazione della società⁷.

⁷ Pur nell'incertezza derivante dall'ambiguità del testo normativo e dalla circostanza, rilevabile dai citati lavori parlamentari, della precisa volontà del legislatore di non risolvere le discrasie che pure erano state richiamate alla sua attenzione, in virtù di considerazioni di ordine sistematico, sembrerebbe doversi escludere che i difetti di coordinamento tra il d.lgs. n. 61/2002 ed il d.lgs. n. 231/2001 si traducano in un mutamento – quanto al limitato settore dei reati societari – dei presupposti oggettivi e soggettivi cui è vincolata la responsabilità dell'ente: l'art. 25 *ter* si inserisce infatti in un *corpus* organico cui il legislatore ha preposto alcuni principi cardine che assumono valore di “parte generale” del sistema della responsabilità degli enti e che sono dunque operanti in relazione a tutti gli illeciti previsti dalla parte speciale. Del resto, la stessa legge delega n. 366/2001 (di cui il decreto in commento costituisce attuazione), alla lettera *h*) dell'art. 11 imponeva all'esecutivo di prevedere una specifica responsabilità amministrativa degli enti “*nel rispetto dei principi e criteri direttivi contenuti nella legge 29 settembre 2000, n. 300 e nel decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*”, affermazione che appare ribadita anche nella relazione che accompagna il d.lgs. n. 61/2002. Diversamente opinando, accanto al rilevato eccesso di delega, si profilerebbe una vistosa lesione del principio di uguaglianza, posto che i reati previsti dagli artt. 24, 25 e 25 *bis* comporterebbero invece una responsabilità della società anche per illeciti commessi nell'interesse dell'ente da soggetti che di fatto esercitano funzioni di amministrazione.

Pertanto, nell'ipotesi in cui sia accolta tale conclusione e trovi pertanto applicazione, anche con riferimento ai profili di responsabilità dell'ente, l'art. 2639 in tema di estensione delle qualifiche soggettive, si segnalano sin da ora i problemi connessi al fenomeno del gruppo societario. L'intervento del legislatore rende infatti, se possibile, ancor più vistosa la lacuna determinata dalla mancanza di una disciplina generale della responsabilità dell'ente all'interno dei gruppi societari, lacuna particolarmente grave nel settore bancario in cui da tempo è stata affrontata la problematica del gruppo. L'esperienza

Sempre in termini generali, pare opportuno compiere alcune considerazioni in merito al regime di procedibilità - *querela* di parte - richiesto dalla legge per alcuni dei delitti previsti (in particolare, art. 2622, comma 1, 2629, 2633), nonché alle *condotte riparatorie e risarcitorie* che determinano la non punibilità di alcuni reati (in particolare, quelli previsti dagli artt. 2627, 2629 e 2633).

In attesa del consolidarsi di una giurisprudenza al riguardo, è importante sottolineare il rischio che l'eventuale *remissione della querela* da parte della persona offesa possa essere considerata improduttiva di effetti quanto al procedimento penale instauratosi nei confronti della persona giuridica. La remissione della querela, infatti, è considerata da parte della dottrina penalistica, che trae argomento dalla stessa collocazione codicistica dell'istituto (cfr. art. 152 c.p.), causa di estinzione del reato⁸: come noto, ai sensi dell'art. 8 del d.lgs. n. 231/2001, che fissa il principio di autonomia, la responsabilità dell'ente sussiste anche quando il reato si estingua per una causa diversa dall'amnistia.

Analoghe considerazioni valgono per le citate *condotte riparatorie o risarcitorie*, cui il legislatore condiziona l'estinzione del reato.

E' prevista infatti la non punibilità dei reati puniti dagli artt. 2629 e 2633 c.c. nell'ipotesi in cui gli amministratori o i liquidatori, che abbiano recato pregiudizio ai creditori in caso di riduzioni del capitale, fusioni o scissioni ovvero, in sede di ripartizione dei beni sociali, risarciscano il danno cagionato prima del giudizio. La medesima conseguenza si verifica allorché gli amministratori restituiscano gli utili indebitamente sottratti o ricostituiscano il capitale sociale o le riserve indebitamente lese prima dell'approvazione del bilancio relativo all'esercizio in relazione al quale è stata posta in essere la condotta (artt. 2627, comma 2, 2628, comma 3).

In tali ipotesi la natura della circostanza che determina la non punibilità del fatto - causa di estinzione del reato⁹ - sembra escludere, ai sensi del già citato art. 8 del d.lgs. n. 231/2001, che essa possa produrre effetti nei confronti della persona giuridica, la cui responsabilità rimarrebbe dunque ferma in quanto autonoma rispetto a quella della persona fisica¹⁰.

giurisprudenziale maturata in proposito in mancanza di una chiara disciplina normativa mostra infatti una preoccupante tendenza a dilatare le responsabilità dei soggetti posti al vertice della *holding*: il riconoscimento formale della figura dell'amministratore di fatto renderà probabilmente ancor più delicato il problema.

⁸ Altra parte della dottrina, la cui posizione è condivisa dalle poche pronunce giurisprudenziali in materia, attribuisce alla remissione della querela natura processuale, rilevando in particolare come la decisione che segue alla remissione della querela non costituisce, *ex artt. 425 e 531 c.p.p.*, una decisione nel merito.

⁹ Parte della dottrina penalistica ritiene invero che tali condotte debbano essere più correttamente ascritte alla categoria delle *cause sopravvenute di non punibilità*, in quanto escludono la punibilità del reato per ragioni di tutela del bene protetto, costituendo esse, essendo volte al ripristino dello *status quo ante*, l'estremo mezzo di tutela del medesimo. In ogni caso, e indipendentemente dall'inquadramento di tali condotte, si deve ritenere ferma la responsabilità dell'ente. Inequivoca è, al riguardo, la relazione governativa: "*le cause di estinzione della pena, al pari delle eventuali cause di non punibilità e, in generale, delle vicende che ineriscono a quest'ultima, non reagiscono in alcun modo sulla configurazione della responsabilità in capo all'ente, non escludendo la sussistenza del reato*".

¹⁰ Si osserva al riguardo che per l'operatività delle suddette cause di estinzione dei reati citati non è richiesto che la restituzione avvenga ad opera dell'autore dell'illecito: è ben possibile dunque che il risarcimento o la riparazione sia effettuata dalla società nell'interesse - come si è detto esclusivo - dell'amministratore o comunque del soggetto attivo del reato. L'ipotesi si presenta per certi aspetti problematica, posto che il comportamento dell'amministratore - che ricorre al patrimonio sociale per eliminare le conseguenze del reato commesso - potrebbe essere oggetto di censura anche in sede penale

Un'ultima notazione si ritiene opportuna in merito alle **sanzioni** previste a carico delle persone giuridiche per i reati previsti dall'art. 25 *ter*. Il legislatore - in un'ottica generale di riduzione dei livelli sanzionatori originariamente previsti per i reati societari - ha scelto di "punire" i fatti previsti dall'art. 25 *ter* con la sola sanzione pecuniaria, con esclusione delle sanzioni interdittive. Tale sanzione peraltro, a norma dell'art. 25 *ter*, comma 2, è aumentata di un terzo nell'ipotesi in cui, in seguito alla commissione del reato, l'ente abbia conseguito un profitto di rilevante entità¹¹.

La citata riduzione dei livelli sanzionatori per i reati cui è condizionata la responsabilità dell'ente induce poi ad un'altra riflessione: la complessità dell'accertamento in ordine alla sussistenza dei reati in esame (si pensi, ad esempio, al reato di false comunicazioni sociali) rende tutt'altro che remota la possibilità che i medesimi si prescrivano prima della completa definizione del procedimento penale. Tale circostanza, però, come noto, ai sensi dell'art. 8, comma 1, lett. b) del d.lgs. n. 231/2001, produce riflessi limitati sulla posizione della persona giuridica che sia stata coinvolta nel procedimento penale nei confronti dell'autore materiale del reato, posto che si potrà procedere nei confronti dell'ente anche nell'ipotesi in cui il reato si sia prescritto successivamente alla contestazione dell'illecito amministrativo dipendente da reato (artt. 59 e 60)¹².

FALSE COMUNICAZIONI SOCIALI (ART. 2621 C.C.)

Salvo quanto previsto dall'articolo 2622, gli amministratori, i direttori generali, i sindaci e i liquidatori, i quali, con l'intenzione di ingannare i soci o il pubblico e al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto nei bilanci, nelle relazioni o nelle altre comunicazioni sociali previste dalla legge, dirette ai soci o al pubblico, espongono fatti materiali non rispondenti al vero ancorché oggetto di valutazioni ovvero omettono informazioni la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale, o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene, in modo idoneo ad indurre in errore i destinatari sulla predetta situazione, sono puniti con l'arresto fino ad un anno e sei mesi.

La punibilità è estesa anche al caso in cui le informazioni riguardino beni posseduti od amministrati dalla società per conto di terzi.

La punibilità è esclusa se le falsità o le omissioni non alterano in modo sensibile la rappresentazione della situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene. La punibilità è comunque esclusa se le falsità o le omissioni determinano una variazione del risultato economico di esercizio,

(ci si riferisce, in particolare, ai reati di appropriazione indebita o alla nuova fattispecie di infedeltà patrimoniale).

¹¹ Profitto del quale, lo si ricorda, in caso di condanna dell'ente è sempre disposta la confisca, anche per equivalente, salvo per la parte eventualmente spettante alle persone danneggiate (art. 19 del d.lgs. n. 231/2001).

¹² Il termine di prescrizione per l'illecito amministrativo dipendente da reato è, come noto, sancito dall'art. 22 del d.lgs. n. 231/2001 in cinque anni dalla data di consumazione del reato. La medesima norma prevede poi le cause interruttive del termine, in presenza delle quali inizia un nuovo periodo di prescrizione: la richiesta di applicazione di misure cautelari interdittive e la contestazione dell'illecito amministrativo a norma dell'art. 59. Si stabilisce inoltre che se l'interruzione è avvenuta mediante la contestazione dell'illecito amministrativo dipendente da reato, la prescrizione non corre fino al momento in cui passa in giudicato la sentenza che definisce il giudizio.

al lordo delle imposte, non superiore al 5% o una variazione del patrimonio netto non superiore all'1 per cento.

In ogni caso il fatto non è punibile se conseguenza di valutazioni estimative che, singolarmente considerate, differiscono in misura non superiore al 10% da quella corretta.

FALSE COMUNICAZIONI SOCIALI IN DANNO DEI SOCI O DEI CREDITORI (ART. 2622 C.C.)

Gli amministratori, i direttori generali, i sindaci e i liquidatori, i quali, con l'intenzione di ingannare i soci o il pubblico e al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, nei bilanci, nelle relazioni o nelle altre comunicazioni sociali previste dalla legge, dirette ai soci o al pubblico, esponendo fatti materiali non rispondenti al vero ancorché oggetto di valutazioni, ovvero omettendo informazioni la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene, in modo idoneo ad indurre in errore i destinatari sulla predetta situazione, cagionano un danno patrimoniale ai soci o ai creditori sono puniti, a querela della persona offesa, con la reclusione da sei mesi a tre anni.

Si procede a querela anche se il fatto integra altro delitto, ancorché aggravato a danno del patrimonio di soggetti diversi dai soci e dai creditori, salvo che sia commesso in danno dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità europee.

Nel caso di società soggette alle disposizioni della parte IV, titolo III, capo II, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, la pena per i fatti previsti al primo comma è da uno a quattro anni e il delitto è procedibile d'ufficio.

La punibilità per i fatti previsti dal primo e terzo comma è estesa anche al caso in cui le informazioni riguardino beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi.

La punibilità per i fatti previsti dal primo e terzo comma è esclusa se le falsità o le omissioni non alterano in modo sensibile la rappresentazione della situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene. La punibilità è comunque esclusa se le falsità o le omissioni determinano una variazione del risultato economico di esercizio, al lordo delle imposte, non superiore al 5% o una variazione del patrimonio netto non superiore all'1 per cento.

In ogni caso il fatto non è punibile se conseguenza di valutazioni estimative che, singolarmente considerate, differiscono in misura non superiore al 10% da quella corretta.

ESAME DELLE FATTISPECIE

La fattispecie di false comunicazioni sociali rappresenta senza dubbio il fulcro della riforma dei reati societari ed assomma in sé le caratteristiche peculiari dell'intervento. La figura unitaria prevista dall'abrogato art. 2621, n. 1 è stata oggi parcellizzata in ben tre diverse fattispecie, ciascuna delle quali posta a presidio di un distinto bene giuridico.

I rapporti tra le due norme sono stati regolati dal legislatore tramite l'introduzione della clausola "salvo quanto previsto dall'articolo 2622": in tal modo, "si è inteso rendere chiara l'applicabilità delle disposizioni di cui all'art. 2621 in tutti i casi

in cui non siano applicabili quelle dell'articolo 2622: in particolare, in quelli in cui, con riferimento alle società non quotate, manchi la querela o sia intervenuta remissione della stessa"¹³.

Elementi comuni - Una novità comune alle tre fattispecie riguarda i **soggetti attivi** del reato, tra i quali non figurano più i promotori ed i soci fondatori, esclusione resa necessaria dal fatto che tra le comunicazioni la cui falsificazione determina il reato oggi non rientrano quelle concernenti la costituzione della società¹⁴.

Quanto all'**oggetto materiale** dei reati, il falso rileva soltanto ove riguardi **comunicazioni** "previste dalla legge", e dunque tipiche, ancorché facoltative, ovvero, nel caso in cui si tratti di omissione di informazioni, di comunicazioni obbligatorie in quanto "imposte" dalla legge¹⁵: non assume alcun rilievo penale, dunque, la falsità concernente, ad esempio, le comunicazioni previste o imposte da fonti regolamentari, quali quelle emanate da autorità indipendenti di controllo.

Sulla scorta di un orientamento giurisprudenziale e dottrinario ormai consolidato, il legislatore ha specificato che tra le comunicazioni rilevanti rientrano anche quelle attinenti la situazione economica, patrimoniale o finanziaria del gruppo cui la società appartiene, quale *il bilancio consolidato*, documento destinato a "rappresentare in modo veritiero e corretto la situazione patrimoniale e finanziaria e il risultato economico del complesso delle imprese costituito dalla controllante e dalla controllata" (artt. 25, 29 e 35, d.lgs. 9 aprile 1991, n. 127).

Comunicazioni rilevanti *ex artt. 2621 e 2622* sono soltanto quelle *dirette ai soci o al pubblico*: si è in tal modo inteso risolvere in senso negativo il problema concernente la rilevanza delle falsità aventi ad oggetto le comunicazioni tra organi della società, nonché di quelle dirette ad un unico destinatario, quali, in particolare, le autorità di vigilanza¹⁶.

¹³ Cfr. atti della Commissione Giustizia del Senato, seduta del 19 marzo 2002.

¹⁴ I reati commessi da soci fondatori e promotori nella fase costitutiva della società potranno integrare, sussistendone i presupposti, i reati di truffa (art. 640 c.p.) o, nel caso di diffusione di prospetti che sollecitino all'investimento, di falso in prospetto (art. 2623).

¹⁵ Il rinvio operato dalle norme alle disposizioni civilistiche in materia di comunicazioni obbligatorie rischia di creare pericolosi margini di incertezza, rimettendo la determinazione del fatto penalmente rilevante alla discrezionalità del giudice. Si pensi, ad esempio, che l'art. 2423, nell'imporre che la redazione del bilancio debba avvenire nel rispetto dei criteri di chiarezza e verità ed in ossequio ai principi fissati dalla legge, stabilisce altresì che, ove il rispetto delle disposizioni in tema di redazione del bilancio non risulti idoneo a soddisfare tale esigenza, l'amministratore dovrà "fornire tutte le informazioni complementari necessarie allo scopo". Tra le numerose comunicazioni imposte dalla legge si citano, oltre al bilancio d'esercizio (art. 2423, comma 1), i c.d. bilanci straordinari, ossia i documenti contabili che gli amministratori sono tenuti a redigere in occasione di determinati eventi diversi dalla normale chiusura dell'esercizio sociale: così, ad esempio, in caso di diminuzione di oltre un terzo del capitale sociale (art. 2446), di distribuzione di acconti sui dividendi (art. 2433 *bis*, comma 5), di presentazione di un progetto di fusione (art. 2501 *ter*) o di scissione (art. 2504 *novies*, comma 1).

¹⁶ Significativo, al riguardo, quanto precisato nella Relazione governativa sulla scorta di quelle che erano le valutazioni già espresse in seno alla c.d. commissione Mirone: "la direzione al pubblico della falsità è volta a centrare la fattispecie verso 'categorie' di soggetti destinatari, separandola nettamente dall'informazione resa ad autorità di controllo o a singoli individuati destinatari. Il mendacio trova caratterizzazione nella direzionalità offensiva, con la precisazione che deve essere rivolto a soggetti indeterminati, i quali orientano le proprie scelte economiche sulla base delle informazioni offerte. Pertanto, la precisazione della direzionalità offensiva del mendacio esclude dall'ambito operativo della figura le comunicazioni interorganiche e quelle riferite ad un unico destinatario". In questa ipotesi, peraltro, l'irrelevanza di tali fatti sotto il profilo delle false comunicazioni sociali non esclude la sussistenza di altre ipotesi di reato, quali, ad esempio, la truffa (art. 640 c.p.), ovvero l'impedito

Sempre ai fini della delimitazione delle comunicazioni rilevanti occorre evidenziare che da tale categoria sembrano doversi escludere i prospetti richiesti ai fini della sollecitazione all'investimento o dell'ammissione alla quotazione nei mercati regolamentati, nonché i documenti da pubblicare in occasione delle offerte pubbliche di acquisto o di scambio, la cui falsificazione integra la specifica contravvenzione prevista dall'art. 2623.

Infine, e pur in assenza di una clausola di riserva specifica, la direzionalità necessariamente pubblica delle comunicazioni porta ad escludere la sussistenza del reato in ipotesi di falso in bilancio diretto esclusivamente ad ottenere finalità di *risparmio fiscale*: depongono in tal senso la relazione al decreto e, in termini ancor più chiari, la legge delega che imponeva espressamente di "regolare i rapporti delle fattispecie con i delitti tributari in materia di dichiarazione" (art. 11, lett. a, n. 1).

Ponendo fine ad un annoso dibattito, la nuova normativa attribuisce rilievo penale alle falsificazioni che riguardino "fatti materiali", ancorché oggetto di valutazioni.

In ordine al problema della precisa individuazione del falso penalmente rilevante, si ricorda il prevalente orientamento giurisprudenziale secondo il quale una valutazione è falsa quando valica i limiti della *ragionevolezza*, degenerando in mero arbitrio¹⁷.

Tale criterio sembra oggi aver ricevuto un riconoscimento formale: il legislatore, nell'intento dichiarato di rendere la disciplina rispettosa dei principi di offensività e sussidiarietà, ha infatti limitato la punibilità dei reati in esame alle ipotesi ritenute più gravi. La punibilità è così esclusa se le falsità o le omissioni non alterano in modo sensibile la rappresentazione della situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo. Accanto a tale criterio *elastico*¹⁸ - che presta il fianco ad evidenti sospetti di indeterminatezza - è poi previsto un parametro fisso: il reato non è punibile se le falsità o le omissioni determinano una variazione del risultato economico di esercizio, al lordo delle imposte, non superiore al 5%, o, in alternativa, una variazione del patrimonio netto non superiore all'1%. Il legislatore inoltre, pur in mancanza di

controllo (art. 2625 c.c.), ovvero, quanto alle comunicazioni dirette alla Consob o alla Banca d'Italia, l'ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza (art. 2638 c.c.). Si ricorda, al riguardo, che l'art. 8 del decreto in esame ha invece abrogato l'art. 137, comma 1, T.U. bancario (mendacio bancario), fattispecie cui in passato potevano essere ricondotte le ipotesi di comunicazioni menzognere inviate da una società ad una banca nell'ambito del rapporto creditizio o per la sua costituzione.

¹⁷ Parimenti sostenibile alla luce della nuova normativa è la tesi, diffusa in dottrina, secondo la quale la falsità sussiste non tanto sulla base di un rapporto tra valutazione della posta in bilancio e valore reale dei singoli beni, ma in caso di mancata corrispondenza tra i criteri di valutazione relazionati e le valutazioni effettuate in bilancio. Tale tesi è espressamente accolta dal legislatore in materia di reati tributari: "non danno luogo a fatti punibili a norma degli articoli 3 e 4 le rilevazioni nelle scritture contabili e nel bilancio eseguite in violazione dei criteri di determinazione dell'esercizio di competenza ma sulla base di metodi costanti di impostazione contabile, nonché le rilevazioni e le valutazioni estimative rispetto alle quali i criteri concretamente applicati sono stati comunque indicati nel bilancio" (art. 7 del d.lgs. n. 74/2000). Pur in mancanza di una previsione analoga, si nota che sia l'art. 2621 sia l'art. 2622 richiedono ai fini della sussistenza del reato un requisito di pericolo concreto, consistente nella idoneità ad indurre in errore i destinatari delle comunicazioni: non possono dunque ritenersi penalmente rilevanti le appostazioni che, ancorché operate disattendendo i criteri generali, siano compiutamente illustrate, ad esempio, nella nota integrativa al bilancio.

¹⁸ Il criterio in esame risulta dirimente nelle ipotesi in cui non sia concretamente possibile fare riferimento alle - più certe - soglie quantitative fissate *ex lege*, in ragione della mancanza di un risultato economico cui riferirle.

espressa previsione al riguardo nella legge delega, ha previsto un'ulteriore soglia di carattere soggettivo che esclude la punibilità del fatto se le falsità o le omissioni sono il frutto di valutazioni estimative che, singolarmente considerate, differiscono in misura non superiore al 10% da quella corretta¹⁹.

La determinazione della natura delle citate soglie nell'ambito della fattispecie non è agevole: se si può infatti affermare che queste assumono la natura di elementi costitutivi del reato di cui all'art. 2621, ad analoga conclusione non pare potersi pervenire quanto alle ipotesi previste dall'art. 2622, in ragione della diversa oggettività giuridica (patrimonio individuale) di tali reati. Basti al riguardo osservare che il reato non è punibile quando, pur essendosi verificato un rilevante danno patrimoniale dei soci o dei creditori e risultando dunque integrata l'offesa al bene tutelato, la misura della falsificazione non superi la soglia prevista dall'art. 2622, comma 5. In tale ipotesi, dunque, più corretto appare qualificare l'elemento in esame quale condizione obiettiva di punibilità (art. 44 c.p.).

Si nota infine che il legislatore, nonostante le critiche formulate al riguardo dalla dottrina, ha scelto di escludere la rilevanza penale del falso c.d. "qualitativo", ossia di quelle ipotesi di falsità che, ancorché inidonee ad incidere in modo sensibile sulla rappresentazione del risultato complessivo di gestione, risultano tuttavia in grado di orientare i comportamenti di determinati soggetti, quali investitori o soci: è il caso, ad esempio, di erogazioni appostate nel conto economico sotto etichettature non pertinenti.

Ai fini della sussistenza dei reati in esame è inoltre necessario, come anticipato, che le falsità o le omissioni in esame siano *idonee a indurre in errore i destinatari sulla situazione della società*²⁰. Tale elemento assume nella fattispecie contravvenzionale funzione di garanzia del rispetto del principio di offensività, limitando la punibilità ai soli casi di pericolo concreto di lesione del bene tutelato.

Meno comprensibile, invece, la scelta del legislatore di prevedere tale requisito anche nell'ambito delle ipotesi delittuose previste dall'art. 2622, costruite, lo si è anticipato, come reati di evento. In concreto, infatti, il prodursi del danno patrimoniale conduce a ritenere *in re ipsa* l'idoneità ingannatoria del falso, salvo voler ritenere esclusa la punibilità nelle ipotesi in cui, pur essendosi verificato l'evento di danno, la falsità sia considerata, in base ad una valutazione necessariamente astratta, inidonea ad ingannare.

Si segnala infine che i reati in esame sussistono anche nell'ipotesi in cui le false informazioni riportate nelle comunicazioni sociali abbiano ad oggetto beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi: ai fini che qui rilevano vengono in

¹⁹ Si segnalano al riguardo le perplessità espresse in sede di parere sul recente decreto da chi rilevava come "la soluzione adottata offre uno spazio di non punibilità elevatissimo alle società che presentano un grande risultato economico di esercizio. Infatti un bilancio, tutt'altro che raro, dell'ordine delle centinaia o delle molte decine di miliardi produrrebbe un'area di non punibilità per falsità, nell'ordine di alcuni miliardi". Più opportuno sarebbe stato dunque il ricorso ad una combinazione di parametri maggiormente articolata, come già previsto, ad esempio, in materia di reati tributari dal d.lgs. n. 74/2000 (intervento del Sen. Fassone, seduta della Commissione Giustizia del Senato in data 19 marzo 2002). Analogamente, in sede di Commissione Giustizia della Camera, si era evidenziato come "la soglia quantitativa del 5 per cento favorisce e incentiva la costituzione legalizzata di 'fondi neri' da parte della società" (cfr. proposta alternativa di parere del deputato Bonito presentata nel corso della seduta del 6 marzo 2002).

²⁰ Come evidenziato in sede di Commissione Giustizia del Senato nel corso della seduta in data 19 marzo 2002, il requisito dell'idoneità era in realtà richiesto dalla legge delega all'art. 11, co. 1, con esclusivo riferimento alla condotta commissiva, potendosi considerare *in re ipsa* il requisito della idoneità ad ingannare nei casi di omissione di informazioni imposte dalla legge.

particolare in considerazione le attività di gestione di titoli svolte dalla banca per conto della propria clientela.

L'articolata condotta che rappresenta il fatto tipico del reato deve poi essere sorretta, ai fini dell'esistenza del reato, da un **elemento soggettivo** particolarmente "ricco": accanto al dolo generico che deve coprire tutti gli elementi del fatto tipico è richiesto (anche per l'ipotesi contravvenzionale dell'art. 2621) un dolo intenzionale ("con l'intenzione di ingannare i soci o il pubblico"): è da escludere, dunque, che la fattispecie prevista dall'art. 2622 possa configurarsi a titolo di dolo eventuale, in presenza cioè della mera accettazione del rischio del verificarsi di un danno patrimoniale per i soci. Per entrambi i reati si richiede inoltre la sussistenza di un dolo specifico ("al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto"), in relazione al quale si pone soprattutto il problema di verificare quando il profitto conseguito possa considerarsi *giusto*, con conseguente esclusione dell'elemento soggettivo del reato.

False comunicazioni sociali (art. 2621 c.c.) - Venendo agli elementi caratterizzanti le singole fattispecie, per quanto concerne l'ipotesi contravvenzionale prevista dall'art. 2621, il legislatore delegato individua l'oggettività giuridica nella "fiducia che deve poter essere riposta da parte dei destinatari nella veridicità dei bilanci o delle comunicazioni della impresa organizzata in forma societaria". La differenza sostanziale tra la figura in esame e quelle – più gravi – previste nell'art. 2622 risiede nell'assenza nella prima di un danno per i soci o i creditori: si tratta, dunque, di un reato di pericolo concreto che si realizza attraverso l'esposizione nelle comunicazioni sociali previste dalla legge, dirette ai soci o al pubblico, di fatti materiali non rispondenti al vero, ancorché oggetto di valutazioni ovvero attraverso l'omissione di notizie la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione della società o del gruppo, in modo idoneo ad indurre in errore i destinatari delle suddette comunicazioni.

Il reato in esame, secondo le regole generali in tema di illeciti contravvenzionali, è procedibile d'ufficio e non ammette la punibilità a titolo di tentativo.

False comunicazioni sociali in danno di soci o creditori (art. 2622 c.c.) - La disciplina delle false comunicazioni sociali si articola ulteriormente nell'art. 2622 che prevede due fattispecie delittuose, punibili solo in presenza di un danno patrimoniale per i soci o per i creditori, che si differenziano tra loro soltanto per il fatto di riguardare la seconda gli illeciti commessi nell'ambito di società quotate e la prima quelli relativi alle altre società e per il conseguente regime di procedibilità che le caratterizza (d'ufficio nel primo caso, a querela della persona offesa nel secondo).

La dottrina ha al riguardo pressoché unanimemente osservato come il danno patrimoniale costituisca il momento centrale del nuovo reato di false comunicazioni sociali, nel quale il disvalore è dunque incentrato nella lesione di un interesse individuale. Il danno patrimoniale in tale contesto assume il ruolo di evento del reato: al riguardo sin può sin da ora ipotizzare che l'accertamento del rapporto di causalità tra la condotta delittuosa e tale elemento risulterà, da un punto di vista probatorio, particolarmente problematica.

Affatto particolare è poi il meccanismo relativo alla **procedibilità** dei reati in esame: il delitto previsto dall'art. 2622, comma 1, posto a tutela di interessi di natura individuale, è punibile a querela della persona offesa, condizione di procedibilità non richiesta invece nell'ipotesi, prevista dall'art. 2622, comma 3, in cui la falsità riguarda società con azioni quotate.

Il peculiare regime di procedibilità previsto per la prima ipotesi delittuosa limita non poco l'ambito di applicazione della norma, rimettendo ai soci o ai creditori la scelta in ordine all'eventuale apertura di un procedimento penale in relazione ad ipotesi di falsificazione di comunicazioni, ancorché queste siano dirette al pubblico e dunque anche quando si configuri, ad esempio, un danno per potenziali acquirenti di quote sociali tratti in errore da una erronea rappresentazione della situazione economica della società. La norma apre inoltre ampi spazi alla possibilità di comporre in via transattiva i contrasti sorti, in esito alla falsificazione, tra amministratori e soci, rimettendo alla scelta del privato la punizione dei fatti in esame.

Gli esiti di un'eventuale composizione dei conflitti in sede privata e della conseguente remissione della querela da parte della persona offesa, come si è anticipato, potrebbero risultare indifferenti per la persona giuridica, posto il principio fissato dall'art. 8 del d.lgs. n. 231/2001.

Di particolare rilievo è poi la disposizione contenuta nell'art. 2622, comma 2, a norma della quale si procede a querela anche qualora il fatto integri altro delitto, ancorché aggravato, in danno del patrimonio di soggetti diversi dai soci e dai creditori, a meno che questo non sia commesso in danno dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità europee²¹. La norma, dichiaratamente finalizzata ad evitare disparità di trattamento rispetto a fattispecie di identico valore, determina la singolare situazione per cui se la condotta di falsificazione, oltre a dar luogo al reato di cui all'art. 2622, reca un danno patrimoniale anche a soggetti diversi dai soci e dai creditori, integrando in tal modo altro delitto (ad esempio, appropriazione indebita), anche se procedibile d'ufficio (perché, nel caso di specie, si configura l'aggravante di cui all'art. 61, n. 11, c.p.), ai fini della punibilità di quest'ultimo reato occorrerà ugualmente la presentazione della querela da parte della persona offesa.

La circostanza poi che il legislatore si sia preoccupato di dettare norme in merito al regime di procedibilità dei soli reati concorrenti commessi in danno di soggetti diversi dai soci o dai creditori, induce a ritenere che si sia implicitamente inteso escludere il concorso formale tra il reato previsto dall'art. 2622 ed i comuni delitti contro il patrimonio, quali, ad esempio, appropriazione indebita, truffa, ecc.

Si ricorda, infine, che la querela deve essere presentata entro tre mesi dal giorno della notizia del fatto che costituisce reato (art. 124 c.p.), termine che, per i reati commessi prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 61/2002, decorre dal 16 aprile 2002 (art. 5).

PROFILI PROBLEMATICI

La riforma, come si vede, ha inciso profondamente sulla struttura della fattispecie di false comunicazioni sociali, modificandone in particolare l'oggettività giuridica. I rischi connessi al verificarsi del reato in esame - e soprattutto del delitto previsto dall'art. 2622 - devono essere dunque valutati in questa particolare prospettiva.

Così, ad esempio, ai fini che qui rilevano, si evidenzia che il reato in esame sussisterà, in presenza di un danno per i soci o per i creditori, anche nell'ipotesi in cui gli amministratori della banca esponano nel bilancio fatti non rispondenti al vero senza

²¹ La Commissione Giustizia del Senato aveva suggerito, ai fini del rispetto di quanto richiesto dall'art. 11, lett. i) della legge delega, di meglio individuare le fattispecie da armonizzare mediante l'estensione ad esse della procedibilità a querela (seduta del 19 marzo 2002): il suggerimento meritava invero maggiore considerazione, posta la difficoltà di individuare con precisione tutti i reati integrabili dal medesimo fatto di cui all'art. 2622.

l'intenzione di ledere gli interessi dell'istituto o addirittura al fine di risollevarne le sorti, potendo comportare, in questo caso, anche una responsabilità dell'ente: tipico è, ad esempio, il caso della creazione di riserve occulte illiquide, ottenute attraverso la sottovalutazione di poste attive o la sopravvalutazione di quelle passive per favorire l'autofinanziamento dell'impresa sociale, sacrificando l'interesse degli azionisti alla percezione dei dividendi.

Essenziale appare dunque il richiamo dei soggetti tenuti alla redazione del bilancio al rispetto dei principi di compilazione dei documenti che lo costituiscono: ai sensi dell'art. 2423, comma 2, per quanto riguarda le società di capitali, il bilancio "deve essere redatto con chiarezza e deve rappresentare in modo veritiero e corretto la situazione patrimoniale della società e il risultato economico dell'esercizio"²².

Una particolare attenzione è richiesta in sede di stima delle poste contabili: i responsabili devono attenersi al rispetto del citato principio di ragionevolezza ed esporre con chiarezza i parametri di valutazione seguiti, fornendo ogni eventuale informazione complementare che sia necessaria a garantire la veridicità del documento (cfr. artt. 2423, comma 3, e 2423 *bis*).

Il bilancio deve inoltre essere completo sotto il profilo dell'informazione societaria e, in particolare, contenere tutti gli elementi richiesti dalla legge, quali ad esempio quelli previsti dagli artt. 2424, per lo stato patrimoniale, 2425, per il conto economico, 2427, per la nota integrativa.

Analoga correttezza deve essere richiesta agli amministratori, ai direttori generali, ai sindaci, ai liquidatori (nonché ai soggetti che esercitino di fatto tali funzioni) nella redazione delle altre comunicazioni imposte o comunque previste dalla legge e dirette ai soci o al pubblico, affinché le stesse contengano informazioni chiare, precise, veritiere e complete.

FALSO IN PROSPETTO (ART. 2623 C.C.)

Chiunque, allo scopo di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, nei prospetti richiesti ai fini della sollecitazione all'investimento o dell'ammissione alla quotazione nei mercati regolamentati, ovvero nei documenti da pubblicare in occasione delle offerte pubbliche di acquisto o di scambio, con la consapevolezza della falsità e l'intenzione di ingannare i destinatari del prospetto, espone false informazioni od occulta dati o notizie in modo idoneo ad indurre in errore i suddetti destinatari è punito, se la condotta non ha loro cagionato un danno patrimoniale, con l'arresto fino ad un anno.

Se la condotta di cui al primo comma ha cagionato un danno patrimoniale ai destinatari del prospetto, la pena è della reclusione da uno a tre anni.

La norma in esame - che sostituisce parzialmente il previgente art. 174, comma 1, T.U. della finanza (false comunicazioni alla Consob), espressamente abrogato dall'art. 8 del decreto - è stata introdotta nel dichiarato intento di porre *'fine ai contrasti interpretativi legati alla riconducibilità sotto il concetto di 'comunicazione sociale' del*

²² Analoghi principi governano la redazione del bilancio consolidato, destinato a "rappresentare in modo veritiero e corretto la situazione patrimoniale e finanziaria e il risultato economico del complesso di imprese costituito dalla controllante e dalle controllate" (artt. 29 e 35 d.lgs. n. 127/1991).

prospetto informativo”. Nel prevedere dunque una fattispecie certamente speciale rispetto a quelle disciplinate dagli artt. 2621 e 2622, il legislatore ha implicitamente riconosciuto, aderendo ad una impostazione giurisprudenziale già manifestatasi in passato, la riconducibilità dei prospetti in esame alla categoria delle comunicazioni sociali.

Quanto al *bene giuridico* tutelato dalla norma, nella relazione si nota che essa è finalizzata a fornire “*un’adeguata e certa tutela dell’affidamento del pubblico degli investitori sull’idoneità delle informazioni contenute in questo particolare veicolo informativo per consentire l’effettuazione di scelte consapevoli di investimento*”.

In realtà, tale interesse appare tutelato più nel comma 1 dell’art. 2623, che prevede oggi un reato contravvenzionale di pericolo concreto, che nel comma 2, il quale prevede invece un delitto di evento incentrato sul danno patrimoniale procurato ai destinatari del prospetto.

L’*oggetto materiale* del reato è espressamente indicato nei prospetti richiesti ai fini della sollecitazione all’investimento (art. 94 T.U. finanza) o dell’ammissione alla quotazione nei mercati regolamentati (artt. 113, 114 T.U. della finanza), nonché nei documenti da pubblicare in occasione delle offerte pubbliche di acquisto o di scambio (art. 102 T.U. finanza), di documenti, dunque, particolarmente significativi ai fini dell’orientamento nelle scelte di investimento del pubblico.

La natura tipica dei documenti in esame giova altresì a delimitare il novero dei soggetti attivi del reato, ancorché il medesimo si presenti quale reato comune, individuandoli in quelli cui compete la redazione e la trasmissione del prospetto (quali, ad esempio, gli amministratori della società che intende effettuare una sollecitazione all’investimento).

Venendo all’esame dell’*elemento oggettivo* del reato, si osserva che esso può oggi risultare integrato in entrambe le ipotesi - delittuosa e contravvenzionale - sia da una condotta commissiva (esposizione di false informazioni) che, diversamente dal passato, da una condotta omissiva (occultamento di dati o notizie, la cui natura non è peraltro in alcun modo specificata dalla legge), richiedendosi per entrambe l’idoneità a indurre in errore i destinatari del prospetto.

La differenza tra le due fattispecie, in virtù della quale si giustifica la diversa natura dei reati e il conseguente diverso trattamento sanzionatorio, risiede nell’assenza nella prima (art. 2623 comma 1) di un danno patrimoniale per i destinatari del prospetto, richiesto invece al fine dell’integrazione del delitto (art. 2623, comma 2).

La mancanza di un’espressa indicazione al riguardo induce poi a chiedersi se le valutazioni possano considerarsi “informazioni” la cui falsificazione configuri la fattispecie in esame: la peculiarità del termine usato (informazioni piuttosto che fatti materiali, così come previsto dagli artt. 2621 e 2622) e la natura stessa dei prospetti che costituiscono oggetto materiale del reato (destinati a consentire al pubblico di orientare le proprie scelte di investimento) inducono a ritenere che anche le false valutazioni possano costituire oggetto dell’art. 2623 c.c.²³.

²³ Significativa, al riguardo, la circostanza che il governo non abbia ritenuto di doversi uniformare all’indicazione proveniente dalla Commissione Giustizia del Senato, che suggeriva di sostituire il termine – pure previsto dalla legge delega – con la medesima espressione utilizzata negli artt. 2621 e 2622 (“fatti materiali, ancorchè oggetto di valutazioni”), ritenuta maggiormente conforme alle intenzioni del legislatore quali erano state esplicitate in sede di lavori preparatori (in particolare, nella relazione presentata alla 2° Commissione del Senato in data 12 settembre 2001).

Ai fini della sussistenza dell'*elemento soggettivo*, è richiesto, anche per l'ipotesi contravvenzionale, non soltanto il dolo generico (che per quanto riguarda la condotta commissiva comprende in particolare la consapevolezza della falsità), ma anche un dolo intenzionale (intenzione di ingannare i destinatari del prospetto) e specifico, consistente nella finalità di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto. Anche in tale ipotesi deve dunque escludersi la sussistenza del reato in presenza di un mero dolo eventuale.

FALSITÀ NELLE RELAZIONI O NELLE COMUNICAZIONI DELLE SOCIETÀ DI REVISIONE (ART. 2624 C.C.)

I responsabili della revisione i quali, al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, nelle relazioni o in altre comunicazioni, con la consapevolezza della falsità e l'intenzione di ingannare i destinatari delle comunicazioni, attestano il falso od occultano informazioni concernenti la situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società, ente o soggetto sottoposto a revisione, in modo idoneo ad indurre in errore i destinatari delle comunicazioni sulla predetta situazione, sono puniti, se la condotta non ha loro cagionato un danno patrimoniale, con l'arresto fino ad un anno.

Se la condotta di cui al primo comma ha cagionato un danno patrimoniale ai destinatari delle comunicazioni, la pena è della reclusione da uno a quattro anni.

Trattandosi di un reato proprio dei responsabili della revisione, la fattispecie in esame si presenta di limitato interesse per il settore bancario. In estrema sintesi, si osserva che la norma, sostituendo l'abrogato art. 175 T.U. finanza, punisce la condotta dei revisori che, al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, nelle relazioni o in altre comunicazioni, con la consapevolezza della falsità e l'intenzione di ingannare i destinatari delle comunicazioni, attestano il falso occultando informazioni concernenti la situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società, in modo idoneo ad indurre in errore i destinatari della comunicazione²⁴.

IMPEDITO CONTROLLO (ART. 2625 C.C.)

Gli amministratori che, occultando documenti o con altri idonei artifici, impediscono o comunque ostacolano lo svolgimento delle attività di controllo o di revisione legalmente attribuite ai soci, ad altri organi sociali o alle società di revisione, sono puniti con la sanzione amministrativa pecuniaria fino a 10.329 euro.

Se la condotta ha cagionato un danno ai soci, si applica la reclusione fino ad un anno e si procede a querela della persona offesa.

²⁴ Ai sensi dell'art. 179, comma 3, T.U. finanza – che sembrerebbe aver mantenuto la sua efficacia anche rispetto alla disposizione in esame, ancorché si riferisca alle disposizioni in materia di società di revisione previste dallo stesso T.U. – tale fattispecie ricorre soltanto in caso di società che hanno l'obbligo di sottostare alla revisione contabile e non anche a quelle che scelgano volontariamente di sottoporvisi.

La riforma operata dal d.lgs. n. 61/2002 ha inciso profondamente sulla fattispecie in esame: il reato è stato, innanzitutto, parzialmente depenalizzato limitatamente alle ipotesi in cui dalla condotta posta in essere dagli amministratori non sia derivato alcun danno per i soci. Conseguentemente, la possibilità di configurare una responsabilità amministrativa dell'ente sussiste solo in relazione al delitto – procedibile a querela della persona offesa – previsto dall'art. 2625, comma 2²⁵.

Inoltre, il legislatore ha, da un lato, meglio tipizzato la *condotta* penalmente rilevante e, dall'altro, ampliato l'ambito di applicazione della fattispecie che non soltanto oggi sanziona, accanto all'attività di impedito controllo, quella che si realizza tramite la frapposizione di ostacoli all'esercizio di tale attività, ma prevede anche una forma di tutela nei confronti delle società di revisione: l'art. 2625 sanziona dunque il fatto degli amministratori che, occultando documenti o con altri idonei artifici, impediscono ovvero ostacolano lo svolgimento delle attività di controllo o di revisione legalmente attribuite ai soci, ad altri organi sociali o alle società di revisione, determinando in tal modo un danno ai soci.

Accanto dunque ad una tutela del *controllo interno* operato dal collegio sindacale (nelle società di capitali, a norma dell'art. 2403) o dai soci (nei casi previsti, ad esempio, dagli artt. 2489, per le ipotesi in cui la società non abbia un collegio sindacale; dagli artt. 2261 e 2293 per le società in nome collettivo; dall'art. 2320, comma 3, per le società in accomandita semplice; nonché nelle società a responsabilità limitata nei casi previsti dall'art. 2488), è oggi prevista anche una tutela del *controllo esterno* (ancorché di stampo privatistico), operato dalle società di revisione nei confronti delle società quotate *ex art. 155 T.U. della finanza*, colmando in tal modo una vistosa ed incomprensibile lacuna contenuta nel sistema previgente.

Sotto altro profilo, sembrerebbe invece ampliato l'ambito di applicazione della norma, laddove, eliminando il riferimento alla "gestione sociale", elemento che nella vecchia fattispecie rappresentava il fulcro del disvalore, non delimita più con esattezza l'oggetto del controllo attribuito ai soci, ai sindaci e ai revisori²⁶.

Ai fini della sussistenza del reato è poi richiesto un *dolo generico*, che deve ovviamente includere anche la rappresentazione e volizione (quantomeno a titolo di dolo eventuale) di un danno ai soci.

INDEBITA RESTITUZIONE DEI CONFERIMENTI (ART. 2626 C.C.)

Gli amministratori che, fuori dei casi di legittima riduzione del capitale sociale, restituiscono, anche simulatamente, i conferimenti ai soci o li liberano dell'obbligo di eseguirli, sono puniti con la reclusione fino ad un anno.

ESAME DELLA FATTISPECIE

Come rilevato anche nella relazione governativa la fattispecie in esame – sostanzialmente immutata rispetto al passato – conserva il suo ruolo di norma generale e

²⁵ Il comma 1 dell'art. 2625 prevede infatti un illecito amministrativo.

²⁶ Si pensi, in particolare, al diritto dei soci *ex art. 2422* di ispezionare il libro soci, il libro delle adunanze e delle deliberazioni dell'assemblea: in tale ipotesi la prevalente dottrina aveva escluso la sussistenza del reato di cui all'art. 2623, n. 3, non potendosi qualificare tale attività inerente al controllo sulla gestione sociale.

di chiusura del sistema di *tutela del capitale sociale* sotto il profilo della garanzia dell'effettività e dell'integrità dei conferimenti dei soci, risultando così la sua applicazione residuale rispetto a quella di altre norme aventi contenuto più specifico previste dal medesimo Capo II.

Trattandosi di un reato proprio degli amministratori, il socio che benefici della condotta illecita non potrà essere punito, salvo l'ipotesi in cui egli concorra attivamente nel reato, ad esempio istigando alla restituzione dei conferimenti.

Quanto all'*elemento oggettivo*, si osserva che le condotte in esame possono rilevare sia nella fase del funzionamento della società (così, la restituzione dei conferimenti) che in quella della sua costituzione (in particolare, liberando i soci dall'obbligo di esecuzione dei conferimenti).

Per quanto concerne la restituzione dei conferimenti, questa può avvenire sia in forma palese, ancorché indiretta (ad esempio, tramite la compensazione di un debito del socio nei confronti della società) che simulata (ad esempio attraverso il riconoscimento ad un soci di un credito in realtà inesistente, la stipulazione di un mutuo fittizio, la concessione di un prestito senza serie prospettive di restituzione, la corresponsione di onorari per prestazioni professionali inesistenti o comunque inadeguate), ovvero attraverso una distribuzione di acconti-dividendo o di utili fittizi effettuata con somme prelevate dal capitale sociale.

La seconda ipotesi di condotta consiste nell'esonero dei soci dall'obbligo di eseguire conferimenti rimasti in tutto o in parte inadempiti

In entrambi i casi, ai fini della sussistenza dell'elemento oggettivo del reato, è necessario che la restituzione avvenga al di fuori del caso di legittima riduzione del capitale sociale (cfr. in particolare artt. 2306 e 2445).

PROFILI PROBLEMATICI

Come si è già evidenziato in premessa, la fattispecie in esame, così come quella successiva prevista dall'art. 2627, sanziona una condotta idonea a determinare un pregiudizio per la società, risolvendosi in una forma di aggressione al capitale sociale, a vantaggio dei soci.

Sotto un profilo astratto, pare invero difficile che il reato in esame possa essere commesso dagli amministratori "nell'interesse o a vantaggio della società", implicando in tal modo una responsabilità dell'ente. Più delicato si presenta il problema in relazione ai rapporti intragruppo, essendo possibile che una società, avendo urgente bisogno di disponibilità finanziarie, si faccia indebitamente restituire i conferimenti effettuati ai danni di un'altra società del gruppo. In tale ipotesi, in considerazione della posizione assunta dalla prevalente giurisprudenza che disconosce l'autonomia del gruppo societario inteso come concetto unitario, è ben possibile che, sussistendone tutti i presupposti, possa configurarsi una responsabilità dell'ente per il reato di indebita restituzione dei conferimenti commesso dai suoi amministratori.

ILLEGALE RIPARTIZIONE DEGLI UTILI E DELLE RISERVE (ART. 2627 C.C.)

Salvo che il fatto non costituisca più grave reato, gli amministratori che ripartiscono utili o acconti su utili non effettivamente conseguiti o destinati per legge a riserva, ovvero che ripartiscono riserve, anche non costituite con utili, che non possono per legge essere distribuite, sono puniti con l'arresto fino ad un anno.

La restituzione degli utili o la ricostituzione delle riserve prima del termine previsto per l'approvazione del bilancio estingue il reato.

ESAME DELLA FATTISPECIE

Il reato in parola consiste nella sottrazione di una parte del capitale sociale a quella che, per legge, è la sua destinazione naturale, ossia la funzione di strumento per il conseguimento dell'utile sociale e di garanzia dei creditori. Nonostante dunque l'importanza della fattispecie, essa è stata trasformata, a seguito della riforma, in reato contravvenzionale e relegata, in virtù della clausola posta in apertura dell'art. 2627 ("salvo che il fatto non costituisca più grave reato") in un ruolo residuale rispetto ad altre fattispecie destinate a prevalere nella concreta applicazione giurisprudenziale, quali l'appropriazione indebita (art. 646 c.p.) o la bancarotta fraudolenta (art. 223 l.f.).

Le ulteriori modifiche che hanno interessato la fattispecie concernono il novero dei *soggetti attivi*, oggi limitato agli amministratori, posto che già in sede di legge delega erano stati esclusi - per ragioni non facilmente comprensibili - i direttori generali.

La *condotta* penalmente rilevante si presenta molto più lineare rispetto al passato: la fattispecie è il frutto della combinazione dei reati prima previsti dall'art. 2621, comma 1, n. 2 e 3, con il risultato, soprattutto con riferimento all'ipotesi di illegale ripartizione di acconti-dividendo, di aver semplificato la descrizione del fatto tipico ed eliminato alcune ipotesi che attribuivano rilievo penale alla mera violazione formale di alcune disposizioni codicistiche, pur in assenza di un'effettiva lesione del patrimonio sociale (ci si riferisce, in particolare, all'ipotesi prevista dall'abrogato art. 2621, n. 3, lett. c).

Come in passato, i problemi interpretativi si concentrano sulla individuazione della nozione di "*utili*". Nell'ambito della fattispecie in esame si ritiene che il termine utile vada inteso nella sua accezione più ampia, quale "utile di bilancio", ossia qualsiasi incremento del patrimonio netto rispetto al valore nominale del capitale, anche se indipendente (diversamente dall'utile d'esercizio) dallo svolgimento dell'attività economica.

Ai fini della sussistenza del reato deve trattarsi di utili non effettivamente conseguiti (e dunque, come in passato, fittizi), ovvero non distribuibili, perché destinati per legge a riserva: rilevano, dunque, le sole *riserve legali*, quali, ad esempio, quelle imposte alla società dagli artt. 2423, comma 4, 2426, n. 4, 2428. Diversamente dal passato, non è più punibile l'illecita distribuzione di utili destinati a riserva dal solo statuto sociale, nonché di quelli tratti da riserve facoltative o occulte.

Assume rilievo penale anche la distribuzione di *riserve*, ancorché non costituite con utili indisponibili per legge: la relazione, al riguardo, fa espressamente riferimento al caso, oggi controverso, delle riserve da sovrapprezzo, nonché di quelle da rivalutazione.

Notevolmente modificata è poi l'ipotesi di *illegale ripartizione di acconti sui dividendi*, ossia la distribuzione di acconti su un futuro dividendo in corso di esercizio, originariamente prevista dall'art. 2621, n. 3²⁷: il legislatore oggi si limita a sanzionare la

²⁷ La vecchia fattispecie incriminatrice puniva la distribuzione di acconti sui dividendi in tre distinte ipotesi; nel caso di violazione dell'art. 2433 *bis*, comma 1, che consente la distribuzione solo alle società il cui bilancio sia assoggettato per legge alla certificazione da parte di società di revisione iscritte all'albo speciale; nel caso in cui l'entità degli acconti distribuiti superi l'importo degli utili conseguiti dalla chiusura dell'esercizio precedente, diminuito delle quote che debbono essere destinate a riserva per

ripartizione di acconti sugli utili solo nel caso in cui essi non siano effettivamente conseguiti o siano destinati a riserva legale.

Una particolare riflessione richiede l'*elemento soggettivo* del reato in esame: trattandosi di contravvenzione, essa potrà essere punita anche a titolo di mera colpa dell'amministratore, eventualità tutt'altro che remota. Si pensi, ad esempio, al caso dell'amministratore che negligenzemente ripartisca utili in realtà destinati per legge a riserva.

In tale ipotesi, potrà comunque sussistere anche la responsabilità della persona giuridica, posto che il d.lgs. n. 231/2001 - e soprattutto la legge delega n. 300/2000, che prevede l'introduzione della responsabilità per gli enti anche in relazione a contravvenzioni e delitti colposi - non pone alcuna limitazione al riguardo.

In ordine alla speciale *causa di estinzione del reato* prevista dall'art. 2627, comma 2, si richiama quanto già osservato in termini generali in ordine al rilievo che tale strumento restitutorio - da esperirsi prima del termine previsto per l'approvazione del bilancio - giova nei confronti dell'autore materiale del reato, ma risulta inidoneo a far venire meno la responsabilità dell'ente.

PROFILI PROBLEMATICI

Valgono, al riguardo, le osservazioni compiute con riferimento alla disposizione precedente, risultando anche in tale caso particolarmente problematici i profili di rilevanza della fattispecie in esame in relazione alle operazioni intragruppo.

ILLECITE OPERAZIONI SULLE AZIONI O QUOTE SOCIALI O DELLA SOCIETÀ CONTROLLANTE (ART. 2628 C.C.)

Gli amministratori che, fuori dei casi consentiti dalla legge, acquistano o sottoscrivono azioni o quote sociali, cagionando una lesione all'integrità del capitale sociale o delle riserve non distribuibili per legge, sono puniti con la reclusione fino ad un anno.

La stessa pena si applica agli amministratori che, fuori dei casi consentiti dalla legge, acquistano o sottoscrivono azioni o quote emesse dalla società controllante, cagionando una lesione del capitale sociale o delle riserve non distribuibili per legge.

Se il capitale sociale o le riserve sono ricostituiti prima del termine previsto per l'approvazione del bilancio relativo all'esercizio in relazione al quale è stata posta in essere la condotta, il reato è estinto.

ESAME DELLA FATTISPECIE

Abbandonando la criticata tecnica del rinvio - scelta del resto obbligata, in considerazione della prossima riforma dell'intera disciplina in materia di società - il

obbligo legale o statutario e delle perdite degli esercizi precedenti e aumentato delle riserve disponibili; nel caso in cui la distribuzione avvenga senza che sia stato approvato il bilancio dell'esercizio precedente ovvero il prospetto contabile previsto dall'art. 2433 *bis*, comma 5, dal quale deve risultare che la situazione patrimoniale, economica e finanziaria della società consente la distribuzione degli acconti; nel caso in cui la distribuzione avvenga in difformità dalle risultanze di tali documenti contabili, o, infine, quando avvenga sulla base di un bilancio o di un prospetto contabile falsi.

legislatore ha completamente riscritto i reati previsti dagli artt. 2630, comma 1, n. 2, e 2630 *bis* in materia di operazioni su azioni proprie e della controllante.

Anche in tale ipotesi si mira a tutelare l'integrità e l'effettività del capitale sociale e delle riserve non distribuibili per legge, rispetto a fenomeni di annacquamento del medesimo che potrebbero pregiudicare l'interesse dei creditori: vengono in particolare punite le condotte degli amministratori che acquistano o sottoscrivono azioni o quote della propria società o di quella controllante (art. 2359), fuori dai casi consentiti dalla legge (cfr., in particolare, gli artt. 2357, 2359 *bis*, comma 1, 2360, 2483 e 2522), cagionando in tal modo una lesione al patrimonio sociale. La circostanza che la fattispecie in esame faccia espressamente riferimento ai soli casi di *acquisto* e *sottoscrizione* delle proprie azioni o quote induce a ritenere che oggi non assumano più rilievo penale le condotte descritte all'art. 2358, relative alla concessione di prestiti e alla fornitura di garanzie da parte della società per l'acquisto delle proprie azioni.

Soggetti attivi del reato sono esclusivamente gli amministratori. Come già in precedenza osservato a proposito dell'art. 2626, il socio alienante o l'amministratore della controllante potranno rispondere del reato a titolo di concorso solo qualora abbiano determinato o istigato gli amministratori a porre in essere il reato.

Il delitto in esame è punibile a titolo di **dolo generico**, consistente nella volontà di acquisto o sottoscrizione delle azioni o quote sociali, accompagnata dalla consapevolezza della irregolarità dell'operazione, nonché dalla volontà - o quanto meno dall'accettazione del rischio - di procurare un evento lesivo per il capitale sociale.

In ordine alla **causa estintiva** del reato prevista dall'art. 2628, comma 3, si rinvia a quanto già osservato in termini generali.

PROFILI PROBLEMATICI

Benché non vi sia un divieto assoluto in merito alle operazioni di *buy back*, la normativa vigente - nel prevedere una disciplina capillare della materia - lascia trasparire la diffidenza da parte del legislatore in merito a tali pratiche.

In realtà, le operazioni sulle azioni proprie appartengono alla fisiologia della gestione delle società e possono assolvere a varie funzioni sotto il profilo economico-aziendalistico, molte delle quali perseguite nell'interesse o a vantaggio dell'ente, e dunque idonee, ove sussistano gli estremi del reato di cui all'art. 2628, a dar luogo ad una concorrente responsabilità dell'ente medesimo.

Si pensi, ad esempio, ad operazioni di investimento di fondi sociali compiute a fini di speculazione finanziaria; ovvero al rastrellamento delle azioni per fronteggiare la prospettiva di scalate ostili mediante offerte pubbliche di acquisto; ovvero ancora, per le banche quotate in borsa, ad operazioni volte a regolarizzare i propri corsi azionari, evitando le oscillazioni del titolo in caso di assenza di domanda delle azioni della società.

Più problematica la configurabilità di una concorrente responsabilità dell'ente nell'ipotesi in cui l'operazione di *buy back* sia indirizzata più specificamente a fini interni alla compagine sociale, non direttamente riconducibili ad un interesse generale dell'ente: così, ad esempio, nel caso di acquisto di azioni realizzato al fine di rafforzare il potere di una maggioranza rispetto alle minoranze, oppure di modificare degli assetti di potere esistenti.

Un'ultima considerazione riguarda le operazioni finanziarie di c.d. *leveraged buy out*, finalizzate all'acquisto di attività di un'azienda, o di partecipazioni di società (azioni o quote), finanziate da un consistente ammontare di debiti e da un limitato o

nullo ammontare di mezzi propri, consentiti dall'utilizzo delle attività oggetto dell'acquisizione e dal flusso di cassa che l'investimento genererà in futuro. La rilevanza penale di tali operazioni - che era stata oggetto di dibattito in passato - è oggi espressamente esclusa dal legislatore: come si legge infatti nella relazione, “*le operazioni di leveraged buy out (...) sono espressamente considerate a parte dalla legge delega, che conferisce ad esse il crisma della legittimità (art. 7, lett. d)*”²⁸.

La precisazione si presenta di particolare interesse per gli istituti di credito, spesso chiamati a finanziare le operazioni di *leveraged buy out*.

OPERAZIONI IN PREGIUDIZIO DEI CREDITORI (ART. 2629 C.C.)

Gli amministratori che, in violazione delle disposizioni di legge a tutela dei creditori, effettuano riduzioni del capitale sociale o fusioni con altra società o scissioni, cagionando danno ai creditori, sono puniti, a querela della persona offesa, con la reclusione da sei mesi a tre anni.

Il risarcimento del danno ai creditori prima del giudizio estingue il reato.

ESAME DELLA FATTISPECIE

La fattispecie, posta a tutela degli interessi dei creditori in fasi particolarmente delicate della vita della società (fusioni, scissioni e riduzioni del capitale sociale) è stata oggetto di alcuni interventi che ne hanno sostanzialmente modificato la struttura. L'accostamento nella stessa fattispecie di tre vicende modificative del contratto sociale si giustifica per la somiglianza della procedura su cui si innesta la tutela penale: in tutti i casi viene in considerazione una deliberazione dell'assemblea straordinaria che determina una modifica dell'atto costitutivo e la cui esecuzione potrebbe compromettere le ragioni dei creditori, cui è dunque riconosciuto un diritto di opposizione.

Nel rispetto dello spirito della riforma, la fattispecie (originariamente prevista dall'art. 2623, n. 1) è stata trasformata da reato di pericolo (incentrato sulla mera violazione della normativa in tema di riduzione del capitale, fusione e scissione) a reato di evento, punibile soltanto ove dalla violazione della normativa suddetta sia derivato un danno per i creditori.

Al fine dunque della corretta individuazione della condotta del reato, occorre fare riferimento alla disciplina codicistica posta a tutela dei creditori, ed in particolare a quella che regola la riduzione del capitale per esuberanza (artt. 2306, 2445, rispettivamente relativi alle società di persone e quelle di capitali), nonché a quella attinente ai procedimenti di fusione o scissione della società (art. 2503, richiamato anche dall'art. 2504 *novies*, comma 4, per quanto riguarda la scissione).

Quanto alla *causa estintiva* del reato prevista dal comma 2 dell'art. 2629 e al regime di procedibilità a *querela*, si rinvia a quanto osservato in premessa.

²⁸ Ai sensi dell'art. 7 della legge delega, infatti, “la riforma della disciplina della trasformazione, fusione e scissione è ispirata ai seguenti principi e criteri direttivi: [...] d) prevedere che le fusioni tra società, una delle quali abbia contratto debiti per acquisire il controllo dell'altra, non comportano violazione del divieto di acquisto e di sottoscrizione di azioni proprie, di cui, rispettivamente, agli articoli 2357 e 2357-*quater* del codice civile, e del divieto di accordare prestiti e di fornire garanzie per l'acquisto o la sottoscrizione di azioni proprie, di cui all'articolo 2358 del codice civile”.

PROFILI PROBLEMATICI

Trattandosi di un reato che viene di regola commesso al fine di preservare l'interesse sociale, a scapito dei diritti dei creditori, evidente è il rischio che alla sua commissione da parte degli amministratori consegua un coinvolgimento della persona giuridica nel relativo procedimento penale.

Tipico è, ad esempio, il caso di una fusione tra una società in floride condizioni economiche ed un'altra in stato di forte sofferenza, realizzata senza rispettare la procedura prevista dall'art. 2503 a garanzia dei creditori della prima società, che potrebbero vedere seriamente lesa la garanzia per essi rappresentata dal capitale sociale.

Essenziale appare dunque il richiamo - indirizzato in particolare agli amministratori - al rispetto delle norme civili poste a tutela dei creditori in fasi tanto delicate della vita della società.

Quanto alle conseguenze di una eventuale condanna della società in relazione al reato in esame, si ricorda che, ai sensi dell'art. 29 del d.lgs. n. 231/2001, "nel caso di fusione, anche per incorporazione, l'ente che ne risulta risponde dei reati dei quali erano responsabili gli enti partecipanti alla fusione".

Analogamente, per quanto concerne le ipotesi di scissione, l'art. 30 dispone che "nel caso di scissione parziale, resta ferma la responsabilità dell'ente scisso per i reati commessi anteriormente alla data in cui la scissione ha avuto effetto, salvo quanto previsto dal comma 3". Inoltre, gli enti beneficiari della scissione, sia totale che parziale, sono solidalmente obbligati al pagamento delle sanzioni pecuniarie dovute dall'ente scisso per i reati commessi anteriormente alla data dalla quale la scissione ha avuto effetto. L'obbligo, peraltro, è limitato al valore effettivo del patrimonio netto trasferito al singolo ente, salvo che si tratti di ente al quale sia stato trasferito, anche in parte, il ramo di attività nell'ambito del quale è stato commesso il reato.

FORMAZIONE FITTIZIA DEL CAPITALE (ART. 2632 C.C.)

Gli amministratori e i soci conferenti che, anche in parte, formano od aumentano fittiziamente il capitale della società mediante attribuzione di azioni o quote sociali per somma inferiore al loro valore nominale, sottoscrizione reciproca di azioni o quote, sopravvalutazione rilevante dei conferimenti di beni in natura o di crediti ovvero del patrimonio della società nel caso di trasformazione, sono puniti con la reclusione fino ad un anno.

ESAME DELLA FATTISPECIE

La norma in esame assolve una funzione centrale nella tutela del capitale della società, assorbendo in sé parte delle condotte sanzionate nei previgenti artt. 2629 e 2630, comma 1, n. 1 e n. 2.

Come in passato, la norma è posta a tutela dell'effettività e integrità del capitale sociale, quale centro di una pluralità di interessi esterni ed interni all'ente, sia nella fase genetica della società, ossia in sede di costituzione o trasformazione, che nella fase dell'esercizio della gestione sociale. Sotto il primo profilo è di immediata evidenza, infatti, che il capitale della società rappresenta la garanzia di soddisfazione dei creditori sia attuali che potenziali. A ciò si aggiunga che la realizzazione dei comportamenti sanzionati dal novellato art. 2632 può cagionare un pregiudizio anche all'interesse dei

soci estranei alla commissione del reato per i riflessi sul buon nome della società e sulla sua credibilità commerciale.

Soggetti attivi del reato sono gli amministratori ed i soci conferenti che formano od aumentano fittiziamente il capitale della società con una serie di condotte alternativamente tipizzate dalla norma, recando con ciò offesa al bene giuridico tutelato.

Le modalità di aggressione espressamente previste dal legislatore consistono, alternativamente, nell'attribuzione di azioni o quote sociali per somma inferiore al loro valore nominale; nella sottoscrizione reciproca di azioni o quote; ed infine nella sopravvalutazione rilevante dei conferimenti di beni in natura o di crediti ovvero del patrimonio della società nel caso di trasformazione.

In ordine alla prima delle predette modalità di realizzazione della condotta tipica, lo scopo del legislatore è quello di evitare che le azioni o le quote siano emesse per un valore nominale minore di quello dichiarato: in tale ipotesi, infatti, il capitale sociale sarebbe gonfiato in misura corrispondente alla differenza fra valore di attribuzione e valore nominale. La scelta del termine "attribuire" in luogo dell'originario "emettere" determina un'anticipazione rispetto al passato della soglia di punibilità dal momento della messa in circolazione delle azioni o quote a quello della sottoscrizione delle stesse.

La seconda ipotesi di condotta - che si riferisce alla fase di esercizio della gestione sociale - riguarda la sottoscrizione reciproca di azioni o quote, sanzionata in quanto idonea a creare un'illusoria moltiplicazione della ricchezza con conseguente lesione degli interessi protetti. Va precisato che la condotta in parola non presuppone la contestualità e la connessione delle due operazioni, essendo sufficiente un accordo finalizzato allo scambio di azioni o quote.

Anche la terza condotta incriminata - realizzata, in particolare, attraverso una "sopravvalutazione rilevante" dei conferimenti dei beni in natura o di crediti o del patrimonio della società in caso di trasformazione - determina l'illusione di un aumento di ricchezza a danno dei soci o dei terzi. Al riguardo, si pone in particolare il problema di stabilire quando possa parlarsi di sopravvalutazione rilevante, elemento oggi richiesto, in luogo della "fraudolenta esagerazione", per la sussistenza del reato: si richiamano in proposito i già citati criteri di ragionevolezza e correlazione tra il risultato della stima ed i parametri di valutazione seguiti ed esposti, criteri già parzialmente esplicitati dal legislatore civile all'art. 2343.

L'**oggetto materiale** della condotta in esame è costituito dai beni, dai crediti e dal patrimonio della società nel caso di trasformazione: in tale ultima ipotesi rileva, in particolare, il patrimonio netto della società che si trasforma (artt. 2498-2500).

Il delitto è punito a titolo di **dolo generico**: pertanto, è richiesta la coscienza e volontà di formare o aumentare fittiziamente il capitale sociale, attraverso le condotte descritte nella norma.

PROFILI PROBLEMATICI

Le operazioni idonee ad integrare l'elemento oggettivo del reato in esame possono essere compiute per una pluralità di fini, molti dei quali realizzabili nell'interesse o a vantaggio dell'ente. Si pensi, in particolare, all'aumento fittizio del capitale sociale operato tramite una sopravvalutazione dei beni posseduti al fine di fornire all'esterno la rappresentazione - evidentemente fallace - di una solida situazione patrimoniale della società.

INDEBITA RIPARTIZIONE DEI BENI SOCIALI DA PARTE DEI LIQUIDATORI (ART. 2633 C.C.)

I liquidatori che, ripartendo i beni sociali tra i soci prima del pagamento dei creditori sociali o dell'accantonamento delle somme necessario a soddisfarli, cagionano danno ai creditori, sono puniti, a querela della persona offesa, con la reclusione da sei mesi a tre anni.

Il risarcimento del danno ai creditori prima del giudizio estingue il reato.

La norma in esame, quale riflesso diretto dell'autonomia patrimoniale dell'ente, tutela il diritto di prelazione dei creditori sociali rispetto ai soci, sul patrimonio della società.

Antecedentemente alla riforma, il reato era previsto dall'art. 2625, rispetto al quale il nuovo art. 2633 presenta un importante elemento di novità consistente nel danno ai creditori.

Si tratta di un reato proprio che può dunque essere integrato esclusivamente dai liquidatori di società commerciali, nominati ai sensi degli artt. 2272, 2274 e 2275. Inoltre, per effetto dell'art. 2639 c.c., rispondono del reato in esame anche coloro che, pur privi di un'investitura formale, svolgono di fatto l'attività in questione (così, ad esempio, i soci che, in assenza di nomina dei liquidatori, operino come tali). Il socio beneficiario della ripartizione, non essendo indicato tra i soggetti attivi, potrà rispondere del reato in esame solo qualora la sua condotta non si sia esaurita nella passiva accettazione del bene (così, ad esempio, nel caso di istigazione a commettere il reato).

E' richiesta, inoltre, quale presupposto del fatto tipico, l'avvenuta apertura della fase di liquidazione, requisito necessario perché si possa procedere alla realizzazione dei comportamenti sanzionati.

La **condotta**, infatti, incrimina la distribuzione ai soci di alcuni dei beni sociali, prima della soddisfazione delle pretese creditorie o dell'accantonamento delle risorse necessarie a tal fine, quando ciò abbia cagionato un danno ai creditori dell'ente.

Non occorre che il riparto riguardi l'attivo sociale nella sua totalità, così come non è richiesto che ad esso partecipino tutti i soci.

La necessità della sussistenza di un pregiudizio effettivo costituisce una significativa novità introdotta dal d.lgs n. 61/2002 che, trasformando l'art. 2633 in illecito di evento, incide sulla sua consumazione, ora individuabile al momento del verificarsi del pregiudizio. Il delitto non sussisterà quindi in quei casi in cui la consistenza dell'attivo sia tale da evitare un danno ai creditori, anche qualora si fosse provveduto a ripartire i beni sociali fra i soci prima del pagamento dei debiti della società.

Ai fini della sussistenza dell'**elemento soggettivo**, è richiesto il dolo generico, rilevando la semplice volontà di operare la distribuzione ai soci con la consapevolezza dell'ammontare dei crediti e non essendo invece richiesto che il soggetto voglia altresì ledere le ragioni dei creditori.

Quanto al regime di procedibilità - **querela** della persona offesa - e alla **causa di estinzione del reato** prevista dal comma 2 dell'art. 2633, si rinvia a quanto osservato in sede di premessa, con particolare riferimento agli effetti che può determinare in ordine alla responsabilità della persona giuridica un'eventuale remissione della querela o il risarcimento del danno patito dai creditori.

ILLECITA INFLUENZA SULL'ASSEMBLEA (Art. 2636 C.C.)

Chiunque, con atti simulati o fraudolenti, determina la maggioranza in assemblea, allo scopo di procurare a sé od altri un ingiusto profitto, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.

ESAME DELLA FATTISPECIE

La fattispecie in parola sostituisce il precedente art. 2630, comma 1, n. 3, mantenendo invariato l'oggetto di tutela, ossia la regolare formazione di maggioranze assembleari frutto del libero consenso dei soci ed effettuate nel rispetto della legge e dello statuto. L'attuale disciplina normativa, nel solco della precedente, protegge questo bene giuridico in quanto strumentale alla garanzia di altri interessi, quali quelli della società, dei soci *uti singuli* (in particolar modo di quelli estranei al gruppo di comando), dei terzi (ad esempio i creditori sociali).

In ordine all'elemento oggettivo del reato, si osserva che, per quanto attiene ai soggetti attivi, il reato si trasforma da illecito a soggettività propria ad illecito comune, essendo realizzabile da chiunque e non più, come in passato, dai soli amministratori.

L'ipotesi delittuosa in oggetto, inoltre, è oggi prevista come reato di evento, richiedendo *expressis verbis* che le manovre incriminate abbiano determinato una maggioranza in assemblea ed escludendo pertanto il rilievo dell'influenza non significativa. Si ritiene al riguardo decisiva la c.d. prova di resistenza della maggioranza sospetta, l'accertamento, cioè, del rilievo non marginale dei voti inquinati dalla manovra illecita: ove tale prova dia esito negativo, la condotta dovrà considerarsi lecita.

Ai fini della sussistenza dell'elemento soggettivo è richiesto il dolo specifico, consistente nel fine di perseguire per sé o per altri un ingiusto profitto.

PROFILI PROBLEMATICI

Per ciò che attiene gli eventuali profili di rischio in relazione all'esercizio dell'attività bancaria, vengono in particolare in considerazione le fraudolente manovre degli amministratori o di soci idonee ad influenzare il costituirsi delle maggioranze assembleari, allo scopo di far assumere deliberazioni conformi all'interesse della società, ma che pure appaiono assunte in spregio dei diritti delle minoranze nonché attraverso mezzi illeciti e tali da determinare un pregiudizio al corretto funzionamento degli organi sociali.

AGGIOTAGGIO (ART. 2637 C.C)

Chiunque diffonde notizie false, ovvero pone in essere operazioni simulate o altri artifici concretamente idonei a provocare una sensibile alterazione del prezzo di

strumenti finanziari, quotati o non quotati, ovvero ad incidere in modo significativo sull'affidamento che il pubblico ripone nella stabilità patrimoniale di banche o di gruppi bancari, è punito con la pena della reclusione da uno a cinque anni.

ESAME DELLA FATTISPECIE

L'agiotaggio rappresenta il più grave tra i reati societari oggi previsti dal codice civile. La fattispecie contemplata dall'art. 2637 accorpa in sé le diverse figure in precedenza previste dal codice civile e dalla legislazione speciale (in particolare, artt. 2628 c.c., 138 T.U. bancario e 181 T.U. finanza), risolvendo così lo stato di vera e propria "confusione normativa" generato dalla coesistenza di vari e disarmonici reati.

Si tratta di una fattispecie destinata alla tutela dell'economia pubblica e della trasparenza del mercato nei confronti delle aggressioni di chiunque (si integra infatti un reato comune) ricorra a mezzi fraudolenti idonei a turbare l'equilibrio del mercato relativo a strumenti finanziari o ad incidere in modo significativo sull'affidamento che il pubblico ripone nella stabilità patrimoniale di banche o di gruppi bancari.

Come si vede, dunque, l'*oggettività giuridica* del reato in esame - che riveste particolare importanza anche in sede di selezione dei comportamenti punibili - assume una particolare connotazione con riferimento all'attività bancaria: l'attenzione del legislatore si concentra sulla turbativa dell'immagine di stabilità e liquidità della banca e dunque, di riflesso, del mercato del credito. Un particolare rilievo assume anche il riferimento al gruppo, inteso come elemento fondamentale della stabilità del sistema bancario, palesando l'intento del legislatore - anche penale - di considerarlo come soggetto giuridico distinto dalle singole banche che ne fanno parte.

Sotto il profilo della condotta la norma appare assai più lineare e sintetica rispetto al passato: sostanzialmente invariato l'oggetto materiale (*strumenti finanziari* quotati o non quotati), è stato invece eliminato il riferimento, contenuto negli artt. 138 T.U. bancario e 181 T.U. finanza²⁹ (ma non nell'art. 2628 c.c.) alle notizie esagerate o tendenziose, ritenuto superfluo e carente sotto il profilo della tipicità, di talché oggi assume rilievo solo la diffusione di notizie *false* ovvero il compimento di operazioni fraudolente.

Il reato è inoltre oggi strutturato esplicitamente in termini di pericolo concreto, nel senso che assumono rilievo penale soltanto le notizie ed i comportamenti *price sensitive*, ossia idonei ad influenzare sensibilmente il mercato, ovvero, con particolare riferimento proprio agli istituti e ai gruppi bancari, ad incidere significativamente sulla fiducia riposta dal pubblico nella loro stabilità patrimoniale.

²⁹ L'abrogazione di tale fattispecie - disposta dall'art. 8 del decreto - ha indotto il legislatore a coordinare il nuovo art. 2637 c.c. con le norme che facevano originariamente riferimento all'art. 181 T.U. finanza: in particolare, ai sensi dell'art. 182 T.U. finanza, la condanna per il delitto di agiotaggio, qualora la condotta abbia ad oggetto strumenti finanziari quotati, implica l'applicazione delle pene accessorie previste dagli artt. 28 (interdizione dai pubblici uffici), 30 (interdizione da una professione o un'arte), 32 *bis* (interdizione temporanea dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese) e 32 *ter* c.p. (incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione), per una durata non inferiore a sei mesi e non superiore a due anni, nonché la pubblicazione della sentenza di condanna. Inoltre, ai sensi dell'art. 184 T.U. finanza, può essere disposta la misura interdittiva del divieto temporaneo di esercizio di attività professionali o imprenditoriali anche in deroga all'art. 287 c.p.p. Di particolare interesse è l'art. 183 T.U. finanza, ai sensi del quale il reato di agiotaggio - così come quello di *insider trading* - è punibile anche se commesso all'estero, qualora attenga a strumenti finanziari negoziati presso mercati regolamentati italiani (comma 1), nonché a strumenti finanziari ammessi alla negoziazione nei mercati regolamentati italiani o di altri Paesi dell'Unione europea (comma 2).

PROFILI PROBLEMATICI

L'esperienza concreta e l'approfondimento scientifico hanno portato alla luce vari esempi di aggrottaggio, alcuni dei quali possono senza dubbio essere realizzati nell'interesse o a vantaggio di una società: tali sono, ad esempio, l'*action based manipulation*, ossia il compimento di operazioni simulate idonee a determinare l'apparenza di un mercato attivo attraverso il trasferimento - in realtà privo di effetti - di strumenti finanziari; ovvero l'*information based manipulation*, che si realizza con la diffusione di notizie false e tuttavia credibili, tali da condizionare il prezzo di strumenti finanziari.

Trattandosi di un reato comune, è importante che l'istituto creditizio, nel predisporre il modello organizzativo, richiami tutti gli operatori - e dunque non soltanto coloro che sono posti in posizione apicale - affinché si astengano dal diffondere notizie false o porre in essere operazioni fraudolente, tali da poter ingannare il pubblico in ordine alla reale situazione di una banca, così da incidere - a vantaggio o nell'interesse dell'ente - sull'affidamento che i terzi rivestono nella stabilità della medesima.

Dovranno in particolare essere oggetto di espressa censura i comportamenti fraudolenti diretti a danneggiare l'immagine presso il pubblico di una banca concorrente o ad attuare una ritorsione nei confronti di un altro istituto, minandone la credibilità.

OSTACOLO ALL'ESERCIZIO DELLE FUNZIONI DELLE AUTORITÀ PUBBLICHE DI VIGILANZA (ART. 2638 C.C.)

Gli amministratori, i direttori generali, i sindaci e i liquidatori di società o enti e gli altri soggetti sottoposti per legge alle autorità pubbliche di vigilanza, o tenuti ad obblighi nei loro confronti, i quali nelle comunicazioni alle predette autorità previste in base alla legge, al fine di ostacolare l'esercizio delle funzioni di vigilanza, espongono fatti materiali non rispondenti al vero, ancorché oggetto di valutazioni, sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria dei sottoposti alla vigilanza ovvero, allo stesso fine, occultano con altri mezzi fraudolenti, in tutto o in parte fatti che avrebbero dovuto comunicare, concernenti la situazione medesima, sono puniti con la reclusione da uno a quattro anni. La punibilità è estesa anche al caso in cui le informazioni riguardino beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi.

Sono puniti con la stessa pena gli amministratori, i direttori generali, i sindaci e i liquidatori di società, o enti e gli altri soggetti sottoposti per legge alle autorità pubbliche di vigilanza o tenuti ad obblighi nei loro confronti, i quali, in qualsiasi forma, anche omettendo le comunicazioni dovute alle predette autorità, consapevolmente ne ostacolano le funzioni.

ESAME DELLA FATTISPECIE

La fattispecie in esame - riconducibile alla categoria dei *reati tipici* - ai fini che qui rilevano rappresenta l'innovazione per certi aspetti principale introdotta dalla riforma ed è posta a tutela del corretto svolgimento delle funzioni di controllo affidate alle pubbliche autorità di vigilanza.

E' di tutta evidenza l'importanza che la fattispecie in esame assume nell'ambito dell'attività bancaria, oggetto di approfonditi e capillari controlli da parte della Banca

d'Italia: la vigilanza assolve infatti ad una funzione importantissima, avendo riguardo alla "sana e prudente gestione dei soggetti vigilati" (ossia banche, gruppi bancari e intermediari finanziari), alla "stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario, nonché all'osservanza delle disposizioni in materia creditizia" (art. 5 T.U. bancario). Analoga importanza hanno, nell'ambito delle sue specifiche competenze, i controlli affidati alla Consob.

Al riguardo, la delega conferita all'esecutivo era molto ampia, prescrivendo di "armonizzare e coordinare le ipotesi sanzionatorie riguardanti falsità nelle comunicazioni alle autorità pubbliche di vigilanza, ostacolo allo svolgimento delle relative funzioni e omesse comunicazioni alle autorità medesime da parte di amministratori generali, sindaci e liquidatori di società, enti o soggetti sottoposti per legge alla vigilanza di tali autorità, anche mediante la formulazione di fattispecie a carattere generale" (art. 11, lett. b).

La norma dell'art. 2638, fulcro del sistema di tutela della funzione di vigilanza, assomma in sé i reati, ora abrogati, originariamente previsti dagli artt. 134, comma 1 (false comunicazioni alla Banca d'Italia) e 2 (ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza), T.U. bancario³⁰, 171, commi 1 (false comunicazioni alla Banca d'Italia e alla Consob) e 2 (ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza)³¹, e 174 T.U. finanza (false comunicazioni e ostacolo alle funzioni della Consob)³².

L'intervento era in effetti necessario, posti i difetti di coordinamento ravvisabili nell'ambito di tale complessa normativa ed è stato finalizzato ad una complessiva semplificazione della materia: è previsto un unico reato di natura delittuosa (non più punibile, dunque, in presenza di mera colpa), alla cui commissione consegue la sanzione – anch'essa unica – della reclusione da uno a quattro anni.

³⁰ Più in particolare il reato puniva, con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da due milioni a venti milioni di lire, la condotta di "chi svolge funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso banche, intermediari finanziari e soggetti inclusi nell'ambito della vigilanza consolidata ed espone, nelle comunicazioni alla Banca d'Italia, fatti non rispondenti al vero sulle condizioni economiche delle banche, degli intermediari finanziari o dei citati soggetti o nasconde, in tutto o in parte, fatti concernenti le condizioni stesse al fine di ostacolare l'esercizio delle funzioni di vigilanza". Il comma 2 puniva poi, con l'arresto fino a un anno e con l'ammenda da venticinque milioni a cento milioni di lire, chi nello svolgimento di funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso banche, intermediari finanziari, soggetti inclusi nell'ambito della vigilanza consolidata ovvero presso altre società comunque sottoposte alla vigilanza della Banca d'Italia, ne ostacolasse le funzioni di vigilanza.

³¹ La norma puniva, con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da due milioni a venti milioni di lire, chiunque, fuori dai casi previsti dall'art. 134, comma 1, T.U. bancario, esercitando funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso soggetti abilitati allo svolgimento di servizi di investimento o di gestione collettiva del risparmio, al fine di ostacolare l'esercizio delle funzioni di vigilanza, esponesse, nelle comunicazioni alla Banca d'Italia o alla CONSOB, fatti non rispondenti al vero sulle condizioni economiche di detti soggetti o sulle attività svolte per conto degli investitori, ovvero, allo stesso fine, nascondesse, in tutto o in parte, fatti, che avrebbe dovuto comunicare, concernenti le condizioni e le attività stesse". Il comma 2 puniva poi con l'arresto fino a un anno e con l'ammenda da venticinque milioni a cento milioni di lire chi, esercitando funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso soggetti abilitati allo svolgimento di servizi di investimento o di gestione collettiva del risparmio, recasse ostacolo alle funzioni di vigilanza attribuite alla Banca d'Italia o alla CONSOB.

³² Art. 174: "1. Salvo che il fatto costituisca reato più grave, chi espone false informazioni nelle comunicazioni previste dagli articoli 94, 102, 113, 114, 115, 120, commi 2 e 3, e 144 commi 2 e 4, è punito con l'arresto da sei mesi a tre anni e con l'ammenda da lire dieci milioni a lire cento milioni.

2. Fuori dai casi previsti al comma 1, chi svolge funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso emittenti quotati e ostacola l'esercizio delle funzioni della CONSOB è punito con l'arresto da sei mesi a tre anni e con l'ammenda da lire venticinque milioni a lire cento milioni".

La condotta si articola in due modalità (false comunicazioni ed ostacolo all'attività di vigilanza), in relazione alle quali si prescinde dall'individuazione dell'autorità di vigilanza e del settore di mercato oggetto di tutela, determinando non poche incertezze sul piano applicativo.

Così, nel comma 1 (*false comunicazioni alle autorità di vigilanza*), si puniscono gli amministratori, i direttori generali, i sindaci ed i liquidatori di società, enti ed altri soggetti sottoposti per legge alle autorità pubbliche di vigilanza o tenuti ad obblighi nei loro confronti, che nelle comunicazioni indirizzate alla predette autorità *previste in base alla legge* espongono fatti materiali non rispondenti al vero, ancorché oggetto di valutazioni, sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o occultano con mezzi fraudolenti, in tutto o in parte, fatti che avrebbero dovuto comunicare.

E' interessante notare che nella seconda ipotesi, quella che fonda la punibilità della condotta omissiva, il legislatore individua l'oggetto materiale del reato non nelle comunicazioni previste dalla legge, ma nelle comunicazioni dovute: sembra dunque doversi ritenere che, per quanto concerne l'ipotesi omissiva, potranno assumere rilievo penale anche le comunicazioni che siano previste come dovute da fonti diverse dalla legge, quali ad esempio i regolamenti.

In entrambe le ipotesi ai fini della sussistenza del reato è richiesto il dolo specifico (finalità di ostacolare l'attività di vigilanza), accompagnato dalla consapevolezza della falsità delle comunicazioni trasmesse o delle omissioni realizzate.

Il comma 2 dell'art. 2638 sanziona invece l'ostacolo alla vigilanza, punendo la condotta, attiva o omissiva, che in qualsiasi forma ostacoli le funzioni di vigilanza, anche mediante l'omessa comunicazione dovuta all'autorità. Si tratta, a differenza dell'ipotesi precedente, di un reato di danno a forma libera, in cui è richiesto che l'attività delittuosa ostacoli in concreto lo svolgimento delle funzioni demandate alle autorità di vigilanza.

Anche in relazione a tale delitto è richiesto il dolo generico, che, come si desume dall'avverbio "consapevolmente", si atteggia in particolare come dolo diretto, con esclusione dunque di quello eventuale.

PROFILI PROBLEMATICI

Come si è già evidenziato, il particolare e capillare regime di vigilanza che presidia lo svolgimento dell'attività bancaria, induce a valutare concreto il rischio che un istituto bancario, per tramite di soggetti che agiscano nel suo interesse o vantaggio ed in violazione dei principi fissati dal modello organizzativo, possa essere chiamato a rispondere in relazione al reato in esame.

Gli ambiti di attività in relazione ai quali si prospetta un dovere di collaborazione con l'autorità di vigilanza sono diversi: vengono in considerazione, ad esempio, la *vigilanza informativa o ispettiva*, nell'ambito della quale le banche sono tenute a trasmettere alla Banca d'Italia i bilanci, le segnalazioni periodiche, nonché ogni dato e documento richiesto (art. 51 e, per la vigilanza su base consolidata, art. 66), ad esibire i documenti richiesti in sede di ispezione (art. 54 e 68); ovvero la *vigilanza regolamentare* (art. 53, 67 T.U. bancario). In relazione a tale ultimo settore, ad esempio, il reato che, lo si ricorda, si presenta a forma libera, tale cioè da ricomprendere comportamenti ostruzionistici di varia natura, si potrà configurare nel caso di inottemperanza all'ordine di convocazione degli amministratori, dei sindaci e dei dirigenti delle banche "per esaminare la situazione delle stesse", oppure di omessa

convocazione degli organi collegiali delle banche quando questa venga richiesta dalla Banca d'Italia "per proporre l'assunzione di determinate decisioni".

Ad analoghe conclusioni si perviene con riferimento alle comunicazioni dovute alla Consob e previste dal T.U. della finanza: si pensi, ad esempio, a quanto previsto dall'art. 115 in tema di comunicazioni dovute da società emittenti quotate.

Si impone dunque, al riguardo, una particolare attenzione da parte dell'istituto nel richiamare i soggetti posti in posizione apicale ad improntare i rapporti con le autorità di vigilanza a criteri di correttezza, trasparenza e collaborazione, evitando comportamenti che possano in qualsiasi modo considerarsi di ostacolo all'attività che tali autorità sono chiamate a svolgere a garanzia del settore del credito.