REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

La Corte d'Appello di Milano

Sezione Seconda Penale

Composta dai Signori:

1. Dott. FLAVIO LAPERTOSA ..... Presidente
2. " MARCO MARIA MAIGA ..... Consigliere rel.
3. " ALESSANDRA GAU ..... "

ha pronunciato la seguente

SENTENZA
nella causa del Pubblico Ministero

contro

BANCA ITALEASE S.P.A. nato a . ( ) il 01-01-1000 - APPELLANTE - LIBERO
residente a .
domicilio eletto MILANO- VIA PIAVE, 12 C/DIFENSORE
domic. dich.
Imputato di : ARTT. A) 21-25 SEXIES D. L.VO 231/01 commesso in . in data - -
Difeso da: Avv.NERIO DIODA' Foro di MILANO

N. .....
Mod. 2/A/SG

N. 488
della sentenza

N. 4496/2011
del Reg.Gen.App.

N.R.G.N.R. 31638/2007

UDIENZA
del giorno

25-01-2012

Depositata in Cancelleria
il - 7 FEB 2012
Il Cancelliere
IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
Via LAGONA

Estratto esecutivo a
Procura Generale .....
il .....
Proc. Rep. c/ Trib. di
.....
il .....
Ufficio corpi di reato di
.....
il.....
a .....
il .....
Estratto ex art.15/27 D.M. 334/89 al P.M. c/o Trib.
di.....
il.....

Il Cancelliere

Redatta scheda
il .....

Il Cancelliere

Art. _____

A P P E L L A N T E

avverso la sentenza del GIP Tribunale di MILANO N. Reg.Gen. 5399/2010 del 03-11-2010

con la quale veniva__ condannat_, alla pena di:
SANZIONE PECUNIARIA DI EURO 1.858.800
CONFISCA DELLA SOMMA DI EURO 64.200.000 NEI CONFRONTI DI BANCA ITALEASE S.P.A. OLTRE INTERESSI LEGALI DAL 16/04/2007 ALLA DATA DELL'EFFETTIVO ESB.
PER IL REATO A) ABUSI DI MERCATO, RITENUTA LA PLURALITA' DEGLI ILLECITI, COSI' RIQUALIFICATA L'ORIGINARIA IMPUTAZIONE.
IN MILANO ED ALTROVE, FINO AL MARZO 2007

per i_ reat_:
BANCA ITALEASE S.P.A. ARTT. A) 21-25 SEXIES D. L.VO 231/01 commesso in . in data - - .

In esito all'odierno dibattimento .....

.....

.....

Sentita la relazione del Sig. Consigliere Dott. MAIGA MARCO MARIA

Sentit.....imputat.....

la Parte Civile Avv. .....

....., il Pubblico Ministero Dott. De Petris.....

il Difensore Avv. ...Nerio Diodà, Foro Milano.....

.....

i quali concludono come da verbale d'udienza.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

BANCA ITALEASE S.p.A. ha proposto appello avverso la sentenza emessa in data *3/11/10* dal *GUP del Tribunale di MILANO* con la quale, "*riqualificato l'illecito contestato di cui all'art. 25 ter, lett. r) in quello contemplato dall'**art. 25 sexies D.Lgs. 231/01**, applicata la disciplina della pluralità di illeciti di cui all'art. 21 D.Lgs. 231/01*" e con la riduzione di pena per il *rito abbreviato*, è stata condannata al pagamento della *sanzione pecuniaria di €. 1.858.800,00*, ed è stata disposta la *confisca* della somma di *€. 64.200.000,00* ai sensi dell'*art. 19 D.Lgs. cit,*

L'illecito amministrativo addebitato all'Ente deriva dai delitti di *ostacolo alle funzioni di vigilanza (**art. 2638 c. 1, 2 e 3 c.c.**), false comunicazioni sociali (**art. 2622, c. 3 c.c.**)* e *manipolazione del mercato (**art. 185 D.Lgs. 58/98**)*, commessi nel suo interesse da *Massimo FAENZA* (*A.D.* dal *2004* al *giugno 2008*) e *Antonio FERRARIS* (*Direttore Generale* e *Responsabile dell'Area Finanza* da *novembre 2005* a *giugno 2008*).

Quanto ai predetti delitti presupposti, nelle imputazioni -in sintesi- si addebita:

- riguardo al primo, di avere rappresentato "*in occasione della richiesta a BANCA D'ITALIA di autorizzazione alla negoziazione per conto proprio di strumenti finanziari cd derivati datata 3/11/06 e nella nota integrativa al bilancio dell'esercizio chiuso il 31/12/06 fatti non conformi al vero in ordine alle caratteristiche di tali strumenti finanziari e in ordine alla organizzazione della banca circa la predisposizione di un assetto organizzativo idoneo a garantire gli investitori sulla natura e sui rischi delle operazioni*", con particolare riferimento agli *IRS* (*contratti derivati*) "*conclusi come operazioni con esclusive finalità di copertura dei rischi della clientela, senza evidenziare le componenti c.d. esotiche che introducevano nei contratti fattori di elevata rischiosità, che li rendevano del tutto inadatti alle predette finalità di copertura*", e, inoltre, di avere esposto "*nell'ambito delle segnalazioni trimestrali di vigilanza alla Banca d'Italia relative alla concentrazione dei rischi... fatti materiali non rispondenti al vero sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria del Gruppo*" ovvero occultato "*con altri mezzi fraudolenti fatti che avrebbe dovuto comunicare*" nelle comunicazioni riferite al *31/3* e *31/6/05*;
- con riferimento al secondo, di avere ("*con l'intenzione di ingannare i soci o il pubblico e al fine di conseguire per sé o per gli altri un ingiusto profitto*") esposto "*fatti materiali non rispondenti al vero, ancorché oggetto di valutazione*", ovvero omesso "*informazioni la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società, in modo idoneo ad indurre in errore i destinatari*" sulla situazione nel bilancio d'esercizio al *31/12/06* e nella relativa nota integrativa, in particolare in merito all'operatività in *derivati* ed ai rischi connessi, "*occultando l'effettivo ammontare del rischio... con conseguente danno patrimoniale, reputazionale e legale*"; più specificamente, in questo capo -tra l'altro- si contesta:
  - la non congruità della valutazione del rischio di credito connesso ai *contratti derivati non quotati OTC* ("*accantonamenti per svalutazione forfettaria di €. 8,3 mln a fronte di una perdita netta effettiva stimabile quantomeno... nella misura di €. 62,4 mln*");

(Maiga - est.)

- la contabilizzazione ("*nella voce «40 - commissioni attive» del conto economico*" anziché "*alla voce «80 - risultato netto dell'attività di negoziazione»*") di ricavi (*€. 185 mln*) derivanti dall'incasso di *«upfront»* a seguito della stipulazione dei contratti *derivati* di valore negativo per la società ("*così fornendo la falsa rappresentazione di ricavi già realizzati derivanti dall'attività di intermediazione in conto terzi antiche di origine valutativa e comunque frutto di una negoziazione in conto proprio*");
- la falsità dell'affermazione secondo cui non sarebbero state effettuate compensazioni tra "*attività e passività, costi e ricavi*", mentre nel conto "*commissioni attive*" venivano operate compensazioni tra *«upfront»* e *«unwinding»*, in modo da non far emergere le perdite di negoziazione;

↳ a proposito del terzo, di avere diffuso "*notizie false sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società, concretamente idonee a provocare una sensibile alterazione del prezzo ufficiale del titolo azionario... in particolare attraverso la costante pubblicazione... con comunicati rivolti al pubblico e sulla stampa, di notizie in ordine all'incremento elevato dei ricavi e degli utili... ed occultando il correlativo ed ingente rischio di credito*".

Dopo una breve premessa in cui si sottolinea che, nel caso di specie, i delitti presupposti sono stati commessi da soggetti "*che inequivocabilmente rivestivano funzioni di rappresentanza, di amministrazione e di direzione dell'ente nel senso accolto dall'art. 5 D.Lgs. 231/01*", e che la non contestazione da parte della difesa di *BANCA ITALEASE* della loro sussistenza "*non elide... la necessità di una verifica probatoria completa*" sul punto[1], e dopo avere risolto la questione della pretesa indeterminatezza del capo d'imputazione sollevata dalla difesa (eccezione ritenuta inammissibile perché incompatibile con il rito prescelto, e, comunque, infondata nel merito), il primo giudice dedica un capitolo alla operatività in derivati *OTC* di *BANCA ITALEASE*.

Poiché tale anomala operatività (concernente la negoziazione *OTC -over the counter-* di contratti derivati *IRS -interest rate swap-*) non è stata posta in discussione da parte della difesa nell'atto introduttivo della presente fase di giudizio, e gli argomenti di censura proposti sono circoscritte ad alcune questioni specifiche circa la sussistenza dei delitti presupposti, appare possibile limitare la presente esposizione alle indispensabili indicazioni di ordine generale, rinviando all'ampia ed analitica motivazione della prima sentenza (in cui si rinvengono accurati ed apprezzabili chiarimenti anche per quanto concerne le questioni terminologiche), e riservando indicazioni di maggior dettaglio ai temi che costituiscono l'oggetto del *devolutum*.

Si ricorda, dunque, ai fini, la sentenza che nel *2003* l'ente aveva iniziato un'intensa attività di negoziazione pareggiata di quei prodotti finanziari, la cui complessità "*era, tuttavia, del tutto inadatta per la finalità di copertura dei rischi sui tassi d'interesse connessi ai contratti di leasing o ad altri contratti di finanziamento*"; la motivazione così prosegue:

"*In particolare, a fronte di ogni strumento derivato sottoscritto con la clientela, la Banca stipulava nella stessa giornata un contratto speculare avente le medesime caratteristiche*

---

[1] "*Parimenti non esime da un'accurata disamina in tale sede della sussistenza dei delitti presupposti*" il fatto che *Antonio FERRARIS* ha definito la propria posizione processuale con sentenza irrevocabile *ex art. 444 c.p.p.* (*sent. GUP c/o Trib. Milano del 3/11/10, -anni due di reclusione ed € 12.000,00 di multa, pena sospesa-*)

(Malga ...st.)

(c.d derivati «mirrored») con controparti bancarie, generalmente internazionali (c.d. Banche prodotto), a copertura del rischio di mercato da essa sopportato ed in modo che ciascuna posizione risultasse pareggiata (aff. 030008).

La Banca, tuttavia, nel corso degli esercizi ha modificato la tipologia dei contratti derivati acquistati dalle Banche prodotto e venduti alla clientela, passando da strutture più semplici a strutture estremamente complesse (aff. 030023). Una quota significativa dei contratti derivati offerti da BANCA ITALEASE alla clientela prevedeva l'inserimento nel regolamento negoziale di leve e barriere che influenzavano sensibilmente l'andamento degli strumenti (esaltando la reattività ai mutamenti dei fattori di rischio) e, quindi, il relativo valore del «mark to market» (MTM).

Tale effetto in alcuni casi era ulteriormente ampliato da un «fattore memoria» che trascinava nei trimestri successivi l'impatto negativo dell'eventuale superamento di una barriera. In particolare il tasso di interesse dovuto dalla clientela, in presenza di barriere e leve, poteva subire degli incrementi molto rilevanti.

Di regola tali contratti prevedevano un periodo iniziale (solitamente della durata di un anno) nel quale veniva generato un differenziale di tassi di interesse a vantaggio del cliente. Tuttavia, al superamento di determinate soglie, il cliente era tenuto a corrispondere un tasso di interesse molto più alto di quello ricevuto dalla banca e di quello presente sul mercato. Entrambi i contratti conclusi, sia quelli con le Banche prodotto che con la clientela erano di tipo «not par»... contratti in cui le prestazioni delle due controparti, tenendo anche conto delle previsioni sull'andamento futuro dell'attività a cui è connesso il derivato, non hanno il medesimo valore economico. In tali casi, la parte a favore della quale sono prevedibili maggiori flussi di pagamento e che, quindi, si trova nella posizione contrattuale più favorevole, al fine di compensare il maggior onere e rischio corso dall'altra, versa a quest'ultima un importo anticipato in un'unica soluzione, c.d. «upfront» .

Il rapporto contrattuale tra BANCA ITALEASE e le Banche prodotto vedeva la prima in una posizione svantaggiosa; in ragione di ciò BANCA ITALEASE conseguiva l'incasso di importi «upfront», versatile una tantum da queste. I contratti offerti dalla BANCA ITALEASE alle proprie imprese clienti (tutte piccolo o medie imprese) presentavano valori nozionali sproporzionati rispetto alle loro dimensioni operative ed economico-patrimoniali. Inoltre avevano una struttura complessa, a causa dell'inserimento di leve e barriere che influenzavano tendenzialmente a favore della Banca l'andamento di tali strumenti e, quindi, il relativo valore del debito per il cliente e del credito per la Banca, valorizzato con il sistema del «mark to market». In ragione di tali meccanismi negoziali, la clientela rivestiva una posizione contrattuale maggiormente onerosa rispetto a quella di BANCA ITALEASE; ed, infatti, a fronte di un iniziale periodo (solitamente della durata di un anno) in cui si generavano differenziali di interesse a vantaggio del cliente, l'opzione da questi sottoscritta per i periodi successivi tendeva a connotarsi secondo valori fortemente negativi, nel caso di spostamenti significativi verso l'alto nella curva dei tassi (quali quelli registrati negli ultimi anni). Ciò comportava una crescita dell'esposizione debitoria del cliente nei confronti di BANCA ITALEASE soprattutto a fronte dell'aumento dei detti differenziali, durante gli ultimi anni di durata del contratto.

(Maiga - est.)

La Banca, nonostante la propria posizione di vantaggio, nei contratti stipulati con la clientela, non riversava a quest'ultima, la cui posizione nell'ambito del contratto «not par» era più sfavorevole, gli importi «upfront» ricevuti dalle Banche prodotto. BANCA ITALEASE, peraltro, di fronte ad apposite richieste pervenute dai clienti, generalmente motivate da modificazioni delle attese sull'andamento delle curve dei rendimenti, procedeva allo scioglimento anticipato (c.d. «unwinding»), rispetto alla scadenza naturale, di molti di questi contratti, senza, tuttavia, percepire alcunché a titolo di costo di uscita (pur essendo previste commissioni di uscita nei relativi contratti). Al contempo e di conseguenza, BANCA ITALEASE chiudeva i contratti speculari in essere con le proprie controparti bancarie, pagando loro gli elevati costi per lo scioglimento anticipato.

Al fine di non scontarne gli effetti negativi sul proprio conto economico, BANCA ITALEASE sostituiva i rapporti negoziali sciolti anticipatamente con nuovi contratti derivati, nei quali assumeva nei confronti delle banche prodotto una posizione economica ancora più rischiosa e svantaggiosa rispetto a quella in precedenza detenuta. In tal modo, secondo il meccanismo descritto, BANCA ITALEASE conseguiva dalle proprie controparti bancarie importi «upfront» ancora più ingenti, mediante i quali compensava il mancato versamento, da parte della propria clientela corporate, dei costi connessi allo scioglimento anticipato dei contratti in questione. Allo stesso tempo, la banca stipulava nuovi contratti, disegnati in modo conforme ai precedenti, sia con i clienti già acquisiti (che avevano risolto il proprio rapporto anticipatamente), sia con clienti recenti, consentendo loro di incassare flussi netti positivi, solo quanto ai primi periodi.

La Banca ha, peraltro, pressoché sistematicamente lasciato indenni i clienti delle perdite originate dalla chiusura dei contratti che presentavano un'evoluzione negativa del «mark to market». Tale fenomeno ha assunto proporzioni significative nel 2006, generando costi di chiusura dei contratti derivati per oltre €. 44 mln., il cui onere è stato compensato con gli «upfront» ricevuti dalle «swap house» per la stipula di nuovi contratti derivati (aff. 050336)."[2]

Secondo quanto riportato nel bilancio al *31/12/06*, *BANCA ITALEASE* negoziava con la propria clientela "*corporate*" contratti derivati *OTC* al fine di fornire copertura al rischio di tasso, cui i clienti erano esposti in ragione di precedenti finanziamenti ricevuti dalla Banca sotto forma di *leasing* o in altre forme: peraltro, ad avviso di *CONSOB* quei contratti, a causa delle loro particolari caratteristiche, costituivano "*strumenti speculativi e non di copertura o gestione del rischio*", adattandosi, per giunta, "*«di strumenti finanziari non quotati, gestiti da un numero ristretto di operatori e quindi scarsamente liquidi, con possibili effetti discorsivi sui relativi prezzi» (aff. 030023)*".

Sempre secondo *CONSOB*[3], una simile operatività aveva avuto "*un rilevante effetto positivo sui margini della banca, in quanto rappresentava al 31/12/06 il 27,3% del risultato netto della gestione finanziaria (24,3% al 31/12/05)*": l'organo di vigilanza aveva rilevato contabilizzazioni improprie in relazione a quelle negoziazioni, evidenziando profili di grave criticità nell'esposizione al bilancio del risultato di quelle operazioni.

---

[2] *Sent. pag. 9 segg.*

[3] Relazione *n.7069522* del *28.7.2007 (aff. 030005)*

(Maiga - est.)

In sentenza si richiamano anche le coerenti valutazioni dai *CTPM* (secondo i quali *"BANCA ITALEASE a fronte di un incremento immediato dei ricavi d'esercizio vedeva aumentare la sua esposizione al rischio di controparte. La clientela per un verso continuava a incassare flussi finanziari positivi alle scadenze contrattuali ma non risultava, almeno formalmente, messa a conoscenza della reale natura della ristrutturazione e dell'aggravio della posizione che essa comportava"*) e della relazione del *CT* della stessa *BANCA ITALEASE*[4], in cui, dopo avere sottolineato l'anomalia della *"operatività in derivati tra ITALEASE ed i dodici clienti che hanno generato oltre il 50% delle enormi perdite"* si osserva che *"una ragionevole funzione economica di questi contratti è difficilmente individuabile"*, e si propongono le seguenti conclusioni:

"Gli effetti economici complessivi dell'operatività esaminata erano quindi stati i seguenti:

a) *i clienti avevano incassato €. 10.981.928 a titolo di pagamento di differenziali di «swap» per effetto del meccanismo che prevedeva che i contratti nei primi periodi di vigenza generassero sempre flussi netti positivi a favore dei clienti e delle chiusure anticipate che intervenivano sempre prima che i clienti cominciassero a pagare qualche somma a ITALEASE.*

b) *i procacciatori avevano incassato €. 16.663.500 di commissioni;*

c) *ITALEASE aveva incassato «upfront» per €. 173.805.350 ed aveva pagato costi di chiusura dei contratti per €. 404.916.147 e costi per i procacciatori di €. 16.663.500 ed aveva retrocesso «upfront» ai clienti per €. 1.051.750; quindi il risultato netto per ITALEASE era stato enormemente negativo, per €. 248.826.071.*

Le caratteristiche dell'operatività in strumenti derivati esaminata sono talmente anomale da renderla del tutto incompatibile con una normale attività di servizi finanziari alle imprese clienti e anche con una normale attività di gestione finanziaria di un portafoglio di strumenti derivati di una banca. É totalmente da escludere l'ipotesi che i dirigenti e i funzionari di ITALEASE coinvolti in queste operazioni potessero considerarle normali operazioni di IRS per la gestione delle passività finanziarie delle società clienti. Parimenti è totalmente da escludere che i clienti ed i procacciatori non fossero consapevoli che a fronte degli enormi guadagni ottenuti vi fossero degli elevati rischi finanziari che avrebber nei conformi rilievi dei o dovuto essere ripartiti tra le parti in gioco...

L'inusuale ricorso a contratti «not par» è presumibilmente servito a generare elevati «upfront» necessari da un lato ad incrementare i ricavi della banca dall'altro a creare le condizioni per pagare le enormi commissioni ai procacciatori. La sorprendente scelta di disegnare i contratti in modo da far incassare ai clienti nei primi periodi di vigenza sempre flussi netti positivi; di chiudere i contratti anticipatamente sempre prima che i clienti dovessero cominciare a pagare somme alla banca; di non far pagare mai ai clienti i costi di chiusura dei contratti, farebbe ritenere che i clienti siano stati più che controparte una più o meno consapevole sponda per un'operatività organizzata per fini diversi dall'attività di servizio alla clientela (...)

La documentazione preparatoria degli accordi contrattuali tra la banca e il cliente costituisce un'ulteriore elemento che rafforza la fondatezza dell'ipotesi configurata.

---

[4] Allegata alla querela *MAZZEGA* del *9/8/07 (fg. 070210 segg.)*

(Maga - est.)

Infatti le proposte formulate da banca ITALEASE ai clienti esaminati portano quasi sempre una data immediatamente (uno o due giorni) antecedente la conclusione dei contratti, la qual cosa sembra più compatibile con uno scenario in cui sia stata predisposta la documentazione allo scopo di far apparire l'esistenza di un dialettica negoziale piuttosto che con una situazione di reale processo decisionale e negoziale che avrebbe necessariamente richiesto tempi più lunghi tra la proposta e la conclusione del contratto a causa dell'obiettiva difficoltà di valutazione degli effetti economici degli strumenti derivati in esame (...)

In conclusione l'operatività in derivati esaminata sembra essere stato lo strumento tecnico per distrarre somme dalla banca piuttosto che una reale attività di gestione dei rischi finanziari della clientela".[5]

Dopo questa esposizione di ordine generale la sentenza affronta il **delitto presupposto di *falsità nelle comunicazioni sociali***, che ritiene provato sulla base dei "*concordi rilievi operati dalla Banca d'Italia nella «Ispezione ai sensi del T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia», dalla CONSOB nella relazione n.7096128 del 26.10.2007 sui «Bilanci d'esercizio e consolidato al 31 dicembre 2006 di BANCA ITALEASE S.p.A.» e dai consulenti della Pubblica Accusa... nel proprio elaborato peritale depositato in data 6/3/08*": in tali documenti si evidenzia che nei bilanci è stato occultato l'elevato rischio derivante dall'operatività "*in derivati «over the counter»*", e che -"*alla stregua dei principi di bilancio all'epoca generalmente accolti*"- il "*fair value*" di quegli strumenti finanziari non è stato indicato correttamente (*ex art. 2427 bis c.c.*).

Scendendo, poi, nel dettaglio dei singoli punti dall'addebito definiti nel capo d'imputazione, in motivazione sono riportati ampi passaggi delle fonti di prova sopra evocate.

In particolare, la relazione della *CONSOB* viene richiamata in merito alla non corretta valutazione e contabilizzazione dei derivati *OTC* sottoscritti con la clientela, al non corretto trattamento contabile delle commissioni *«upfront»* riconosciute a *BANCA ITALEASE* dalle *Fabbriche Prodotto*, alla mancata informativa in bilancio sulla tipologia di derivati *OTC* e sui rischi insiti (*aff. 080011 e ss.*), in violazione non solo di specifici principi contabili internazionali, ma anche dei criteri generali per la redazione del bilancio stabiliti dai medesimi principi *IAS/IFRS*: con la conseguenza che -secondo le conclusioni dell'organo di vigilanza- "*i bilanci 2006 di BANCA ITALEASE... non rappresentano fedelmente ed attendibilmente la situazione economico-patrimoniale della Società al 31/12/06, in quanto sono stati celati al fruitore dei bilanci stessi i reali rischi che la Banca stava sopportando*".

Dei rilievi di *BANCA D'ITALIA* la sentenza riporta quanto osservato a proposito dell'insufficienza degli "*stanziamenti per rischio di controparte*" ("*a fronte di un "mark to market» positivo nei confronti di clientela corporate pari a €. 233,3 mm, sono stati evidenziati «stanziamenti per rischio di controparte per €. 8,3 mln.», mentre nessun accantonamento si è ritenuto di effettuare a fronte dei rischi di reputazione e legali, che nei fatti avrebbero reso di difficile realizzazione il «mark to market» positivo, indifferenti al fatto che molti clienti sconfinavano*"), dell'inadeguatezza della nota integrativa "*circa la natura di copertura degli strumenti venduti alla clientela, così come l'appostazione tra le*

[5] *Sent. pagg. 10/13.*

(Maiga - est.)

commissioni attive degli «upfront» incassati", dell'incompatibilità tra quei particolari contratti e finalità "*di semplice protezione*", e vengono altresì riportate le puntuali osservazioni con le quali l'organo di vigilanza, all'esito del contraddittorio instaurato nel corso dell'attività ispettiva, è pervenuto ad disattendere le controdeduzioni proposte dagli interessati, "*i quali hanno respinto gli addebiti mossi, asserendo la conformità del bilancio 2006 alle disposizioni che regolano la materia*".[6]

Ampio spazio viene, poi, dedicato ai rilievi dei *CT* dell'accusa[7], i quali hanno esaminato l'operatività dell'ente in strumenti derivati soprattutto con riferimento al bilancio d'esercizio *2006*, constatando che "*gli importi di valore corrente più rilevante riguardavano contratti molto complessi, molto volatili nei risultati, concentrati su un numero di clienti relativamente contenuto e stipulati, sul versante banche d'affari, con primarie controparti estere. Tali contratti spesso erano decorrelati (per importo o caratteristiche dei derivati o totale assenza di operazioni bancarie) con la tipica operatività bancaria di banca ITALEASE (leasing e mutui) e avevano natura evidentemente speculativa: non fornivano copertura alla clientela dal rischio di aumento o di volatilità dei tassi d'interesse (di fatto, invece, in molti casi la banca con i contrati stipulati acquistava dalla clientela «retail» tale copertura e la vendeva alle controparti istituzionali) e anzi amplificavano tali rischi mediante multipli, barriere ed effetti memoria. Tale negoziazione esponeva la banca ai rischi finanziari tipici dell'operatività in derivati (rischi di credito/controparte e di mercato), ma la complessità dell'operatività svolta, le modalità di effettuazione, le carenze di strumenti informatici e di strutture di controllo hanno poi amplificato notevolmente altri rischi connessi all'attività bancaria e finanziaria (operativi, in particolare legali, e reputazionali). Lo schema utilizzato dalla banca (vendita di derivati alla clientela e acquisto di derivati speculari dalle controparti bancarie) era atto ad eliminare il rischio di mercato, in quanto le minusvalenze prodotte dai derivati con le banche erano compensate dalle plusvalenze prodotte dai derivati stipulati con la clientela e viceversa; ma tale schema lasciava pienamente esposta la banca al rischio di credito relativo al valore negativo per i clienti che i contratti derivati potevano assumere e di fatto hanno assunto nel tempo*".

Questi, in sintesi, gli aspetti critici evidenziati dai consulenti:

- rispondendo al quesito circa la "*correttezza e conformità ai principi dell'ordinamento giuridico ed ai principi contabili vigenti del trattamento contabile e di bilancio adottato in concreto da ITALEASE in ordine agli «upfront», ai costi di mediazione ed ai costi di chiusura di contratti derivati ristrutturati (c.d. «unwinding»)*":
  - in primo luogo viene segnalata la registrazione nella *voce "40 - commissioni attive"* del conto economico di *"ricavi attribuiti ad «altri servizi: per attività su strumenti finanziari derivati OTC». La scelta contabile adottata non appare coerente con le caratteristiche dell'operatività in derivati di ITALEASE alla luce della normativa di riferimento*", poiché in questo modo "*si fornisce un'informazione errata al lettore del bilancio, soprattutto se non accompagnata da una corretta ed esaustiva informativa in nota integrativa sul tipo di operatività svolta dalla banca*", e si "*induce nel lettore del*

[6] *Sent., pagg. 16/18.*
[7] *Sent., pagg. 18 segg..*

(Maiga - est.)

conto economico la rappresentazione di un'attività di intermediazione in conto terzi, o di collocamento, priva... di rischi di credito e di mercato, in cui i ricavi commissionali sono pienamente realizzati e non di origine valutativa... né le informazioni riportate dalla banca in nota integrativa bastano a rettificare tale erronea immagine": "*una corretta contabilizzazione degli «upfront» avrebbe invece fatto emergere, in luogo delle commissioni attive, maggiori plusvalenze, testimoniando così il carattere valutativo del risultato conseguito.*";

- inoltre, si sottolinea la compensazione "*in sede di sostituzione (c.d. «unwinding») dei contratti alla clientela*", tra "*l'«upfront» dovuto dalle controparti bancarie*" e "*il costo di chiusura («fair value» a quella data) del contratto sostituito*", e si rileva che "*in diversi casi (cfr. Report dell'Audit del 28 giugno 2007), contratti derivati con valore positivo per la banca sono stati cancellati da parte dell'Ufficio Financial Banking (su richiesta dei clienti) senza alcuna delibera dell'organo competente*": questo modo di operare, pur non incidendo sul risultato netto dell'attività di negoziazione, da un lato "*non faceva emergere le perdite di negoziazione che restavano latenti nelle minusvalenze*" ("*ancor più scorretta*" era "*la compensazione, che pur avveniva, attraverso sostituzioni di contratti non contestuali o addirittura tra contratti riferiti a clienti diversi*"), e -dall'altro- "*ha portato a considerare inesistente il rischio di controparte*" e "*ha dato per scontato che i principi contabili internazionali consentano la valutazione di uno strumento finanziario secondo i parametri del mercato*" (il che non può dirsi "*quando si opera in strumenti non quotati in particolare con riferimento al rischio di controparte*");
- ancora, con riferimento alla registrazione di costi per "*altri servizi: per attività su strumenti finanziari derivati OTC*" nella *voce "50 - commissioni passive"* (tra le quali sono compresi i "*costi per servizi di mediazione acquisiti da ITALEASE da soggetti terzi... costo sostenuto effettivamente dalla banca*"), si osserva che "*nessuna informazione di dettaglio è stata data in nota integrativa sulla rilevante dipendenza di ITALEASE dalla funzione svolta dai mediatori, specificatamente quanto all'attività svolta in derivati*";
- quanto alla "*congruità delle informazioni fornite da banca ITALEASE in nota integrativa sull'operatività in derivati*", i consulenti "*rilevano incompletezze e contraddizioni. L'affermazione «nella voce di conto economico 'risultato netto dell'attività di negoziazione' sono allocate tutte le componenti reddituali relative agli strumenti derivati di negoziazione» non risponde ai comportamenti contabili in precedenza esposti. Inoltre la banca comunica che «relativamente all'attività di collocamento sul mercato 'retail' di contratti derivati di copertura tasso emessi da Fabbriche Prodotto operanti nel mercato corporate, la banca percepisce una componente commissionale che trova puntuale manifestazione nel conto economico nella voce «40 - Commissioni Attive», fornendo un quadro distorto della sua attività, che non è di collocamento prodotti di terzi ma di negoziazione in conto proprio. Gran parte dei contratti venduti alla clientela, poi, sono risultati di carattere speculativo e non di copertura. Ciò inficia pure quanto, in tema di informazioni qualitative, la banca ha sostenuto nella sezione 2 - «Rischi di mercato»: cioè che «gestisce nel proprio portafoglio di negoziazione solamente contratti derivati con quali offre un servizio di copertura dal rischio di tasso alla*

(Maiga - est.)

propria clientela» e che l'attività in di negoziazione di strumenti derivati ha come obiettivo l'offerta di un servizio complementare alla clientela senza l'assunzione di rischio di mercato da parte della banca";

- "*Nel complesso, quindi, il quadro informativo fornito da ITALEASE circa la natura della sua operatività in derivati, pur se potrebbe consentire ad un lettore di bilancio con elevate competenze tecniche di notare delle incongruenze, non permette di cogliere la reale portata, in termini di rischi, dell'attività svolta*";

- rispondendo al quesito circa l'incidenza di quegli aspetti contabili sul risultato di esercizio dei *bilancio 2006*:
  - lo scorretto trattamento contabile degli *«upfront»* "*non ha di per sé modificato il risultato finale bensì solo i risultati intermedi. La voce 60 «commissioni nette» si sarebbe contratta, per effetto delle minori commissioni attive (voce 40), a vantaggio di un incremento della voce 80 «risultato netto dell'attività di negoziazione». L'importo di questa variazione è quantificabile in 185 mln. e riduce il margine «commissioni nette» fino a farlo diventare negativo e pari a -61 mln. (da 124 mln.), dando quindi chiara percezione della dispendiosità del modello di business adottato dalla banca*";
  - i costi per servizi di mediazione per la sola attività in derivati sono quantificabili in circa *€. 38 mln.*, "*pari a circa il 14 % del margine di intermediazione*";
  - "*L'attività di «unwinding» ha falsato la ripartizione del risultato netto dell'attività di negoziazione tra plusvalenze/minusvalenze e utili/perdite (tabella 4.1, pag. 342 del bilancio di esercizio 2006). La sua quantificazione si può solo stimare per il fatto che buona parte delle compensazioni avveniva extracontabilmente. L'analisi del conto commissioni attive ha però fatto emergere che gli «upfront» dovuti dalle controparti bancarie ammontavano a ben 245 mln. e sono stati compensati in conto con costi di chiusura pari a 58 mln. Questa cifra può essere considerata una stima attendibile delle minusvalenze registrate nel risultato netto dell'attività di negoziazione in luogo della corretta registrazione di perdite*";
  - con riferimento alla cancellazione di contratti senza delibera dell'organo competente, "*due casi, pur concretizzatisi nel gennaio e nel marzo 2007, avrebbero dovuto impattare sul bilancio 2006 andandone a rettificare il risultato d'esercizio al lordo delle imposte per un importo di 5,8 mln*" (la mancata rettifica è stata giustificata con la tardiva consapevolezza della perdita - "*solo nel giugno 2007*"-);
  - riguardo alla *svalutazione per rischio di controparte* dei contratti derivati con *fair value* positivo "*si espone una quantificazione minimale (stimata per difetto in relazione sia al campione esaminato sia ai criteri utilizzati, che non considerano, ad esempio, l'impatto sicuramente pesantissimo che un'eventuale richiesta di marginazione avrebbe avuto sulla liquidità dei clienti, e, per questa via, sulla solvibilità degli stessi anche nei casi di una consistenza patrimoniale di primo acchito adeguata)... Era pertanto del tutto incongrua una rettifica forfetaria pari a 8,3 mln. (in assenza, si ricorda, di qualsiasi garanzia in termini di «collateral»). La detta svalutazione (62,4 mln), al lordo della svalutazione forfetaria fatta dalla banca, si sarebbe dovuta tradurre in una diminuzione del risultato netto di negoziazione (in termini di minori plusvalenze o maggiori minusvalenze), da -25 mln. a -87,4 mln. (peraltro se si tiene conto della corretta classificazione degli*

(Maiga est.)

«upfront» », il risultato netto dell'attività di negoziazione sarebbe passato da 160 mln. a 97,6 mln.). L'utile dell'operatività corrente al lordo dell'imposte, per questo solo fattore, sarebbe dovuto calare da 166 mln. a 103,6 mln. Inoltre il valore delle attività finanziarie detenute per la negoziazione (voce 20 dell'attivo dello stato patrimoniale) sarebbe sceso da 455 mln. a 393 mln".[8]

All'esito di questa esposizione, conclude il giudice che l'ipotesi d'accusa trova conforto nelle dichiarazioni di *FERRARIS*, dalle quali emerge che "*la mendace rappresentazione in bilancio della operatività in derivati*" (che si svolgeva sotto il diretto controllo del predetto e di *FAENZA*), era "*espressione di un preciso disegno inteso a coonestare una redditività di BANCA ITALEASE insussistente o, comunque, gravata da significativi rischi volutamente dissimulati*":

"Tale ampio compendio probatorio dimostra come Massimo FAENZA ed Antonio FERRARIS, con l'intenzione di ingannare i soci ed il pubblico ed al fine di far conseguire alla stessa società un ingiusto profitto, abbiano esposto nel bilancio d'esercizio al 31/12/06 e nella nota integrativa allo stesso bilancio fatti materiali non rispondenti al vero, ancorché oggetto di valutazione ed abbiano omesso informazioni la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società, in modo idoneo ad indurre in errore i destinatari sulla predetta situazione. Le dichiarazioni mendaci e le omissioni informative contenute nel bilancio hanno cagionato un danno patrimoniale alla società, ai soci e ai creditori. In particolar modo hanno indotto i creditori a sovrastimare il patrimonio di BANCA ITALEASE S.p.A. e, pertanto, a non richiedere le garanzie necessarie alla luce della reale situazione patrimoniale e finanziaria della banca (...) Le falsità delle comunicazioni sociali, inoltre, hanno cagionato un danno patrimoniale, reputazionale e legale per la stessa società; in particolare l'emergere delle criticità occultate ha costretto BANCA ITALEASE, in tempo successivo ma assai prossimo all'approvazione del bilancio 2006, a rivalutare il rischio di credito con riguardo ai contratti derivati stipulati con la clientela portandolo da €.8,3 mln. a circa €. 600 mln... ed a provvedere alla chiusura di contratti derivati con esborso nei confronti delle banche controparti di circa €. 610 mln (...) La società ha, inoltre, subito ingenti danni di natura reputazionale in ragione del

---

[8] *V. prospetto sintetico pag. 24 sent.*. A questo proposito si ricorda in motivazione che la delibera di approvazione del *bilancio di esercizio al 31/12/06* (e del *bilancio consolidato di gruppo* correlato), impugnata da *CONSOB*, è stata annullata dal *Tribunale di Milano/Sez. VIII Civile* con sentenza *n. 5796/09* depositata il *30/4/09* (sottoposta a gravame), in particolare nelle parti concernenti la contabilizzazione e valutazione degli "*strumenti finanziari «derivati IRS-OCT» strutturati*", e la mancata informativa in bilancio sulla tipologia di tali strumenti e sui rischi insiti negli stessi: "*nella motivazione della sentenza il Tribunale ha rilevato, in particolare, la violazione dei canoni di verità e chiarezza enunciati dal comma secondo dell'art. 2423 c.c. e, segnatamente, la radicale inadeguatezza del criterio adottato per esporre in bilancio la operatività in derivati non negoziati sui mercati regolamentati... di BANCA ITALEASE S.p.A.... il Collegio giudicante ha evidenziato che la procedura di valutazione collettiva (identica a quella usata per i crediti derivanti dal leasing) era assolutamente inadeguata ad esprimere il rischio di controparte (quantificato nella somma di 8,3 mln. di euro a fronte di un potenziale credito verso la clientela per 233,3 mln.) in quanto i crediti in questione traevano origine da operazioni speculative ad alto rischio (e, pertanto, radicalmente differenti da normali crediti commerciali quali quelli nascenti da contratti di leasing) ed in quanto il 60% delle operazioni in questione era stato perfezionato con un ridotto numero di piccole o piccolissime imprese, di incerte capacità solutorie... Quanto alla violazione del canone di chiarezza, il Collegio ha censurato la circostanza che l'appostazione creditoria relativa ai contratti derivati fosse «evidenziata solo in una brevissima nota a pag. 288 del bilancio, nota infarcita di inesplicate sigle e di termini, in lingua diversa dall'italiano, senza idonea traduzione»*"

(Maiga est.)

contenzioso insorto con la clientela in ragione degli stessi contratti derivati... del repentino crollo del valore delle azioni sul mercato e del conseguente «downgrading» della stessa banca da parte delle agenzie di rating. Devono, pertanto, ritenersi adeguatamente comprovati nei limiti delibatori propri della presente sede gli estremi oggettivi del delitto di cui all'art. 2622 c.c. ed anche il superamento delle soglie quantitative di rilevanza penale previste dal comma settimo della medesima disposizione. Nella valutazione condivisibile dei consulenti della Pubblica Accusa (non scalfita sul punto da alcuna censura della difesa), infatti, le falsità acclarate del bilancio hanno determinato una variazione del risultato economico d'esercizio al lordo delle imposte superiore al 5%... e del patrimonio netto superiore all'1%... (...) La finalizzazione di tale condotta delittuosa al perseguimento di un ingiusto profitto per BANCA ITALEASE è, inoltre, dimostrata dai concordi rilievi operati dalla BANCA D'ITALIA, dalla CONSOB, dai consulenti della Pubblica Accusa... e dal consulente di BANCA ITALEASE... in ordine ai rilevanti effetti positivi sui margini della banca e sul corso del titolo azionario determinati dall'operatività connessa all'area dei derivati (ed all'occultamento al mercato ed ai soci dei gravi rischi insiti nella medesima)".

La motivazione affronta, quindi, la tematica del **delitto presupposto di *manipolazione del mercato***, offrendo i seguenti rilievi:

"*le straordinarie «performance» del titolo di BANCA ITALEASE*[9]*, che in due anni ha quintuplicato il proprio valore, erano... sostenute in parte significativa ed enfatizzate dalla operatività in derivati OTC della banca stessa.*

Gli elementi probatori acquisiti nel corso delle indagini preliminari evidenziano in modo convergente come BANCA ITALEASE non abbia fornito in bilancio e nei comunicati diffusi le informazioni necessarie per la comprensione dei rischi di credito collegati alla operatività in strumenti finanziari e che abbia fornito una informativa fuorviante in merito agli importi «upfront» incassati; le descrizioni relative a questi ultimi, infatti, mentre da un lato pongono in luce il loro contributo all'utile di esercizio non spiegano la loro reale natura economica di indennizzo per la stipula di contratti «not par» ed occultano i rischi correlati al loro riconoscimento da parte delle banche prodotto.

Massimo FAENZA ed Antonio FERRARIS, pertanto, hanno diffuso, notizie false sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società, concretamente idonee a provocare una sensibile alterazione del prezzo ufficiale del titolo azionario...

Tale condotta è consistita nella costante pubblicazione dal 10/3/06 al 17/4/07, con comunicati rivolti al pubblico e sulla stampa, notizie in ordine all'incremento elevato dei ricavi e degli utili di BANCA ITALEASE che occultavano il correlativo ed ingente rischio di credito.

In particolare nei comunicati indicati nella imputazione riportata in epigrafe veniva sistematicamente enfatizzato l'incremento dei ricavi, degli utili e delle commissioni nette, il contenimento e l'attenta gestione dei rischi, ed in genere la corretta gestione sociale, fornendo al mercato una falsa rappresentazione dell'origine di parte rilevante tali ricavi, rivenenti dall'operatività in derivati (72% dell'utile aziendale nel 2006).

---

[9] Il titolo, ammesso alla quotazione sul *Mercato Telematico* azionario di *Borsa Italiana S.p.A.* il *14/6/05*, dal *19/9/05* era inserito nel segmento *Blue Chip*, e dal *18/9/05* era entrata nell'indice *MIB 30*.

(Maiga - est.)

Il carattere «price sensitive» delle informazioni mendaci diffuse al mercato risulta, del resto dimostrato dall'andamento del titolo della banca cresciuto nella misura del 564% dal 99/6/05, data di prima negoziazione, al 17/4/07, data di approvazione del bilancio 2006, passando da €. 10,88 a quello di €. 52,28.".

Per quanto attiene all'elemento soggettivo del reato, osserva il primo giudice che i due dirigenti "*erano pienamente consapevoli della reale natura della operatività in derivati OTC della banca (e, per converso, dei gravi rischi insiti nella stessa) e, pertanto, del carattere mendace delle comunicazioni propalate al mercato*".

Riguardo al **delitto presupposto di *ostacolo alle funzioni di vigilanza di BANCA D'ITALIA***, osserva il primo giudice che la prospettazione accusatoria deve essere accolta poiché l'occultamento a *BANCA D'ITALIA* della "*reale natura dell'operatività in derivati OTC*" è sufficientemente provato in atti, soprattutto sulla scorta dei rilievi formulati dallo stesso organo di vigilanza nella relazione stilata all'esito del procedimento ispettivo, nella quale tra l'altro si legge che "*in particolare gli IRS sono stati segnalati come «plain vanilla» e non sono state evidenziate componenti incorporate come le opzioni «esotiche» o «barrier»*[10] (...) *La descritta operatività ha generato per ITALEASE rischi di controparte e/o finanziari, che, in relazione all'aumento dei tassi di interesse di mercato, hanno contribuito a determinare un repentino crollo delle quotazioni delle azioni di BANCA ITALEASE e il «downgrading» della società (...) Le affermazioni dell'azienda circa la prevalenza della finalità di copertura dei contratti conclusi sono sconfessate dal fatto che, nella maggior parte dei casi (e quindi non solo con riferimento a specifici clienti) le formule di calcolo dei contratti presentavano una tale complessità da renderle incompatibili con il fine di semplice protezione. Gli IRS venduti infatti incorporavano stringhe di opzioni «cap» o «floor» collegate a «trigger event», leve ed effetti «memory». Inoltre, anche le frequenti ristrutturazioni possono essere lette in un'ottica speculativa in quanto tese a rinviare nel tempo l'esplicitazione della perdita confidando in eventi futuri più propizi*".[11]

Inoltre, sia la relazione del *CT Dif. BANCA ITALEASE*, sia quella di *CONSOB* evidenziano la "*radicale*" scorrettezza della descrizione dell'operatività in derivati riportata nel bilancio al *31/12/06* e nelle informazioni all'Autorità di Vigilanza, dal momento che in quei documenti si affermava che *BANCA ITALEASE* forniva "*alle Banche prodotto un servizio di mera intermediazione nel collocamento di strumenti derivati alla clientela, atteso che nella medesima giornata veniva concluso il contratto con il cliente e quello uguale, ma di segno opposto, con le c.d. Fabbriche Prodotto. Parimenti BANCA ITALEASE indicava in bilancio gli «upfront» percepiti dalle controparti bancarie come «remunerazione del servizio reso al cliente e del rischio creditizio assunto»*": in realtà, l'operatività in derivati si configurava come negoziazione in conto proprio, e gli "*upfront*" rappresentavano l'indennizzo corrisposto dalle Banche Prodotto per l'acquisto di strumenti finanziari rischiosi (conclusione coerente con i documenti reperiti la *CONSOB* presso i revisori dei conti).

Nella motivazione vengono, quindi, analizzati in dettaglio i flussi informativi nei confronti di *BANCA D'ITALIA* concernenti non solo i derivati, ma anche la situazione di effettivo rischio

---

[10] *aff. 040414: sent. pag.28*

[11] *aff. 110027: sent. pag. 28.*

(Maiga - est.)

derivante dal sostegno finanziario accordato da *BANCA ITALEASE* a taluni grandi "gruppi" (in particolare *COPPOLA* e *Michele AMARI*), in misura eccedente i limiti in materia di "*grandi fidi*"; l'analisi della corrispondente esposizione creditizia sfocia nella seguenti conclusioni:

"*Il Gruppo bancario BANCA ITALEASE disponeva con riferimento al 31/3/05 e 30/6/05 di un patrimonio di vigilanza pari rispettivamente a 519,13 mln. e 787,6 mln. A queste grandezze doveva commisurare, nel rispetto della normativa prudenziale fissata dalla BANCA D'ITALIA, la sua politica di assunzione di rischi. In particolare il Gruppo ITALEASE avrebbe dovuto rispettare il limite sulla concentrazione dei rischi: l'esposizione verso un singolo cliente (o gruppo di clienti connessi) non doveva superare il 25% del patrimonio di vigilanza e cioè 129 mln. con riferimento a marzo e 196 mln. con riferimento a giugno 2005. Il rispetto di questi limiti non c'è stato né la reale situazione dei grandi rischi è stata comunicata all'Organo di Vigilanza. Infatti, il Gruppo ITALEASE ha fornito mezzi finanziari al gruppo Michele AMARI per 330 mln. con riferimento al 31/3/05, nonché al gruppo COPPOLA per 282 mln. al 31/3/05 e al 30/6/05*".

Anche con riferimento a queste condotte il primo giudice ritiene provata, sulla base delle risultanze probatorie descritte, anche la piena consapevolezza di *FAENZA* e *FERRARIS* circa le sistematiche lacune ed omissioni nelle informazioni fornite alle autorità di vigilanza.

Esaurita la disamina dei delitti presupposto il giudice affronta la problematica dell'***interesse e vantaggio di BANCA ITALEASE***, osservando che le comunicazioni sociali e le informazioni al mercato false risultano "*poste in essere da dirigenti apicali... nell'interesse di BANCA ITALEASE S.p.A., in quanto sussiste un evidente nesso tra tali condotte e la cura dello scopo sociale (ancorché perseguita a mezzo di strumenti illeciti)*": ciò si afferma per il fatto che nel periodo in esame "*il management di BANCA ITALEASE S.p.A. ha perseguito politiche ispirate al conseguimento di rapidi ed ambiziosi ritorni economici ed intese a far registrare performance del titolo quotato sul Mercato telematico di Borsa Italiana S.p.A. estremamente significative.*"

A sostegno di questa conclusione la sentenza richiama:

- le considerazioni svolte da *BANCA D'ITALIA* nella relazione ispettiva sul rapido e straordinario incremento del valore del titolo, le modalità con cui tale risultato era stato conseguito ed i rischi conseguenti ("*BANCA ITALEASE -individualmente e in qualità di capogruppo- ha perseguito una strategia di rapida espansione, diversificazione dei canali distributivi e delle attività, acquisizione di società, che ha favorito, in tempi brevi, ritorni economici tanto elevati e crescenti... da indurre repentini progressi del valore del proprio titolo e della conseguente appetibilità sul mercato... nonché da favorire incrementi della dotazione patrimoniale e del correlato potenziale di crescita, attraverso il ricorso al mercato dei capitali... Il significativo sviluppo, tuttavia, è stato perseguito adottando un modello di business sbilanciato verso attività non caratteristiche basato su componenti economiche non replicabili, attuato con prassi sovente discoste dai canoni di sana e prudente gestione e permeate da profili di opacità. La descritta evoluzione ha determinato ingenti rischi non apprezzati né gestiti tempestivamente ed efficacemente*

(Marco Lesti)

dall'azienda, che stanno incidendo in misura significativa e crescente sul patrimonio aziendale" [12]);

- le dichiarazioni di *FERRARIS*, il quale *"ha ammesso che le false comunicazioni sociali costituivano una precisa scelta strategica «nell'ottica di aumentare la redditività della società... nei bilanci di ITALEASE veniva detto al mercato che i prodotti [derivati] venduti erano di copertura come servizio ai clienti del leasing. Si tratta di dichiarazioni inveritiere: per ciò che riguarda il 2005 ritengo che l'informazione servisse a dare un'immagine rassicurante al mercato senza evidenziare i rischi connessi a quella operatività»"*;[13]
- le dichiarazioni di *Walter GOLDONI*[14] (responsabile dell'*Ufficio Financial Banking di BANCA ITALEASE*) circa gli "*obiettivi esasperati e ambiziosissimi*" cui era ispirata l'operatività in *derivati*;
- le osservazioni dei *CTPM*, secondo i quali "*sembra evidente che la finalità delle ristrutturazioni fosse quella di generare «upfront» positivi e quindi redditività per la banca e, nel contempo, di gestire la posizione negativa del cliente rimandando il momento di una sua eventuale presa di coscienza*";
- le coerenti valutazioni del *CT* di *BANCA ITALEASE*, il quale evidenzia che "*l'inusuale ricorso a contratti «not par» è presumibilmente servito a generare elevati «upfront» necessari da un lato ad incrementare i ricavi della banca dall'altro a creare le condizioni per pagare le enormi commissioni ai procacciatori*".

Accanto ai rilevanti ricavi derivanti dalle operazioni poste in essere con quei particolari strumenti finanziari (pari al *72%* dell'utile aziendale nel *2006*), la "*sistematica diffusione di notizie mendaci al mercato sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società*" era volta ad alterare la quotazione del titolo azionario, mentre gli ostacoli posti all'attività di vigilanza erano intesi a dissimulare le gravi irregolarità compiute dagli organi gestori: tutte queste condotte, ad avviso del primo giudice, hanno procurato "*un indubbio vantaggio patrimoniale*" *a BANCA ITALEASE*: a fronte di ciò, "*il rilievo che alcuni membri del management della banca avessero costituito un sodalizio criminale dedito programmaticamente alla spoliazione della società non può certo assorbire ogni illecito in contestazione in tale ambito temporale e determinarne la imputazione ipso iure alla «societas sceleris». La circostanza che FAENZA ed i suoi sodali nella associazione a delinquere si siano avvalsi del ruolo funzionale svolto all'interno della compagine societaria per porre in essere appropriazione indebite ai danni della banca non determina la insussistenza dell'interesse e del vantaggio di BANCA ITALEASE S.p.A. alla commissione dei delitti di false comunicazioni sociali, di manipolazione del mercato e di ostacolo alle funzioni di vigilanza, atteso che sul piano fenomenico le due vicende, pur coeve, sono assolutamente autonome. Gli illeciti di cui si controverte nel presente giudizio potevano, infatti, essere posti in essere anche in assenza delle condotte di appropriazione indebita ai danni della banca accertate in altro giudizio... In particolare l'associazione era finalizzata a porre in essere plurime condotte di appropriazione indebite consistite nel dividere le ingenti*

---

[12] *aff.010462 (sent., pag. 41)*

[13] Dichiarazioni *FERRARIS Antonio* al *PM, 19/5/10 (sent. pag. 41).*

[14] Interrogatorio *31/1/07 (sent. pagg.41/42)..*

(Magda - est.)

provvigioni corrisposte da BANCA ITALEASE S.p.A ai... mediatori a fronte di una inesistente attività di intermediazione per operazioni di ristrutturazione di Interest Rate Swap collocati alla clientela della banca. Tali vicende sono, pertanto, indubbiamente distinte ed irrelate con gli illeciti dipendenti da reato di cui si controverte nel presente giudizio".

Concludendo sul punto, si osserva in motivazione che "*l'interesse rilevante ai sensi dell'art. 5 D.Lgs. 231/01 non può... coincidere con le soggettive intenzioni o rappresentazioni dell'agente poiché tale opzione interpretativa contraddice l'enunciato normativo che lo riferisce all'ente*".

A questo punto della motivazione si inseriscono un capitolo dedicato alla questione di *legittimità costituzionale dell'art. 6 D.Lgs. 231/01*, sollevata dalla difesa nel corso del primo giudizio, e uno intitolato all'*assetto organizzativo di BANCA ITALEASE S.p.A.*, nel quale si espongono -in particolare- le anomalie portate alla luce dall'attività ispettiva svolta da *BANCA D'ITALIA*.

Su queste premesse in fatto ed in diritto il primo giudice fonda le proprie conclusioni in punto di **trattamento sanzionatorio**, precisando che "*la pena deve essere determinata in coincidenza dei massimi edittali in ragione dell'estrema gravità ed il significativo del valore degli illeciti per cui si procede*".

Il numero delle quote quindi, viene ad essere commisurato in coincidenza del massimo edittale, poiché tutti gli indici contemplati dal legislatore dimostrano l'estrema gravità della condotta dell'ente: a fronte dell'elevata entità dei danni cagionati alle parti lese e dell'ampia diffusione del danno agli azionisti, il vantaggio che *BANCA ITALEASE* risulta avere tratto dagli illeciti amministrativi "*è stato certamente elevato*", così come elevato il grado di responsabilità dell'ente, atteso che -da un lato- gli illeciti sono "*diretta espressione della politica aziendale*" e che "*l'assetto organizzativo... era connotato da gravi lacune ed ampie aree di ineffettività*", e -dall'altro- "*l'attività posta in essere a livello organizzativo prevenire la commissione di ulteriori illeciti è rimasta ignota in giudizio*", e nulla risulta essere stato fatto per eliminare o attenuare le conseguenze degli illeciti compiuti.

Sulla scorta di queste considerazioni la sanzione pecuniaria è stata determinata "*in 400 quote per gli illeciti di cui agli artt. 25 ter lett. c) ed s) ed in mille quote per l'illecito dipendente dal reato di manipolazione del mercato*" (riqualificato in quello contemplato dall'*art. 25-sexies D.Lgs. 231/01*), fissando l'importo delle quote nella misura massima di *€.1.549 per quota*, "*in ragione delle consistenti condizioni economiche e patrimoniali dell'ente*": conseguentemente, la sanzione pecuniaria viene ad essere pari ad *€. 2.788.200*, ridotta *€. 1.858.800* per effetto della *rito abbreviato*.

La sentenza si conclude con un capitolo dedicato alla ***confisca***, nel quale si richiama, innanzitutto, quanto stabilito dalle *S.U.* della *Corte di Cassazione* con la sentenza *n. 20.506* del *16/4/09 (rv. 243198)*, sia per quanto concerne la definizione di *profitto del reato* oggetto di confisca (che si identifica nel vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato presupposto), sia in merito al carattere sanzionatorio dell'ipotesi di confisca prevista dall'*art. 19 D.Lgs. 231/01* (che comporta l'apprensione automatica del profitto del reato esclusivamente quale componente necessaria della condanna), sia -infine- riguardo alla *confisca per equivalente* di cui al *c. 2* dell'*art. 19 cit.* (che

(Maiga est.)

consente di realizzare l'intervento ablativo anche quando non sia possibile l'apprensione del prezzo o del profitto del reato).

Applicando tali criteri al caso in esame, rileva il primo giudice che la sistematica diffusione al mercato di notizie false ha comportato un indebito sostegno alla quotazione del titolo ("*in un periodo in cui era in corso un aumento di capitale mediante appello al pubblico risparmio*"), ma che nel corso del giudizio non sono stati forniti elementi per un'adeguata stima di tale indebito vantaggio, e il sistema non prevede la possibilità di provvedimenti ablatori basati su una determinazione forfettaria o equitativa: pertanto la confisca è stata esclusa in relazione al delitto presupposto di *manipolazione del mercato*.

Per altro verso, muovendo dalle valutazioni dei *CTPM* in merito agli effetti dello *scorretto trattamento contabile dei derivati* e dell'*inadeguata valutazione del rischio di credito* sui risultati di bilancio, il giudice conclude ritenendo dimostrata la diretta incidenza della sottostima degli stanziamenti per *rischio di controparte* sul risultato economico (asserto accusatorio "*dimostrato oltre ogni ragionevole dubbio dagli argomentati rilievi formulati dalla CONSOB, dalla BANCA D'ITALIA e dai CTPM, che, peraltro, non sono stati né confutati, né scalfiti da alcuna censura di segno contrario*"): sulla base delle convergenti indicazioni fornite da *BANCA D'ITALIA* e *CONSOB* (secondo una metodologia di calcolo definita "*sostanzialmente accettabile*" dalla società di revisione della Banca), e di quanto affermato dal *Tribunale di Milano/Sez. 8° Civile* nella già citata sentenza *n. 5796/09*[15], il primo giudice conclude che l'inadeguata rettifica per rischio di controparte ha "*avuto un impatto significativo sul risultato netto della gestione finanziaria, che ha consentito a BANCA ITALEASE di acquisire utilità patrimoniali avvinte per legge da un vincolo di indisponibilità e di utilizzarle.*"

Quanto alla stima di queste utilità, "*una quantificazione minimale (stimata per difetto in relazione sia al campione esaminato sia ai criteri utilizzati...) della svalutazione per rischio di controparte che doveva interessare i contratti derivati con «fair value» positivo è stata operata dai consulenti della Pubblica Accusa*": coerentemente con le conclusioni raggiunte da questi ultimi il giudice perviene ad affermare che per effetto delle inadeguate rettifiche la banca abbia lucrato (e reso liquida) "*una somma dell'importo corrispondente a quella che si sarebbe dovuta indicare in bilancio quale congrua rettifica per rischio di controparte e che sarebbe risultata vincolata «ex lege» e non altrimenti disponibile per l'ente... L'entità del profitto conseguente al delitto di false comunicazioni sociali (e, segnatamente, alla indicazione di una incongrua rettifica per rischio di controparte) può, pertanto, essere determinato nella somma stimata, secondo criteri prudenziali, dai CTPM all'esito della ricostruzione delle voci di bilancio incise dal delitto per cui si procede (pagg. 9-10 della consulenza tecnica depositata in data 6/3/08).*"

Per tali ragioni, disposta, la confisca per equivalente ai sensi dell'*art. 19, c.2, D.Lgs. 231/01* è stata fissata nella misura di *€. 64.200.000,00* oltre interessi legali dal *16/4/07* (data di approvazione del bilancio al *31/12/06*) alla data dell'effettivo esborso.

Da ultimo, la motivazione prende in considerazione e disattende le doglianze difensive secondo cui la stima sarebbe viziata sul piano metodologico dall'adozione di una prospettiva

---

[15] *V. supra, nota 8.*

ex post, e dal rilievo che dovrebbe attribuirsi all'assolvimento degli oneri fiscali da parte della banca: la prima viene superata osservando che quella stima è avvenuta secondo il criterio della prognosi postuma e avvalendosi delle cognizioni sulla solvibilità delle controparti contrattuali disponibili all'epoca di approvazione del bilancio, mentre la seconda è stata ritenuta irrilevante per il fatto che l'assolvimento dell'onere fiscale è intervenuto dopo l'indebita acquisizione del profitto del reato.

o o o

Con l'atto d'appello la difesa ha chiesto, in via principale, "*sentenza di esclusione della responsabilità dall'illecito amministrativo*", e, "*in ogni caso*" escludere l'esistenza di un profitto per *BANCA ITALEASE* e conseguentemente annullare il provvedimento di *confisca*, assumendo l'infondatezza in fatto e in diritto degli argomenti addotti dal primo giudice a sostegno della propria decisione, e l'insussistenza dell'illecito contestato per mancanza degli elementi costitutivi: in particolare, non vi sarebbe prova certa della sussistenza dei reati presupposto, né dell'elemento costitutivo dell'"*interesse*" o "*vantaggio*" per l'ente, e neppure del *profitto* derivante dal delitto di *false comunicazioni sociali* che costituisce il presupposto della confisca.

In merito ai singoli <u>delitti presupposto</u>, la difesa, dopo avere sottolineato che la sentenza a carico degli ex-dirigenti della banca non è ancora definitiva, propone le seguenti osservazioni, trascrivendo ampi passaggi motivazionali dell'appellata sentenza.

1. <u>*Falso in bilancio*</u>: premesso che la contestazione concerne la valutazione del rischio di credito derivante dai *contratti derivati OTC*, le conclusioni del primo giudice in particolare in materia di superamento delle soglie (quindi di concreta rilevanza penale delle condotte contestate) sono "*apodittiche e unicamente basate sulle conclusioni dei consulenti della pubblica accusa*".

   In particolare, tenuto conto che si discute di un eventuale falso "*valutativo*", in sentenza vengono richiamate la relazione *CONSOB* del *26/10/07*, la relazione ispettiva di *Banca d'Italia*, la consulenza dei *CTPM* e le dichiarazioni dell'imputato *FERRARIS* (del *19/5/10*): peraltro, solo la consulenza dell'accusa -atto di parte- contiene una quantificazione delle rettifiche sui crediti ritenute congrue.

   Più specificamente, poiché la scorretta annotazione degli *«upfront»* (*voce 40* anziché *voce 80* del *conto economico*) non comporta un'alterazione del risultato netto dell'attività di negoziazione, ed è opinione ormai pacifica anche in giurisprudenza quella secondo cui deve escludersi la rilevanza penale del falso "*qualitativo*", che non incide né sul risultato economico di esercizio, né sul patrimonio netto, e poiché nella *nota integrativa* il *mark to market* era regolarmente esposto, e il *rischio di credito* era correttamente segnalato, deve concludersi che l'attività di *negoziazione in proprio* della banca era descritta correttamente e consentiva ai lettori del bilancio di comprendere la reale natura delle "*commissioni*" attive: solo la non corretta rettifica del rischio di credito avrebbe alterato il risultato di esercizio, ma questa risulta quantificata unicamente dai consulenti dell'accusa.

(Maiga est.)

Inoltre, le conclusioni di questi ultimi non sono condivisibili in quanto "*la valutazione del rischio di credito è frutto di una previsione... cioè di una stima da parte degli amministratori*", che nella fattispecie venne effettuata secondo la metodologia usuale in tutte le banche, secondo la quale la perdita probabile viene calcolata "*collettivamente, per l'insieme delle posizioni in essere, senza procedere... ad un'analisi dei singoli contratti*": i *CTPM*, invece, hanno operato rettifiche individuali su *20* posizioni, che all'epoca di approvazione del bilancio (*aprile 2007*) "*non erano ancora divenute anomale, perché ancora non si era manifestato il deciso rialzo dei tassi di interesse e della loro volatilità*", onde non vi erano elementi noti che potessero giustificare una rettifica nella misura indicata dall'accusa (tenuto conto che -tra l'altro- non vi erano state contestazioni da parte dei clienti, e i derivati erano stati conclusi con soggetti che avevano stipulato contratti di *leasing* i cui canoni risultavano regolarmente pagati).

In ogni caso, la misura delle rettifiche sulle posizioni più rilevanti "*sarebbe stata comunque di difficile obiettiva identificazione*", tenuto conto che si tratta di componente negativa di reddito di origine valutativa che rettifica una componente positiva anch'essa di origine valutativa, e quindi non costituente un ricavo certo: la metodologia seguita dai *CTPM* non può essere condivisa poiché si fonda solo sulla differenza tra l'importo del credito e il valore del patrimonio netto del debitore, senza considerare la *capacità di generazione di cassa* e il *grado di liquidità degli asset* delle società clienti, e perché non è stata preliminarmente eliminata la rettifica collettiva effettuata dalla banca sulle stesse posizioni.

Per queste ragioni, la rettifica apportata il *31/12/06* deve ritenersi congrua, o, comunque, non può ritenersi provato oltre ogni ragionevole dubbio che la rettifica da operare fosse tale da superare la soglia di rilevanza penale stabilita dalla legge.

2. *Manipolazione del mercato e false informazioni all'autorità di vigilanza*: premesso che anche questi addebiti fanno riferimento al *rischio di credito* connesso all'operatività in strumenti derivati, e richiamate le osservazioni svolte in precedenza su questo specifico argomento, la difesa conclude che le stesse ragioni rendono insostenibili anche queste ipotesi di reato, rispetto alle quali le motivazioni addotte dal primo giudice appaiono intrinsecamente contraddittorie.

L'appello prosegue osservando che, anche laddove si volessero ritenere sussistenti i reati presupposto, nel caso di specie farebbe difetto il secondo elemento costitutivo essenziale della fattispecie complessa dell'illecito dell'ente, consistente nella commissione di quei reati "*nell'interesse o vantaggio dell'ente stesso*".

La difesa si diffonde quindi nell'esaminare tale profilo e sul significato da attribuire alla previsione "*dualistica*" ("*interesse/vantaggio*") di questa formula, sottolineando che nella descrizione della fattispecie l'*art. 25 ter D.Lgs. 231/01* fa riferimento al solo "*interesse della società*", e richiamando giurisprudenza di legittimità e dottrina, per concludere che (alla luce dell'esclusione della responsabilità dell'ente prevista dal *c.2* di quell'articolo, e dall'elemento soggettivo del reato di *false comunicazioni sociali* -consistente nell'*intenzione di ingannare i soci o il pubblico* e nella *finalità di conseguire per sé o altri un ingiusto profitto*-) la responsabilità dell'ente deve essere esclusa quando le false comunicazioni sociali non siano ispirate a finalità di ("*pur malintesa e scorretta*") "*politica aziendale*", ma al

(Malga est.)

perseguimento di "*obiettivi squisitamente personali dell'agente e pregiudizievoli all'interesse, oltre che dei creditori, anche della società*", come devono ritenersi quelle dettate dall'esigenza di nascondere ammanchi, distrazioni o gravi errori di gestione: in questi casi, la responsabilità dell'ente dovrebbe escludersi anche qualora ad esso derivi un vantaggio indiretto e fortuito da quelle condotte, soprattutto quando queste abbiano carattere truffaldino, e siano -quindi- caratterizzate da modalità che rendano incerta la destinazione finale del denaro, poiché l'esistenza del rapporto organico non è sufficiente a fondare la responsabilità della persona giuridica, dovendosi considerare le conseguenze della condotta delittuosa e il fatto che questa sia avvenuta in violazione degli obblighi di gestione societaria.

In sostanza, la responsabilità dell'ente deve essere esclusa laddove la condotta del funzionario comporti il venir meno del rapporto d'immedesimazione organica, non essendo in alcun modo riconducibile il reato commesso dal primo all'ente, perché non realizzato neppure in parte nell'interesse di quest'ultimo, e perché non ogni "*ricaduta patrimoniale favorevole*" costituisce un vantaggio per l'ente nel senso richiesto dalla norma incriminatrice: ciò deve escludersi ogni qual volta "*vi sia un contrasto tra gli interessi patrimoniali della persona giuridica e la condotta delittuosa posta in essere dal singolo, anche se incidentalmente del reato siano comunque derivate conseguenze favorevoli per lo «societas»*", in quanto queste ultime costituiscono un evento accidentale (in tal senso, si indicano come sintomatici i casi in cui l'ente viene strumentalizzato dai soggetti che hanno una supremazia nella compagine societaria per ottenere benefici illeciti personali, e quelli in cui la scelta di prassi illecite risponde alla volontà di dissimulare errori di gestione o scelte eccessivamente rischiose, che si risolvono in esiti disastrosi nel medio/lungo periodo).

Sulla base di queste premesse la difesa afferma che:

- "*a prescindere da qualsiasi accertamento sui modelli organizzativi... l'ente non risponde nel caso di reati presupposti commessi nell'esclusivo interesse dei soggetti imputati*";
- tale situazione si verifica allorché le condotte illecite siano ispirate da obiettivi squisitamente personali dell'agente e siano pregiudizievoli all'interesse dei creditori della società in quanto tale, determinando il venir meno del rapporto d'immedesimazione organica, e quindi anche nei casi in cui quelle condotte siano finalizzate a "*dissimulare errori di gestione, negligenze progettuali o scelte eccessivamente rischiose*";
- l'esistenza di un interesse esclusivo della persona fisica può aversi anche in presenza di un vantaggio per l'ente, qualora tale vantaggio costituisca un "*mera ricaduta patrimoniale favorevole*" della condotta del dipendente. Nel caso di specie "*è stata processualmente accertata (pur con sentenza non definitiva: Trib. Milano, Sez. 4°, sent. 21/10/10, p.p. n. 6553/09 R.G. Trib.) l'esistenza, all'interno della Banca, di un'associazione per delinquere costituite finalizzata alla consumazione di fatti di appropriazione indebita in danno della stessa, resi possibili dalla creazione di una gestione sociale occulta e parallela*", di cui *Massimo FAENZA* "*era promotore*", e parimenti la posizione dell'istituto quale soggetto danneggiato, come si evince dalla condanna degli imputati al risarcimento dallo stesso subiti in conseguenza delle loro condotte illecite: nello stesso capo d'imputazione si precisa che l'attività in derivati era "*del tutto ingiustificata in relazione alle necessità della clientela*" e volta all'illecita appropriazione "*di parte degli «upfront»*", onde non può condividersi

(Maria - est.)

quanto affermato dal primo giudice circa l'origine dei delitti di *associazione a delinquere ed appropriazione indebita* da un lato, e di quelli di *false comunicazioni sociali, manipolazione del mercato e ostacolo alle funzioni di vigilanza* dall'altro, da "*«due vicende» pur «coeve... sul piano fenomenico» ma «assolutamente autonome»*". Inoltre, "*lo stesso giudice ha incluso la società tra le «vittime», le «parti offese» e «danneggiate» dalle condotte di cui ai reati presupposto*", quando ha scritto che dichiarazioni mendaci e omissioni informative nel bilancio "*hanno cagionato un danno patrimoniale alla società, ai soci ed ai creditori*", e le false comunicazioni hanno provocato "*un danno patrimoniale, reputazionale e legale alla società*", costretta -in epoca di poco successiva- a rivalutare il rischio di credito con riferimento ai derivati, ed a chiudere quei contratti con un rilevante esborso a favore delle banche controparti, nonché esposta al conseguente contenzioso con la clientela, al crollo del valore delle azioni, e al *downgrading* da parte delle agenzie di *rating*.

In conclusione, ad avviso della difesa, si deve escludere la responsabilità dell'ente per i reati presupposto, in quanto questi risultano commessi dai soggetti in posizione apicale per esclusivo interesse proprio o di terzi: tale assenza di prova "*al di là di ogni ragionevole dubbio*" costituisce il fondamento della richiesta di affermazione di "*non responsabilità*" dell'ente stesso per l'illecito ascritto, essendo irrilevante un'analisi della sussistenza della "*colpa di organizzazione*", poiché -come scrive il primo giudice- "*l'adozione di un idoneo modello organizzativo e la sua efficace attuazione*" non sono "*elementi costitutivi della regola di responsabilità da reato degli enti, ma assumono esclusivamente valenza esimente*" onde lente che abbia omesso di adottare ed attuare un simile modello (o non ne fornisca la prova) "*non risponde per il reato commesso dal suo esponente in posizione apicale soltanto nell'ipotesi di cui all'art. 5, c. 2, D.Lgs. 231/01... ovvero se l'autore del reato ha agito nell'interesse esclusivo proprio di terzi*".

Esaurita la trattazione dei reati presupposto l'atto d'appello passa ad affrontare la questione della *confisca* della somma di oltre *€. 64 milioni*, considerata "*profitto*" del reato di *false comunicazioni sociali* (essendo stata, per contro, rigettata la richiesta del *PM* di confisca del profitto del diritto di *manipolazione informativa del mercato* per la "*mancata determinazione e determinabilità (allo stato delle acquisizioni)*" della sua entità).

Dopo avere segnalato un errore materiale contenuto nel dispositivo (in cui l'importo confiscato è quantificato in "*€. 64.200.000,00*", mentre in motivazione si prevede la confisca di un importo corrispondente a quello stimato dai *CTPM*, e quindi *€. 62,4 mln*), la difesa osserva che l'accoglimento del primo motivo di ricorso comporterebbe l'annullamento anche della confisca, in quanto l'applicazione dell'*art. 6, ult. c.*. sarebbe preclusa qualora fosse riconosciuta l'insussistenza dell'elemento oggettivo del reato presupposto, dal quale, comunque, non può dirsi che *BANCA ITALEASE* abbia tratto "*profitto*".

Richiamando alcuni passaggi della motivazione dell'appellata sentenza, in particolare nei riferimenti alle conclusioni dei *CTPM*, l'atto d'appello propone un'esegesi dell'*art. 19 D.Lgs. cit.*, evidenziando la necessità di definirne i presupposti ("*prezzo*" e "*profitto*" del "*reato*"), e fornire la prova dell'esistenza del profitto (condividendosi sul punto quanto affermato dal primo giudice circa l'impossibilità, nel sistema vigente, di una "*ablazione di profitti del reato determinati in via forfettaria o equitativa*"); inoltre, sottolinea che la lettera della legge

(Maiba - est.)

preclude la possibilità di equiparare il concetto di "*profitto*" a quelli di "*vantaggio o interesse*" di cui all'*art. 5 D. Lgs. cit.*, che non può essere disposta la confisca del profitto "*per la parte che può essere restituita al danneggiato*", e che la *confisca per equivalente* è ipotesi subordinata rispetto a quella prevista dal *comma* precedente.

Sulla base di queste premesse, la difesa osserva che:

- nel caso di specie l'ente non ha tratto alcun profitto confiscabile (*ex art. 19 cit.*) dal reato di *false comunicazioni sociali* poiché il criterio di individuazione del presunto profitto assunto dall'accusa non è condivisibile né corretto;
- in ogni caso, non può condividersi il criterio di quantificazione adottato dal primo giudice sulla scorta delle affermazioni dei *CTPM*, "*in quanto, peraltro, puramente valutativo e forfettario*";
- infine, nessun confisca potrebbe essere ultimata "*in concreto... poiché, per espressa affermazione dello stesso giudice di primo grado, il danno subito dalla parte «danneggiata» BANCA ITALEASE S.p.A. è sicuramente superiore all'importo confiscabile*".

Quanto alla definizione di "*profitto*", si richiama la giurisprudenza che lo identifica nel "*beneficio aggiuntivo di tipo patrimoniale,*" di "*diretta e immediata derivazione causale*" dal reato presupposto, e le pronunce in materia di "*crediti*" (di cui è stata esclusa la confiscabilità in quanto il profitto può essere individuato solo "*in un effettivo arricchimento patrimoniale acquisito e non nella «semplice esistenza di un credito virtuale»*"), "*risparmi di spesa*" (ritenuti confiscabili nei limiti del "*ricavo introitato e non decurtato dei costi che si sarebbero dovuti sostenere*"), e "*beni futuri*" (esclusi dall'ambito della confisca in quanto rappresentano "*un profitto solo atteso o sperato*").

All'esito di questa disamina, osserva la difesa che, anche qualora si volesse individuare in capo alla *Banca* un "*interesse*" rispetto alle ipotesi di reato presupposte, ciò non significa che ne abbia anche tratto un profitto confiscabile, poiché questo non può essere individuato con riferimento "*a ciò che l'ipotesi stessa di reato formulata dal PM ha indicato come una mera «apparenza», cioè il maggiore risultato economico ed il maggior patrimonio netto della banca derivanti dall'omissione di una «rettifica per rischio di controparte». Un risultato economico e una componente del patrimonio netto indicati come «falsi», nel senso di non esistenti, dal PM, riassumerebbero piena concretezza come misura di un «profitto» derivante proprio dalla loro mera appostazione contabile*": inoltre, la stessa sentenza evidenzia che le false comunicazioni sociali hanno reso necessario rivalutare il rischio di credito per i derivati, e la loro chiusura "*con esborso nei confronti delle banche controparti di circa €. 610 mln.*", e che "*gli utili transitati in conto economico relativi all'operatività in esame sono utili di natura valutativa e non effettivamente realizzati*".

L'atto d'appello propone, quindi, alcune considerazioni di ordine generale in tema di bilancio di esercizio e relativi criteri di redazione, per concludere che (soprattutto per le poste valutative), "*il «modo» in cui il bilancio di esercizio è redatto... non può mai produrre «di per sé» un impatto diretto, certo ed attuale sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria dell'impresa, determinando il conseguimento di un profitto l'insorgenza di una perdita... Non possono essere i criteri di redazione del bilancio... a determinare un «incremento patrimoniale che costituisca un vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato»*".

(Maiga - est.)

Nel caso di specie assume particolare rilevanza la questione della valutazione dei crediti, dalla cui effettiva realizzabilità discende l'effettività dei ricavi e dei risultati di intermediazione o di negoziazione, onde la relativa valutazione deve tener conto delle informazioni disponibili al momento della sua effettuazione, senza poter attribuire rilevanza ad eventi successivi: in sostanza "*la sopravvalutazione di un credito, e, in generale, di un'attività finanziaria (non svalutata per rischio di controparte) non può avere l'effetto di produrre una concreta ed attuale trasformazione del patrimonio, tantomeno in senso incrementativo*" (cioè non può aversi "*profitto materialmente conseguito*" in assenza di introito).

Pertanto deve ritenersi errata l'affermazione secondo cui l'evidenziazione di un utile maggiore di quello che si sarebbe verificato ove si fossero operate le necessarie rettifiche avrebbe consentito alla *Banca* di disporre di una somma liquida non altrimenti disponibile; accantonamenti o rettifiche influenzano il risultato economico ma non hanno effetto sul risultato finanziario ("*l'ammontare della rettifica è del tutto neutrale rispetto all'ammontare delle risorse liquide generate dalla gestione di cui impresa può disporre*"): anzi, nel caso di specie la non congruità della rettifica avrebbe provocato un danno alla società "*consentendo che ad una corrispondente quota di autofinanziamento sia data l'apparenza di utile lordo*" sottoposto a tassazione, e facendo apparire distribuibile l'utile netto non realizzato.

Infine, richiamando la giurisprudenza di legittimità (che ha censurato i provvedimenti ablatori produttivi di "*una duplicazione del sacrificio economico a carico delle società, esposte sia agli obblighi risarcitori, sia all'ablazione conseguente alla futura confisca*"), osserva la difesa che la misura adottata dal giudice è illegittima, poiché la *Banca* è anche persona offesa e danneggiata dal reato di *false comunicazioni sociali* (per un ammontare ampiamente superiore alla somma confiscata), e dunque può vantare una pretesa restitutoria. Inoltre, la confisca disposta per equivalente rende contraddittorio il provvedimento, poiché presuppone la materiale inesistenza del profitto stesso.

° ° °

MOTIVI DELLA DECISIONE

Nell'affrontare i temi proposti con l'atto d'appello si deve preliminarmente rilevare che i motivi d'impugnazione prestano il fianco a censure di genericità, nell'accezione di questo termine pacificamente recepita dalla *Corte di Cassazione*, nella cui interpretazione del combinato disposto degli *art. 581 c.1 lett. c)* e *591 c.1 lett. c) c.p.p.* è ormai consolidata l'affermazione secondo cui un simile vizio ricorre non solo quando nell'atto d'impugnazione non siano specificati i motivi di dissenso dalla decisione appellata[16], ma anche se le censure non illustrano le ragioni dell'asserita erronea valutazione delle prove, arrestandosi alla prospettazione di possibili, plurime ed astratte spiegazioni dei comportamenti ascritti ai

[16] *Cass., Sez. 6, sent. n. 13261 del 6/2/03 -rv. 227195 -*

(Maiga - est.)

soggetti coinvolti dall'accertamento penale, soprattutto quando le stesse siano state esaurientemente esaminate ed in concreto escluse dal giudice di primo grado.[17]

Questi criteri sembra possano trovare applicazione anche nel caso di specie, atteso che (come si avrà modo di vedere meglio in seguito) i motivi d'appello costituiscono la riproposizione -senza elementi di significativa novità- delle tesi difensive già sottoposte al vaglio del primo giudice, e da quest'ultimo disattese, all'esito di un'analitica disamina del materiale probatorio, con motivazione congrua, coerente con le risultanze processuali, rispondente a criteri di logica e conforme al diritto.

Per tali ragioni, pur ritenendo di non dare applicazione rigorosa a quell'orientamento giurisprudenziale, questa *Corte* reputa pienamente legittimo, ad illustrazione delle ragioni su cui si fonda la presente decisione, richiamare integralmente la motivazione dell'appellata sentenza, in quanto pienamente condivisibile sia sotto il profilo della ricostruzione dei fatti (peraltro non contestati dalla difesa), sia per quanto attiene alle valutazioni ed alle conseguenti conclusioni in punto di sussistenza della prova e di conseguente affermazione della responsabilità dell'Ente: nell'esposizione degli argomenti che sorreggono il convincimento di questo Collegio, quindi, i motivi d'appello saranno esaminati e valutati nella misura in cui sembrano sfuggire a censure di genericità nel senso in precedenza chiarito.

°

Come già cennato, la difesa non contesta l'anomala operatività in strumenti derivati che costituisce il presupposto dell'addebito mosso all'Ente: anzi, la relazione del *CT* della stessa *Banca* fornisce molteplici argomenti a conferma di quelle operazioni e delle anomalie che le caratterizzano; in sostanza, ciò che si contesta è -per un verso- che quelle operazioni siano state trattate in modo scorretto dal punto di vista contabile (e quindi che si sia verificata un'alterazione del bilancio in senso penalmente rilevante), e -per altro verso- che le conseguenze delle operazioni illecite compiute da alcuni dei propri dirigenti siano "riferibili" alla *Banca* delle sotto il profilo dell'"*interesse*" o "*vantaggio*" (atteso che da quelle condotte essa avrebbe tratto solamente un ingente danno, soprattutto sul piano economico).

Gli argomenti sviluppati nell'atto d'appello ad espressa confutazione di quelli addotti dal primo giudice a sostegno delle proprie conclusioni si incentrano sostanzialmente su tre questioni specifiche:

1. l'insussistenza dell'illecito amministrativo:

[17] *Cass., Sez. 6, sent. n. 21873 del 3/3/11 -rv. 250246-; Cass., Sez. 6, sent. n. 27068 del 23/6/11 -rv. 250449-*

(Maiga - est.)

1.1 per mancanza degli elementi costitutivi dei *delitti presupposto*, con particolare riferimento alla *valutazione e trattamento degli strumenti derivati e del connesso rischio di credito, nonché* al conseguente *superamento della soglia quantitativa di rilevanza*, rispetto al reato di *false comunicazioni sociali;*

1.2 per carenza del requisito dell'"*interesse o vantaggio dell'Ente*" rispetto alla perpetrazione di quei delitti da parte dei propri Dirigenti;

2. l'insussistenza di "*profitto*" confiscabile ai sensi dell'*art 19 D. Lgs. 231/01.*

o

Coerentemente con le esposte premesse in tema d'inammissibilità dei motivi d'appello, va subito osservato che la censura di "*intrinseca contraddittorietà*" del "*percorso logico e motivazionale*" rivolta al primo giudice con riferimento ai "*reati presupposto*" di cui agli *art. 185 D.Lgs. 58/98 e 2622, c. 3 c.c.*, è palesemente inammissibile per l'assoluta assenza dei corrispondenti motivi: quell'affermazione, infatti, non è seguita da una più precisa esposizione degli specifici punti che sarebbero tra loro in contrasto, onde quell'assunto non sembra meritevole di replica in questa sede.

Per contro, qualche approfondimento va dedicato alle proposizioni difensive spese a confutazione delle conclusioni raggiunte in sentenza circa le tematiche di cui al precedente *punto 1.1*, segnatamente per quanto concerne il **delitto di cui all'*art. 2622 c.c.***.

A questo proposito, si deve innanzitutto chiarire che è palesemente privo di consistenza l'asserto difensivo secondo cui la quantificazione del *rischio di controparte* fissata dalla sentenza sarebbe inattendibile per il fatto stesso di essere mutuata dalla relazione dei consulenti del *PM* -e dunque promanante dall'accusa, cioè da una parte processuale-: è di tutta evidenza, infatti, che la validità di qualsiasi dato non può essere negata per il solo fatto che promana da una delle parti processuali, così come non si può censurare la decisione del giudice solo perché l'ha recepita, quando la sua fondatezza risulti adeguatamente verificata e motivata.

Una simile conclusione è tanto più valida nel caso di specie, poiché -da un lato- la misura stabilita si basa su dati obiettivi non contestati della difesa, e -dall'altro- quest'ultima non oppone elementi concreti e specifici idonei a dimostrare l'erroneità di quel risultato, ma si limita ad affermare la correttezza del bilancio riproponendo tesi e considerazioni già esposte nel corso del primo giudizio, e puntualmente disattese.

In sintesi, la linea difensiva oggi sostenuta si articola nella seguenti affermazioni:

(Majod - est.)

- la valutazione del *rischio di controparte* nel bilancio di *BANCA ITALEASE* costituisce, tutt'al più, un falso "*qualitativo*", penalmente irrilevante poiché non influisce sul risultato economico di esercizio e sul patrimonio netto;
- comunque, la quantificazione del *rischio di credito* nel bilancio era adeguata, mentre il *valore dei contratti* e l'attività di negoziazione in proprio erano correttamente segnalati e descritti nella *nota integrativa*;
- più specificamente, la valutazione del *rischio di credito*, in particolare, era stata effettuata secondo la metodologia normalmente applicata dalle banche (secondo cui la perdita probabile viene calcolata "*collettivamente, per l'insieme delle posizioni in essere, senza procedere... ad un'analisi dei singoli contratti*" (come invece hanno fatto i consulenti dell'accusa, che hanno operato rettifiche rispetto a *20* posizioni per le quali, all'epoca di approvazione del bilancio -*aprile 2007*-, non esistevano indici sintomatici di anomalia);
- la metodologia seguita dai *CTPM* non può essere condivisa, infine, poiché si fonda solo sulla differenza tra l'importo del credito e il valore del patrimonio netto del debitore.

Le risultanze processuali non confortano alcuna di queste proposizioni.

Innanzitutto, nel caso di specie si è in presenza di un'alterazione di dati di bilancio che si ripercuote sulla quantificazione di *utili* e *perdite*, quindi sulla determinazione del *patrimonio netto*; quanto -poi- alla pretesa correttezza della trattamento contabile degli strumenti finanziari e dell'attività di negoziazione in proprio da parte di *BANCA ITALEASE*, nonché del connesso *rischio di credito*, si tratta di affermazione che va radicalmente disattesa non solo per quanto si legge nelle relazioni degli organismi di vigilanza, ma -ancor prima- alla luce delle iniziative e delle corrispondenti comunicazioni della stessa Banca, che, dopo avere riclassificato quegli importi e modificato il progetto di bilancio approvato dal *CdA* il *16/3/07*, si è premurata di diffondere "*uno specifico comunicato stampa nel quale ha informato di avere proceduto «ad <u>una più puntuale rappresentazione in bilancio degli effetti economici derivanti dalla chiusura anticipata con clientela di alcuni prodotti finanziari derivati su tassi di interesse</u>»*"[18]: con il che si riconosce (in modo neppure troppo criptico) la mancanza di correttezza della rappresentazione di quelle operazioni nel precedente bilancio.

Particolarmente significativi, a questo proposito, sono anche i rilievi critici svolti da *CONSOB*, che -richiamando l'esito delle verifiche svolte dall'*internal audit* della Banca- evidenzia innanzitutto l'inadeguatezza degli strumenti di valutazione del rischio di cui disponeva l'Istituto:

---

[18] *CONSOB, Relazione n.7069522* del *28.7.2007 (fald. 3, fg. 030002 segg.)*

(Malga -est.)

"In particolare, dal Report del 9/1/07 emerge che, a tale data, il sistema applicativo usato dalla banca non era in grado di determinare la valutazione di mercato («mark to market», «MTM») dei contratti derivati con strutture maggiormente complesse, e che le pertinenti informazioni erano trasmesse trimestralmente dalle società prodotto".

Questa considerazione (di per sé bastevole a frustrare ogni pretesa di correttezza delle voci di bilancio concernenti quegli specifici strumenti finanziari) trova corrispondenza negli analoghi rilievi che si rinvengono nel rapporto ispettivo di *BANCA D'ITALIA*:

*"BANCA ITALEASE... ha perseguito una strategia di rapida espansione... che ha favorito, in tempi brevi, ritorni economici... elevati e crescenti... Il significativo sviluppo, tuttavia, è stato perseguito adottando un modello di business sbilanciato verso attività non caratteristiche basato su componenti economiche non replicabili, attuato con prassi sovente discoste da canoni di sana e prudente gestione e permeate da profili di opacità. La descritta evoluzione ha determinato **ingenti rischi non apprezzati** né gestiti **tempestivamente ed efficacemente** dall'azienda, che stanno incidendo in misura significativa e crescente sul patrimonio aziendale (...) l'attività si è sviluppata... **senza** un minimale sistema dei controlli né **il supporto dei necessari strumenti di valutazione dei rischi**, di monitoraggio dell'evoluzione del portafoglio e di «pricing», essenziali anche a fini di dialettica con le controparti finanziarie (...) il presidio del rischio di controparte era minato alla base sia da una **insufficiente conoscenza dell'esposizione complessiva** sia, soprattutto, da disfunzioni nei meccanismi di gestione, quale la **mancata valutazione della sostenibilità dell'esposizione maturata** e la **mancata acquisizione di garanzie**. In proposito, deve essere rilevato che **l'azienda non è stata in grado di valutare, neppure in sede di redazione del bilancio 2006, quegli indicatori che avrebbero dovuto far prevedere le conseguenze poi manifestatesi**. Si fa riferimento, per esempio: all'ammontare raggiunto dall'esposizione sui derivati OTC; alla circostanza che molti clienti già sconfinavano; a quanto rilevato dall'audit nel gennaio del 2007 sui rischi connessi alla dichiarazione di «operatore qualificato»..."*[19]

Infine, sia nella relazione di *CONSOB*, sia nel rapporto ispettivo di *BANCA D'ITALIA* si colgono inequivocabili apprezzamenti sulla scorrettezza del calcolo del "*fair value*" e della rappresentazione in bilancio dell'operatività in derivati, nonché sull'insufficiente stima del

[19] *BdI, Segnalazione del 24/7/07* e allegato *Rapporto Ispettivo ("Ispezione ai sensi del T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia"), fg. 010451 segg.*

(Maiga - est.)

rischio connesso all'utilizzo di quei particolari derivati (con specifico riferimento al *rischio di controparte*):

- "*Codesta Banca negoziava derivati «Over The Counter» (OTC) con la clientela stipulando contestualmente un contratto speculare con le controparti bancarie. Queste ultime riconoscevano una commissione «upfront» alla Banca che, tuttavia, non lo retrocedeva al cliente. La stipula di contratti speculari immunizzava BANCA ITALEASE dai rischi di mercato ma la lasciava esposta al rischio di credito. Al riguardo, nel calcolare il «fair value», il Principio IAS 39 richiede di tener conto, tra l'altro, del rischio di credito definito come il rischio che una delle parti di uno strumento finanziario non adempia a una obbligazione e causi una perdita finanziaria all'altra parte. Nel caso in questione, la Banca, a fronte di un «fair value» positivo dei derivati OTC sottoscritti con la clientela di € 233 milioni circa, ha effettuato accantonamenti per soli €. 8,3 milioni. Inoltre, dalle verifiche svolte sono emersi dei profili di criticità in merito alle modalità di determinazione del rischio di credito. Tale criticità afferiscono all'utilizzo della medesima procedura di «impairment» collettivo impiegata per le attività di leasing, senza effettuare alcuna considerazione relativamente alla tipologia di strumento derivato «speculativo», alla coerenza tra le caratteristiche contrattuali dei derivati e le esigenze finanziarie del cliente nonché alla situazione di solvibilità del cliente in relazione ai potenziali rischi derivanti da tale tipologia di strumenti. Va altresì rilevato che tale criticità è in gran parte imputabile al contesto in cui veniva svolta l'operatività in derivati OTC, caratterizzato da profili di opacità e connotato da gravi anomalie operative. Inoltre, gli amministratori, all'atto dell'approvazione dei bilanci, avevano evidenze tangibili di anomalie e peculiarità emergenti dalle strutture dei derivati e dai rapporti della clientela, tra le quali si ricordano le rilevanti chiusure e ristrutturazioni dei contratti derivati «swap» «not par» operate nel corso del 2006, che avrebbero dovuto essere considerati per la corretta stima del rischio di credito ed il conseguente adeguato accantonamento*";[20]
- "*la rappresentazione di tale operatività* [in strumenti finanziari complessi] *sia all'Organo di Vigilanza sia nella Nota Integrativa al bilancio relativo all'anno 2006 non è stata effettuata correttamente: in particolare gli IRS sono stati segnalati come «plain vanilla» e non sono state evidenziate componenti incorporate come le opzioni «esotiche» o «barrier». La descritta operatività ha generato per ITALEASE rischi di*

[20] *CONSOB, Relazione 26/10/07 cit..*

(Maiga - est.)

controparte e/o finanziari, che, in relazione all'aumento dei tassi di interesse di mercato, hanno contribuito a determinare un repentino crollo delle quotazioni delle azioni di BANCA ITALEASE e il «downgrading» della società (...) ***Il presidio del rischio di controparte -amplificato dall'estrema volatilità dei prodotti sottoscritti, per nulla trasfusa nei parametri utilizzati per commisurare gli affidamenti- è stato compromesso dal mancato approfondimento sulla sostenibilità dell'esposizione maturata in capo agli affidati e dalla mancata acquisizione di garanzie, pur in presenza di un repentino peggioramento del «mark to market»*** *(al 26 giugno 2007 risultavano sconfinati 628 clienti, per un totale di €. 554 mln)."*[21]

Queste osservazioni costituiscono anche un'efficace replica alle affermazioni difensive circa la correttezza della metodologia applicata dalla Banca nella stima del rischio delle posizioni debitorie (operata "collettivamente" anziché con riferimento alle singole posizioni) e l'assenza di indici di anomalia relativamente a queste stesse posizioni all'epoca della redazione del bilancio.

I rilievi critici ora esposti, inoltre, trovano corrispondenza e si completano con le considerazioni svolte dai *CTPM*, i quali, oltre a segnalare la particolare composizione del portafoglio[22], ed a porre in risalto la concentrazione del rischio in un numero relativamente ristretto di clienti[23] (circostanza, quest'ultima, sottolineata anche dal consulente della difesa)[24], così si esprimono:

*"**Le plusvalenze** maturate nel tempo sui contratti derivati aventi valore positivo per BANCA ITALEASE **sono confluite in una voce attiva di bilancio pari a 225 mln**. In concreto la Banca ha fissato il «fair value» dei derivati verso i clienti «retail» semplicemente ribaltando il valore dei derivati speculari che le banche d'affari comunicavano periodicamente. **La banca non era attrezzata per valutare derivati strutturati e complessi su cui era concentrata gran parte della sua operatività. L'assenza di strumenti di valutazione adeguati non permetteva a BANCA ITALEASE di valutare in***

---

[21] *BdI, Rapporto cit.*

[22] *"Il portafoglio di negoziazione... era composto solo da derivati finanziari. Oltre ai derivati verso clienti «retail» vi erano sia quei contratti con controparti bancarie aventi valore positivo, sia altri contratti composti da derivati scorporati da strumenti finanziari strutturati... E derivati di copertura gestionale" (Rel. CTPM 6/3/08 cit, fg. 140921)*

[23] *"Il valore positivo dei derivati iscritte in bilancio, in particolare il «fair value» relativo ai derivati verso controparti «retail» (225 mln) rappresenta l'esposizione di BANCA ITALEASE al rischio di controparte verso clientela al 31/12/06... L'esposizione verso controparti «retail» era molto concentrata. Infatti i primi 20 clienti rappresentavano circa il 64% del rischio in discorso: 150 mln su 233,3 mln" (Rel. CTPM 6/3/08 cit, fg.140921).*

[24] *"L'attività in derivati ha generato al 30 giugno 2007 un risultato netto negativo di oltre € 665 milioni. Le enormi perdite causate da questa operatività in derivati sono per oltre il 50% dovute ai contratti conclusi con appena 12 clienti." (Rel. CTDif. cit. pag. 188 segg.)*

(Maiorg. est.)

che termini modifiche delle variabili di mercato potessero incidere sull'esposizione in derivati, e quindi sul rischio di controparte al quale era esposta. Allo stesso modo, ovviamente, la Banca non effettuava calibrazione ipoteche di efficacia di modelli di valutazione. La stima del rischio di controparte è avvenuto impiegando le PD («probability of default») prodotte dal sistema interno di «rating» oppure parametri che approssimano PD nonché LGD («loss given default») calcolate secondo procedimenti statistici... Questa procedura ha condotto a una quantificazione della rischio di controparte pari a 8,3 mln. Di seguito si illustrano le motivazioni che fanno ritenere ***largamente insufficiente la quantificazione condotta, tra l'altro, sulla base di procedure del tutto inadeguate*** *a gestire un rischio di controparte relativo ad un'esposizione in derivati che, negli anni, è cresciuta in maniera esponenziale.* ***Il processo valutativo non può non essere tanto più accurato quanto più rilevante, per entità e aspetti critici, sia il fenomeno da valutare.*** *E, indubbiamente, i «mark to market» positivi per la banca, a carico dei clienti, presentavano* ***peculiarità significative e addirittura allarmanti.*** *Si citano, in particolare, la crescita dell'aggregato, che evidenziava ben più che una fisiologica lievitazione (più 100% dal 2005 al 2006), nonché,* ***proprio attorno alla chiusura dell'esercizio 2006, due pesanti campanelli d'allarme: uno sistemico, come l'aumento rilevante dei tassi di interesse (quelli a tre mesi, tra l'inizio della fine del 2006, sono aumentati di quasi il 50% passando dal 2,5% al 3,7%), l'altro endogeno, costituito dall'emergere delle carenze organizzative del settore, segnatamente in termini di strumenti informativi e di strutture di controllo, nonché di specifiche anomalie comportamentali*** *(compensazioni che hanno portato all'aggiustamento di bilancio 2006, limitato peraltro ai casi specifici emersi).* ***Nonostante ciò, neppure un controllo elementare della recuperabilità dei più vistosi «mark to market» sembra essere stato fatto.*** *Invero sarebbe stato sufficiente porre attenzione, pur senza particolari approfondimenti, all'elenco dei maggiori «mark to market» (pur disponibile in azienda) e riscontrarne banalmente una almeno teorica recuperabilità sulla base del fido deliberato e della consistenza patrimoniale e della capacità reddituale dei clienti interessati secondo quanto già noto alla banca (...) In effetti... si è constatato che* ***una ricognizione sui primi 20 clienti verso i quali BANCA ITALEASE era esposta per contratti derivati con «mark to market» negativi per il cliente (tutti superiori a 2 mln)*** *-scevra di complessi tecnicismi ed effettuabile in poco*

(Maiga - est.)

tempo, sulla base di informazioni agevolmente disponibili- ***avrebbe consentito di rilevare l'ampia irrecuperabilità di tali valori (62,4 mln su un totale di 150,6 mln)***".[25]

Né si può dimenticare che, secondo i rilievi di *BANCA D'ITALIA*, l'"*attività in derivati con la clientela*" costituisce certamente uno dei "*preminenti fattori di rischio che gravano sulle diverse aree di operatività*", ma non sono gli unici, poiché accanto ad essi vengano individuati anche:

- l'"*attività della partecipata IGB*", la cui "*redditività è stata sostenuta da BANCA ITALEASE anche tramite il finanziamento di un'operatività... svolta con modalità anomale...*";
- l'"*erogazione del credito*", nell'ambito di una "*aggressiva politica di espansione del portafoglio crediti... realizzata in gran parte con finanziamenti in leasing di rilevanti operazioni di investimento immobiliare (circa il 75% del totale «avviato» del biennio), sovente senza il presidio di adeguate fonti certe di rimborso*";
- l'adozione di un "*modello commerciale*" fondato sul "*determinante apporto di un singolo mediatore (gruppo JOB s.r.l. - CARONTE s.r.l.) senza che sia stato predisposto un adeguato sistema di controllo sull'attività prestata*".

Dunque, è alla luce di queste premesse, e con riferimento al complesso di tutti questi aspetti che devono essere lette le osservazioni dell'organo di vigilanza, nella parte in cui tratta della quantificazione delle perdite e della congruità delle rettifiche da apportare in bilancio (senza tacere difficoltà e problemi insiti in una simile operazione):

"*...la quantificazione delle perdite si presenta oggettivamente difficoltosa con riferimento alla realizzabilità del credito verso i clienti per transazioni in derivati valutate al mercato (€ 753 mln al 26.6.07 contro € 233 mln al 31.12.06). Si aggiunga l'insieme dei rischi, anche legali, connessi alle esposizioni ad andamento anomalo nei confronti dei gruppi «COPPOLA», «PROMAR» E «RENAR INVESTMENT FUND», ascendenti a livello di gruppo creditizio a complessivi € 393 mln al 31.5.07.* ***Il potenziale impatto del coacervo di tali rischi (€ 1.146 mln) viene pertanto a incidere sul patrimonio di base consolidato****, comportando un deficit consistente rispetto al requisito minimo dell'8%, tenuto conto della ridotta eccedenza (circa € 150 mln) in essere al 31.3.07 al lordo dei ripetuti rischi. Al fine di procedere a una stima di siffatta esigenza di ristoro, deve comunque considerarsi:*

- *da un lato, l'incremento del credito su operazioni in derivati repentinamente accumulatosi nel primo semestre 2007 (oltre € 500 mln a valori di mercato, in gran parte in supero*

[25] *Rel. CTPM 6/3/08 cit, fg.140926*

(Maiorano est.)

degli affidamenti) nonché le scarne prospettive sin qui materializzatesi di ottenere recuperi dalla clientela in percentuale superiore al 30%-40% del totale vantato, con una perdita attesa anch'essa attorno ai 500 milioni di €.;

- *dall'altro, la necessità di effettuare rettifiche prudenziali a fronte delle richiamate esposizioni COPPOLA, PROMAR E RENAR INVESTMENT FUND in base a un'aliquota convenzionale non inferiore al 15% (€ 60 mln in valore assoluto)."*

In definitiva, l'insufficienza della quantificazione del *rischio di controparte* nella misura di *8,3 mln* indicata nel bilancio al *31/12/06* di *BANCA ITALEASE* è provata -al di là di ogni ragionevole dubbio- sulla base delle molteplici e convergenti indicazioni provenienti dagli ispettori di *CONSOB* e *BANCA D'ITALIA*, nonché dai consulenti dell'accusa, ("*le plusvalenze maturate nel tempo sui contratti derivati aventi valore positivo per BANCA ITALEASE sono confluite in una voce attiva di bilancio pari a 225 mln. In concreto la banca ha fissato il «fair value» dei derivati verso i clienti «retail» semplicemente ribaltando il valore dei derivati speculari che le banche d'affari comunicavano periodicamente. La banca non era attrezzata per valutare derivati strutturati e complessi su cui era concentrata gran parte della sua operatività. L'assenza di strumenti di valutazione adeguati non permetteva a BANCA ITALEASE di valutare in che termini modifiche delle variabili di mercato potessero incidere sull'esposizione in derivati, e quindi sul rischio di controparte al quale era esposta. Allo stesso modo, ovviamente, la banca non effettuava calibrazione ipoteche di efficacia di modelli di valutazione*"[26]), ai quali si devono aggiungere i conformi rilievi formulati dal *Tribunale di Milano/Sez. VIII Civile* nella già ricordata sentenza con cui ha stata annullato la delibera di approvazione del *bilancio di esercizio al 31/12/06* (e del *bilancio consolidato di gruppo* correlato): nella motivazione di questa sentenza, infatti, il *Tribunale* conferma che quel bilancio era redatto in violazione dei canoni di verità e chiarezza stabiliti nell'*art. 2423, c.2, c.c.*, che il criterio adottato per esporre l'operatività in derivati era radicalmente inadeguato, e che la procedura di valutazione collettiva dei crediti era ugualmente inadatta ad esprimere il *rischio di controparte*.

Relativamente alla quantificazione dell'effettiva incidenza di quel rischio ed all'individuazione del valore da ritenersi congruo, in assenza di attendibili soluzioni alternative, quella effettuata dal *CTPM* deve essere senz'altro condivisa -con identica assenza di ragionevoli dubbi- per il carattere assolutamente prudenziale della stima proposta; quel calcolo, infatti, prende in considerazione solamente l'esposizione debitoria relativa ai *20*

[26] *Rel. CTPM 6/3/08 cit, fg.140925.*

(Malga est.)

clienti principali (pari a "*circa il 64% del rischio complessivo*"[27]: dunque neppure l'intera situazione di rischio): anche a questo proposito appare corretto quanto affermato dai *CTPM* circa il "***valore complessivo** ancora modesto*" **della perdita stimata** "***rispetto a quella successivamente maturata** (svalutazione complessiva risultante dalla semestrale 2007 pari a 847 mln su 920 mln; **svalutazione sugli stessi 20 clienti: circa 431 su 469**) a seguito dell'impatto devastante dell'evoluzione dei contratti*".

Sulla scorta delle indicazioni degli organi ispettivi e dei *CTPM* (attendibili -come detto- perché tra loro convergenti, coerenti e non contraddittorie, e per l'assenza di valida confutazione) ad avviso di questa *Corte* può ritenersi pienamente provato anche l'avvenuto superamento delle soglie quantitativa di rilevanza penale del falso stabilita dall'*art. 2621 c.c.* (con riferimento ad entrambi i profili previsti in detto articolo).[28]

o

Poiché per quanto concerne gli altri delitti presupposto (***manipolazione del mercato*** e ***false informazioni all'autorità di vigilanza***) la difesa non propone nuovi argomenti, anche in questa sede si può rinviare a quanto fin qui detto, e richiamare integralmente le motivazioni della prima sentenza, cui questa *Corte* ritiene di aderire perché immuni da censure, in quanto coerenti con le risultanze processuali, rispondenti a criteri di logica e conformi al diritto.

o

Riguardo alla tematica dell'"***interesse o vantaggio***", il raffronto tra gli argomenti di censura sviluppati nell'atto introduttivo del presente giudizio e la motivazione dell'appellata sentenza rende ancor più evidente la genericità dei motivi d'appello, nel senso precisato nell'esordio della presente esposizione[29]: ad ogni buon conto, alla tesi difensiva possono validamente contrapporsi ulteriori considerazioni.

---

[27]-*Rel. CTPM 6/3/08 cit, fg.140921.*

[28] Variazione del *risultato economico d'esercizio al lordo delle imposte* superiore al *5%*: (*utile dell'operatività corrente al lordo dell'imposte indicato in €. 166.031.169 in luogo di €. 103.600.000*); variazione del *patrimonio netto* superiore all'*1%* (*attività finanziarie detenute per la negoziazione indicate in €.455.149.111 in luogo di €. 393.000.000*).

[29] "*La difesa ha... dedotto la insussistenza dell'interesse o del vantaggio di BANCA ITALEASE S.p.A. nelle predette condotte delittuose, in quanto le stesse sarebbero state commesse nell'interesse esclusivo dei propri autori. Nell'ambito del distinto procedimento penale N. 23069/08 R.G.N.R. N. 7248/08 R.G. G.I.P. è stato, infatti, contestato a Massimo FAENZA ed ad alcuni componenti del management di BANCA ITALEASE di aver costituito una associazione a delinquere finalizzata alla commissione di plurimi delitti di appropriazione indebita e, segnatamente, di aver creato una vera e propria «banca nella banca» al fine di esercitare una gestione occulta e parallela della banca medesima finalizzata all'esclusivo perseguimento dei soli interessi personali ed illeciti dei suoi compartecipi. Secondo la difesa, pertanto, «a fronte di una situazione siffatta, nella quale BANCA*

(Maiga, est.)

Da più parti si è discusso della discrepanza che il testo normativo presenta nella definizione dei criteri d'imputazione dell'illecito all'Ente, laddove -dapprima- parla di "*interesse o... vantaggio*" (*art. 5 D. Lgs. 231/01*), ma -poi- nell'*art. 25* menziona solamente il profilo del "*vantaggio*".

Mentre alcuni commentatori hanno sostenuto che nel primo degli articoli citati il termine "*vantaggio*" avrebbe carattere sostanzialmente pleonastico (individuandosi il vero criterio selettivo nel solo "*interesse*"), secondo l'interpretazione della giurisprudenza di legittimità nella duplice indicazione dell'*art. 5* non può ravvisarsi un'endiadi, poiché i due termini hanno riguardo a concetti giuridicamente diversi, e potendosi distinguere un interesse "*a monte*" per effetto di un indebito arricchimento -prefigurato e magari non realizzato-, in conseguenza dell'illecito, da un vantaggio obbiettivamente conseguito con la commissione del reato, seppure non prospettato "*ex ante*", sicché l'interesse ed il vantaggio sono in concorso reale[30]: quest'ultima tesi sembra preferibile, in quanto più aderente al dettato normativo e più coerente con l'intenzione del legislatore, espressa nella *Relazione* alla legge.[31]

In ogni caso, il discorso sul meccanismo d'imputazione dell'illecito all'ente non può andare disgiunto dal riferimento all'istituto del *modello di organizzazione*, introdotto con l'*art. 6* della stessa legge; con quest'ultima disposizione, in aggiunta all'ipotesi di esenzione di responsabilità dell'Ente nel caso in cui i soggetti in posizione apicale (o i loro sottoposti) abbiano "*agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi*" (*art. 5, c.2*), si stabilisce che l'Ente non risponde dei reati commessi dai dirigenti se:

"*a) <u>l'organo 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;</u>*

ITALEASE è stata pure già qualificata come persona offesa e danneggiata dal reato ed ammessa alla costituzione di parte civile, pare davvero impossibile poter comprendere come la stessa Banca possa... assumere la veste di «coimputata» con quegli stessi soggetti che l'hanno danneggiata e che sono chiamati a risponderne in un giudizio separato ma collegato». Tali doglianze devono essere disattese in quanto integralmente infondate" (sent. pagg. 40/41).

[30] *Cass., Sez. 2, sent. n. 3615 del 20/12/05 -rv. 232957-*

[31] La sentenza da ultimo citata così motiva: "*Al riguardo si osserva... che, secondo la Relazione alla legge, l'interesse, quanto meno concorrente, della società va valutato «ex ante»; mentre il vantaggio richiede una verifica «ex post». Non sembra quindi da condividere la definizione di endiadi attribuita da parte della dottrina alla locuzione: che diluirebbe, così, in più parole un concetto unitario. A prescindere dalla sottigliezza grammaticale che tale figura retorica richiederebbe la congiunzione copulativa «e» tra le parole interesse e vantaggio, e non la congiunzione disgiuntiva «o» presente invece nella norma, non può sfuggire che i due vocaboli esprimono concetti giuridicamente diversi: potendosi distinguere un interesse «a monte» della società ad una locupletazione -prefigurata, pur se di fatto, eventualmente, non più realizzata- in conseguenza dell'illecito, rispetto ad un vantaggio obbiettivamente conseguito all'esito del reato, perfino se non espressamente divisato «ex ante» dall'agente*".

(Maiga est.)

b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento è stato affidato a 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)".

In sostanza, come chiarito dalla giurisprudenza di legittimità, "*la sussistenza dell'interesse (considerato dal punto di vista soggettivo) o del vantaggio (considerato dal punto di vista oggettivo) è sufficiente all'integrazione della responsabilità fino a quando sussiste l'immedesimazione organica tra dirigente apicale ed ente*".

Ad eccezione delle ipotesi in cui il reato è commesso dal singolo *"nell'interesse esclusivo proprio o di terzi"* (cioè quando viene meno il rapporto di immedesimazione organica), l'Ente potrà andare esente da responsabilità solo laddove fornisca prova di avere adottato ed attuato le misure necessarie per impedire la commissione di quello specifico reato: questo meccanismo di inversione dell'onere della prova comporta che la mancata adozione di un idoneo modello organizzativo "*in presenza dei presupposti oggettivi e soggettivi sopra indicati (reato commesso nell'interesse o vantaggio della società e posizione apicale dell'autore del reato) è sufficiente costituire quella «rimproverabilità» di cui alla Relazione ministeriale al decreto legislativo e ad integrare la fattispecie sanzionatoria, costituita dall'omissione delle previste doverose cautele organizzative e gestionali idonee a prevenire talune tipologie criminose... In conclusione... **l'ente che abbia omesso di adottare e attuare il modello organizzativo e gestionale non risponde per il reato** (rientrante tra quelli elencati negli artt. 24 e 26), **commesso dal suo esponente in posizione apicale soltanto nell'ipotesi di cui al D.Lgs. cit., art. 5, c. 2**".*[32]

Applicando questi criteri alla fattispecie in esame si rileva quanto segue:

---

[32] *Cass., Sez. 6, sent. n. 36083 del 9/7/09 -rv.244256-*; a proposito dell'inversione dell'onere della prova e della c.d. "*colpa di organizzazione*" v. anche *Cass., Sez. 6, sent. n. 27735 del 18/2/10 -rv. 247665-*: "*il riscontro di un tale deficit organizzativo consente una piana e agevole imputazione all'ente dell'illecito penale realizzato nel suo ambito operativo. Grava sull'Accusa l'onere di dimostrare l'esistenza e l'accertamento dell'illecito penale in capo alla persona fisica inserita nella compagine organizzativa della «societas» e che abbia agito nell'interesse di questa; tale accertata responsabilità si estende «per rimbalzo» dall'individuo all'ente collettivo, nel senso che vanno individuati precisi canali che colleghino teleologicamente l'azione dell'uno all'interesse dell'altro e, quindi, gli elementi indicativi della colpa di organizzazione dell'ente, che rendono autonoma la responsabilità del medesimo.*

(Maiga - est.)

I. quanto al profilo del ***vantaggio*** *BANCA ITALEASE* ha tratto -quanto meno per tutto il *2006* e i primi mesi del *2007*- innegabili e rilevanti vantaggi (sia di natura economica, sia sotto il profilo reputazionale)[33] dai delitti commessi dai propri dirigenti, individuati in modo concorde e inequivoco nelle relazioni redatte degli organi di vigilanza:

I.1 nel rapporto ispettivo di *BANCA D'ITALIA* si legge[34] -tra l'altro-: "*nell'ultimo triennio la banca ha radicalmente modificato la propria attività -riconvertendosi da società di leasing, dipendente dalla rete delle popolari socie, a banca multiprodotto e multicanale- senza realizzare un adeguamento delle strutture, soprattutto con riferimento all'assetto informativo-contabile, all'area finanza e al «risk management». L'attività della ITALEASE, improntata al perseguimento di ambiziosi obiettivi reddituali, ha quindi sovente travalicato i limiti della sana e prudente gestione (...) BANCA ITALEASE -individualmente e in qualità di capogruppo- ha perseguito una strategia di rapida espansione, diversificazione dei canali distributivi e delle attività, acquisizione di società, che ha favorito, in tempi brevi,* ***ritorni economici tanto elevati e crescenti*** *(ROE 2006: 18% l'individuale e 24,3% il consolidato)* ***da indurre repentini progressi del valore del proprio titolo e della conseguente appetibilità sul mercato (+564% dalla quotazione al 16.4.07****, data di approvazione del bilancio 2006),* ***nonché da favorire incrementi della dotazione patrimoniale e del correlato potenziale di crescita, attraverso il ricorso al mercato dei capitali*** *(emissioni azionarie per € 440 mln, di cui € 300 mln nel febbraio 2007; prestiti subordinati per € 275 mln). Il significativo sviluppo, tuttavia, è stato perseguito adottando un modello di business sbilanciato verso attività non caratteristiche basato su componenti economiche non replicabili, attuato con prassi sovente discoste da canoni di sana e prudente gestione e permeate da profili di opacità. La descritta evoluzione ha determinato ingenti rischi non apprezzati né gestiti tempestivamente ed efficacemente dall'azienda, che stanno incidendo in misura significativa e crescente sul patrimonio aziendale*":

---

[33] A questo proposito giova ricordare quanto affermato da *Cass., S.U,, sent. n. 26654 del 27/3/08 -rv. 239924-*: "*Il profitto di rilevante entità richiamato nell'art. 13 (ma anche nell'art. 16, art. 24, comma 2, art. 25, comma 3, art. 25 ter, comma 2, art. 25 sexies, comma 2)...* ***evoca un concetto di profitto «dinamico», che è rapportato alla natura e al volume dell'attività d'impresa e*** *ricomprende vantaggi economici anche non immediati (cfr. Cass. sez. 6^ 23/6/2006 n. 32627, La Fiorita)* ***ma, per così dire, di prospettiva in relazione alla posizione di privilegio che l'ente collettivo può acquisire sul mercato in conseguenza delle condotte illecite poste in essere dai suoi organi apicali*** *o da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di questi.*"

[34] *BdI, nota n. 729133 del 24/7/07 (fald. 1, fg. 10451 segg.)*

(Maiga - est.)

I.2 gli ispettori di *CONSOB*, per la loro parte, così si esprimono[35]: "*Andamento della società nel corso del 2006 e primo trimestre 2007.* - ***Nel corso dell'esercizio 2006 e nel primo trimestre 2007 la Banca ha realizzato una significativa crescita e ha conseguito, relativamente all'attività di leasing, una notevole quota del mercato*** *che la conferma primo operatore del settore in Italia. Nell'**Allegato 2**[36] è*

[35] *Relazione* del *28.7.2007, cit.(Fald. 3, fg. 030030 segg.)*

[36] "**Allegato 2 - Dati patrimoniali ed economici (2005-2007) del Gruppo Italease**
(migliaia di €.)

Voce Bilancio	31/12/2005	31/12/2006	31/03/2007
Attività finanziarie detenute per la Negoziazione	247.492	455.302	384.214
Crediti verso la Clientela	12.737.225	20.366.017	21.256.491
Totale attivo	15.663.729	24.023.586	24.498.538
Debiti verso banche	4.166.464	7.446.436	4.443.901
Debiti verso clientele	5.193.869	6.404.946	7.022.916
Titoli in circolazione	5.115.206	8.086.777	10.582.365
Passività finanziarie di negoziazione	258.007	458.694	387.522
Patrimonio netto consolidato di pertinenza (incluso utile di esercizio)	678.905	1.146.241	1.495.743
Utile di esercizio di pertinenza	97.416	178.236	54.076
Margine di interesse	186.134	247.035	83.557
Commissioni nette	142.191	233.401	54.737
Margine di Intermediazione	330.998	457.970	138.393
Risultato netto della gestione finanziaria	269.659	406.419	121.608
Costi operative	111.922	127.021	35.807
Utile dell'operatività corrente al lordo delle imposte	167.040	299.946	85.941
Utile di esercizio di pertinenza	97.416	178.236	54.076

Nel 2006 il Gruppo BANCA ITALEASE ha conseguito un utile netto di 178,2 milioni di €., in crescita dell'83% rispetto ai 97,4 milioni di €. del 2005 *proforma. L'utile al lordo delle imposte è di 299,9 milioni di €., in crescita del 79,6% rispetto ai 167 milioni di €. del 2005. Tale incremento è da attribuire interamente alla gestione ordinaria, contrassegnata da un significativo aumento delle attività caratteristiche del Gruppo (...) Le rettifiche di valore nette su crediti sono state pari a 51,6 milioni di €.; il costo del rischio, calcolato sugli impieghi medi, risulta quindi pari allo 0,38% (...) Inoltre,* ***nel 2006, sono stati riconosciuti ai dipendenti 8,1 milioni di €. complessivi, a fronte dei risultati conseguiti in base al sistema incentivante aziendale*** *(...) Al 31 dicembre 2006 il totale attivo è stato pari a 24.024 milioni di €., in crescita del 53,4% rispetto ai 15.664 milioni di €. del 2005. Il patrimonio netto del Gruppo, comprensivo dell'utile di esercizio, ammonta a 1.146 milioni di €., in aumento del 68,8% rispetto ai 678,9 milioni di €. del 2005. (...)* ***Nei primi tre mesi del 2007 l'utile netto del Gruppo BANCA ITALEASE è pari a 54,1 milioni di €., in aumento del 34,4% rispetto ai risultati al 31 marzo 2006*** *pro forma. La crescita dell'utile netto è da attribuire alla gestione ordinaria, contrassegnata da un significativo aumento dei crediti verso la clientela, che nel primo trimestre hanno superato i 21.256 milioni di €., in crescita del 4,4% rispetto al 31.12.2006. Il margine di intermediazione del Gruppo ha raggiunto i 138,4 milioni di €., in crescita del 17,3% rispetto allo stesso periodo del 2006 (risultato proforma) quale risultato combinato*

(Maiga - est.)

riportata una descrizione dei principali dati economici e patrimoniali della Società alla data del 31/12/05, 31/12/06 e al 31/12/07. Al riguardo è da sottolineare come ***l'operatività connessa all'area derivati abbia comportato un rilevante effetto positivo sui margini della Banca****. Come illustrato nell'**Allegato 3**[37], **il risultato riveniente dall'operatività in derivati rappresenta al 31 dicembre 2006 il 27,3% del risultato netto della gestione finanziaria (24,3% al 31 dicembre 2005)**":*

II. riguardo al ***modello organizzativo***, all'epoca dei fatti (dunque a quattro anni di distanza dall'entrata in vigore del *D.Lgs. 231/01*) *BANCA ITALEASE* non solo non aveva adottato né attuato alcun modello organizzativo utile ad impedire la commissione dei reati in parola da parte dei propri funzionari di vertice, ma -anzi- la sua organizzazione interna era tale da favorire situazioni illecite, poiché, oltre a non disporre di strumenti adeguati per la valutazione dei "*derivati strutturati e complessi su cui era concentrata gran parte della sua operatività*", la struttura presentava plurime e gravi carenze, anche (e soprattutto) ai livelli di vertice della *governance* e nel sistema dei controlli, puntualmente individuate ed efficacemente descritte nel rapporto ispettivo di *BANCA D'ITALIA*, in cui si osserva che "*le criticità sopra riportate si inquadrano in un* ***contesto caratterizzato da un sistema di***

---

di una crescita sostenuta del margine di interesse, di 83,6 milioni di €. (+30,6%) e di un miglioramento delle commissioni nette, pari a 54,7 milioni di €. (+10,8%). (...) ***Al 31 marzo 2007*** *il totale attivo è stato pari a 24.499 milioni di €. (+ 2% rispetto al 31.12.2006), mentre il patrimonio netto del Gruppo, comprensivo dell'utile di esercizio, ammonta a 1.496 milioni di €., in aumento del 30,5% rispetto alla fine del 2006; tale aumento è in larga parte dovuto all'aumento di capitale sociale di circa 299 milioni di €., integralmente sottoscritto e conclusosi lo scorso febbraio 2007, a sostegno della strategia di sviluppo del Gruppo*"

[37] "**Allegato 3 - *BANCA ITALEASE - Bilancio consolidato***

Flussi economici relativi all'attività su strumenti finanziari di negoziazione

(migliaia di €.)		2006	2005	Variazioni %
Flussi derivanti dall'attività in derivati				
Commissioni attive		*185.110*	*86.623*	*+ 113,7*
Commissioni passive		*(41.357)*	*(25.711)*	*+ 60,8*
Saldo netto commissionale		*143.753*	*60.912*	*+ 136,0*
Risultato della negoziazione		*(24.671)*	*661*	
Proventi netti su derivati	(A)	*119.082*	*61.573*	*+ 93,4*
Margine di intermediazione	(B)	457.970	311.211	+ 47,2
Proventi netti su derivati/ margine intermediazione	(A)/(B)	26%	19,8%	
Rettifiche per rischio di controparte		8.300	==	
Risultato netto dell'attività in derivati di neoziazione	(C)	*110.782*	*61.573*	*+79,9*
Risultato netto della gestione Finanziaria	(D)	406.419	252.993	+ 60,6
Risultato netto derivati/ Risultato netto gest. finanziaria	(C)/(D)	27,3%	24,3%"	

(Maiga - est.)

*«governance» nel quale, sul piano fattuale, **ruoli e responsabilità degli organi coinvolti nella gestione non sono risultati chiaramente definiti**. È mancato poi un valido sistema di contrappesi, come dimostrato, in primo luogo, dalle **carenze e dall'inefficacia dell'azione del Collegio Sindacale**, testimoniate dalle numerose e rilevanti anomalie riscontrate in sede ispettiva. **I processi operativi sono stati inadeguatamente regolamentati e basati su un sistema informativo-contabile non in grado di garantire valido presidio per la correttezza delle scritture, insufficienze non fatto oggetto di rilievi da parte della società di revisione. I controlli dell'«internal auditing» hanno svolto, nei fatti un ruolo del tutto marginale** (...) **L'attività si è sviluppata**, oltre che **in assenza di una chiara definizione delle responsabilità dei soggetti coinvolti, senza una minimale sistema dei controlli né il supporto dei necessari strumenti di valutazione dei rischi, di monitoraggio dell'evoluzione del portafoglio e di «pricing»**, essenziali anche a fini di dialettica con le controparti finanziarie, considerata la complessità dei prodotti intermediati..."*[38]

Il fatto che, in un simile situazione di "*opacità del contesto operativo*"[39], gli altri componenti della *governance* della Banca (forse "distratti" dalle inusuali *performances* del titolo, e dalle loro inopinate ripercussioni positive sulle proprie posizioni personali -soprattutto nel lato economico-) siano rimasti immuni da conseguenze sul piano penale è circostanza affatto irrilevante sul piano probatorio, trattandosi di scelta discrezionale dell'organo dell'accusa che non compete a questa *Corte* valutare.

Per contro, proprio lo straordinario aumento di valore del titolo (sia in misura percentuale, sia in relazione al breve arco di tempo in cui si è prodotto) e la posizione di *leader* di mercato nel settore del *leasing* (raggiunta grazie all'anomala operatività in derivati), costituiscono dati di fatto inequivocabilmente sintomatici di una comunione di interessi tra i dirigenti "infedeli" e l'ente.

Anche a questo proposito, ponendosi in un'ottica di prognosi postuma, questa *Corte* ritiene che le conclusioni del primo giudice siano validamente ed esaustivamente motivate:

- ✓ con il riferimento alle dichiarazioni di *FERRARIS*, laddove afferma che l'infedele rappresentazione nei bilanci dell'operatività in derivati era frutto di un precisa scelta volta a giustificare gli elevati livelli di redditività della Banca non corrispondenti alla situazione reale, e che le inveritiere comunicazioni al mercato sulla destinazione di quei

[38] *Rapporto ispettivo, cit., fg.010463 segg.*
[39] L'espressione è mutuata dal *Rapporto Ispettivo* di *BdI*

(Maiga - est.)

particolari prodotti ("*di copertura come servizio ai clienti del «leasing»*") erano volte a fornire "*un'immagine rassicurante al mercato*";

- ✓ in ragione della diffusione di false notizie in ordine alla redditività della società;
- ✓ mediante il richiamo alle dichiarazioni di *GOLDONI* sull'incentivazione "*ossessiva*" dell'operatività in derivati "*attraverso l'indicazione di obiettivi esasperati e ambiziosissimi*" (circostanza che trova conferma nei rilievi di *CONSOB* circa l'ammontare dei premi corrisposti al personale nel corso del *2006*);[40]
- ✓ attraverso il recepimento delle considerazioni svolte dai consulenti della *Pubblica Accusa* in ordine alla finalità delle ristrutturazioni ("*sembra evidente che la finalità delle ristrutturazioni fosse quella di generare «up-front» positivi e quindi redditività per la banca e, nel contempo, di gestire la posizione negativa del cliente rimandando il momento di una sua eventuale presa di coscienza*"), a loro volta suffragate dai corrispondenti rilievi del *CT* della difesa ("*l'inusuale ricorso a contratti «not par» è presumibilmente servito a generare elevati «up front» necessari da un lato ad incrementare i ricavi della banca e dall'altro a creare le condizioni per pagare le enormi commissioni ai procacciatori*").

A questi rilievi si può aggiungere, poi, che la valutazione dell'anomala operatività in derivati non può prescindere dal riferimento alle condotte illecite ad essa strumentali, cioè alla sistematica diffusione delle *false informazioni al mercato* sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria della *Banca* (non avente scopo diverso dall'alterazione del corso del titolo, attraverso la costante enfatizzazione dell'incremento di ricavi ed utili), e all'*ostacolo alle funzioni di vigilanza* (essendo la dissimulazione delle gravi irregolarità indispensabile per proseguire l'attività): solo una visione complessiva di tutte quelle modalità operative consente di coglierne le reciproche connessioni, la logica di coordinamento e la natura strumentale rispetto ad un unico scopo, che si identifica nel "*vantaggio*" comune a tutti i soggetti coinvolti (nella misura quello dei singoli è strettamente legato a quello dell'Ente).

A fronte di tutto ciò, il fatto che i principali artefici dell'attività delittuosa in esame avessero dato vita ad un'associazione criminosa avente tra i suoi obiettivi l'arricchimento personale a danno della società non è suscettibile di indurre a differenti conclusioni.

A questo proposito non si può fare a meno di rilevare che la difesa afferma che l'esistenza di quel sodalizio criminale "*è stata processualmente accertata*", facendo riferimento all sentenza del *Tribunale di Milano/Sez. 4°*, del *21/10/10*, che individua in *Massimo FAENZA* uno dei promotori, e in *BANCA ITALEASE* uno dei soggetti danneggiati: tale pronuncia,

[40] *Relazione* del *28.7.2007 - Allegato 2, cit.*

(Malga est.)

peraltro -come la stessa difesa riconosce- non ha carattere definitivo, onde non può ritenersi utilizzabile ai fini della prova.

Peraltro, anche dando per pacifica l'esistenza di un *sodalizio criminale* avente quelle caratteristiche e quegli scopi (tra i quali, in particolare, la commissione di reati di *appropriazione indebita* delle ingenti provvigioni corrisposte ad alcuni mediatori per un'attività di intermediazione inesistente), e senza voler negare il "danno finale" subito dall'Istituto in conseguenza delle vicende illecite qui indagate, resta il fatto che quel danno non fa venir meno tutti i benefici di cui in precedenza il medesimo ente aveva potuto godere (sia sul piano economico, sia su quello reputazionale e dell'immagine) per effetto degli illeciti che costituiscono l'oggetto del presente processo: né l'esistenza di quell'associazione criminosa potrebbe costituire circostanza idonea ad impedire l'imputazione all'Ente di quei benefici e vantaggi, secondo la prospettazione difensiva.

Come già osservato dal primo giudice, la complessiva vicenda illecita si compone di due versanti tra loro affatto indipendenti: infatti, il reato associativo e le condotte di indebita appropriazione in danno della Banca (reati-fine dell'associazione), non presentano profili di connessione con i le violazioni della normativa societaria e finanziaria che costituiscono il presupposto dell'illecito contestato all'ente (cioè i delitti di *false comunicazioni sociali*, *aggiotaggio* ed *ostacolo all'autorità di vigilanza*), se non in termini di semplice occasionalità, come si può desumere anche dalla solo parziale coincidenza tra gli appartenenti a quel sodalizio e gli autori dei reati qui esaminati.

Per tutte queste ragioni, nella fattispecie si deve escludere la possibilità di ravvisare gli estremi dell'ipotesi di esenzione di responsabilità dell'Ente ai sensi dell'*art. 5, c.2 D.Lgs 231/01*.

o

Resta da trattare il punto concernente la ***confisca*** ai sensi dell'*art. 19 D.Lgs. 231/01*, e -con essa- la tematica del ***profitto del delitto presupposto di cui all'art. 2622 c.c.***.

Fin dall'entrata in vigore della legge molti commentatori hanno cercato (con varia autorevolezza e profondità di argomenti) di delineare in modo più chiaro natura ed ambito del nuovo istituto: se, quanto al primo aspetto, si può ragionevolmente affermare che dottrina e giurisprudenza sono sostanzialmente concordi nel configurare lo strumento previsto da quella specifica norma "*come sanzione principale, obbligatoria e autonoma*

(Maiga - est.)

40

rispetto alle altre pure previste nel decreto in esame[41], più controversa si presenta la definizione del secondo, cioè dell'effettiva portata dello strumento, soprattutto sul terreno della sua applicazione concreta.[42]

Infatti, mentre vi è sostanziale accordo sul principio di diritto enunciato dalle *S.U.* della *Corte di Cassazione*, in base al quale "*il* ***profitto del reato*** *nel sequestro preventivo funzionale alla confisca, disposto -ai sensi del D.Lgs. n. 231 del 2001, artt. 19 e 53- nei confronti dell'ente collettivo, è costituito dal* ***vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato***"[43], le opzioni interpretative divergono nel momento di tradurre in termini "operativi" la locuzione "*vantaggio economico*".

Per quanto qui interessa, secondo la tesi difensiva solamente un "*effettivo arricchimento patrimoniale acquisito*" può ritenersi "*profitto confiscabile*", con la precisazione che il termine "*acquisito*" dovrebbe essere inteso nel senso di entità proveniente dall'esterno, escludendosi ogni evento "endogeno"; a corollario di questa affermazione, la difesa assume che il *falso in bilancio* (specialmente se di tipo "*qualitativo*", come nel caso di specie) non potrebbe mai generare profitto, nella misura in cui esso consiste in un'alterazione di poste e cespiti già presenti nel patrimonio societario: questa tesi, che (quanto meno nell'assunto principale) trae ispirazione da un'autorevole dottrina[44] secondo cui il profitto confiscabile dovrebbe possedere il carattere della "*esternalità*" (onde la relativa nozione viene ad essere circoscritta agli "*incomes*"), non convince, poiché non sembra corrispondere né alla *ratio* della legge né all'intento del legislatore.

Premesso che -coerentemente non solo con la consolidata giurisprudenza della *S.C.*, ma anche con la più accreditata dottrina- deve essere disattesa perché destituita di fondamento l'affermazione alquanto aprioristica che costituisce il citato corollario della tesi difensiva, consistendo -piuttosto- il problema nel verificare in concreto (se e) quali conseguenze si siano prodotte in conseguenza dell'alterazione (quantitativa o qualitativa) delle poste contabili, la pretesa "*esternalità*" del vantaggio è requisito che non trova valido appiglio non solo sul piano normativo, ma neppure dal punto di vista lessicale: al contrario, molteplici sono gli indici che depongono a favore di un ampliamento del significato del termine e di un'estensione della portata della confisca.

---

[41] *Cass., S.U., sent. n. 26654, cit.*

[42] Proprio la vicenda oggetto del presente procedimento, e l'appellata sentenza, hanno suscitato l'interesse di molti autori, i cui sforzi ermeneutica hanno portato -per lo più- a conclusioni disparate e di scarsa utilità sul terreno applicativo.

[43] *S.U., sent. n. 26654 cit.*

[44] Nota a sentenza pubblicata nella rivista "*Le società*", *n.1/12.*

(Maiga est.)

Il primo -e più autorevole- esempio di questa opzione ermeneutica si identifica proprio nella pronuncia delle *S.U.* sopra citata, la cui motivazione offre plurimi ed inequivocabili spunti in questa direzione.

Infatti, una volta chiarito che il termine "*profitto*" è utilizzato "*nelle diverse fattispecie in cui è inserito, in maniera meramente enunciativa, assumendo quindi un'ampia «latitudine semantica» da colmare in via interpretativa*", nel motivare la propria decisione la *S.C.* ricorda le linee di tendenza della normativa comunitaria e l'impegno all'adeguamento a quei principi che lo Stato italiano ha assunto[45] (ed al quale non ha ancora ottemperato), quindi evidenzia che "*la vigente normativa italiana... utilizzando un lessico che sotto il profilo semantico lascia ampi spazi, affida all'interprete il compito d'individuare, nell'ambito del* complessivo sistema, il contenuto e la portata dell'oggetto della confisca", e -richiamando le proprie precedenti decisioni- precisa che "*la nozione di profitto come* ***«vantaggio economico»*** *ritratto dal reato è tradizionalmente presente nella giurisprudenza di questa Suprema Corte (cfr. S.U. 3/7/1996 n. 9149, Chabni; S.U. 24/5/2004 n. 29951, Curatela fall., in proc. Focarelli), che, però, ha avuto modo anche di precisare che all'espressione non* ***va attribuito il significato*** *di «utile netto» o di «reddito», ma quello* ***di «beneficio aggiunto di tipo patrimoniale»***": al termine del lungo *excursus* la *Corte* perviene a concludere che "***il profitto del reato****, in definitiva, va inteso come* ***complesso dei vantaggi economici tratti dall'illecito*** *e a questo strettamente pertinenti*".

Con questa pronuncia, che costituisce la coerente prosecuzione di un percorso tracciato da tempo, la *S.C.* ha indicato la via dell'interpretazione estensiva come criterio utile anche al fine di evitare (nell'inerzia del legislatore) il rischio di un conflitto della normativa interna con quella comunitaria, individuando -comunque- "*l'effettivo criterio selettivo*" nel parametro della "*pertinenzialità*"[46]; una simile scelta ermeneutica in senso ampliativo ed evolutivo appare del tutto coerente, del resto, con l'intenzione del legislatore, così come chiaramente

---

[45] "Con *L. 25 febbraio 2008, n. 34, si è conferita delega al Governo per l'attuazione della decisione quadro della U.E. e l'art. 31, comma 1, lett. b), n. 1, chiarisce che per «proventi del reato» dovranno intendersi il prodotto e il prezzo del reato, nonché il «profitto derivato direttamente o indirettamente dal reato» o il suo impiego; la stessa disposizione, al n. 3, impone la previsione della confisca per equivalente dei beni costituenti il prodotto, il prezzo o il profitto del reato; la lett. f) del primo comma dell'art. 31, infine,* ***delega il Governo ad adeguare anche le disposizioni del D.Lgs. n. 231 del 2001 alle medesime direttive.*** *(..) La strategia internazionale, quindi, in maniera sempre più esponenziale, affida alla confisca dei* ***«proventi del reato», intesi in senso sempre più ampio e onnicomprensivo,*** *il ruolo di contrasto alla criminalità economica e a quella organizzata e, a tal fine, elabora strumenti funzionali alla promozione dell'armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia. La citata Legge Delega n. 34 del 2008 si muove proprio in questa direzione*".

[46] "*(S.U. 25/10/2007 n. 10280 (ric. Miragliotta) che, con riferimento alla confisca-misura di sicurezza del profitto della concussione, ha privilegiato -è vero- una* ***nozione di profitto in senso «estensivo»****, ricomprendendovi anche il bene acquistato col denaro illecitamente conseguito attraverso il reato, ma ha sottolineato che tale reimpiego è comunque causalmente ricollegabile al reato e al profitto «immediato» dello stesso*"

(Maiga - est.)

rappresentata nella *Relazione* al *D. Lgs. 231/01*, nella quale l'oggetto della confisca è identificato nel "***profitto del reato da intendersi come conseguenza economica immediata ricavata dal fatto di reato***"[47]: il carattere innegabilmente generico di tale locuzione è tale da non lasciare adito a dubbi di sorta sull'ampia portata che s'intendeva attribuire al nuovo strumento.

Applicando questi criteri alla vicenda in esame, la soluzione adottata dal primo giudice, nella parte in cui individua il profitto confiscabile in funzione dell'impatto della sottostima del *rischio di credito* sul risultato di bilancio, appare corretta e coerente con le premesse, nella misura in cui l'inadeguatezza della rettifica appostata ha influito sul risultato economico -e più specificamente sul "*risultato netto della gestione finanziaria*"- consentendo a *BANCA ITALEASE*, tra l'altro, di disporre di "*utilità patrimoniali avvinte per legge da un vincolo di indisponibilità e di utilizzarle*" (il rapporto ispettivo di *BANCA D'ITALIA*[48] precisa che "*il patrimonio di vigilanza al 31 dicembre 2006 era inferiore di € 75 mln all'ammontare necessario per fronteggiare il complesso dei rischi a livello consolidato*"): la quantificazione dell'utilità così acquisita può essere validamente effettuata adottando quale riferimento la misura della rettifica ritenuta prudenzialmente congrua dai *CT* del *PM* (della cui correttezza e condivisibilità si è già detto in precedenza).

In definitiva, la scelta di sottostimare lo stanziamento a copertura del rischio di credito, permettendo di superare i limiti imposti dal rispetto del *patrimonio di vigilanza*, ha provocato un incremento del *patrimonio disponibile*, ponendo a disposizione della Banca una maggiore dotazione di mezzi patrimoniali da impiegare nell'attività corrente: la "*disponibilità economica*" artificiosamente procurata per quella via non costituisce una mera aspettativa, ma un cespite immediatamente e concretamente utilizzabile.

Questa maggiore ricchezza disponibile può senza dubbio qualificarsi come "*profitto confiscabile*" *ex art. 19 D.Lgs. 231/01*, poiché, rientrando nel "*complesso dei vantaggi economici*" di immediata derivazione dall'illecito, essa è certamente un "*vantaggio economico*" nell'ampia accezione sopra descritta: conclusione che non può essere inficiata dalla *pretesa risarcitoria* che il medesimo Ente può vantare nei confronti dei propri dirigenti infedeli, per il danno che questi gli hanno cagionato con le proprie condotte illecite, posto che l'esclusione dalla confiscabilità prevista nello stesso *art. 19* riguarda la pretesa restitutoria, "*ossia una pretesa relativa alla restituzione di un bene in forza del diritto di proprietà o di un diritto*

---

[47] *Rel. D. Lgs. 231/01, pag. 37 segg..*

[48] *BdI, Rapporto Ispettivo cit., fg. 010465/verso.*

(Manga - est.)

reale di godimento o di garanzia ovvero del possesso o della detenzione, pur se derivanti da un negozio produttivo di effetti obbligatori"[49] (pretesa che, ovviamente, non può essere mai confusa con quella risarcitoria, avente tutt'altri presupposti).

Peraltro, traendo coerenti conclusioni dalle precedenti considerazioni, l'appellata sentenza deve essere riformata nella parte concernente l'ammontare della confisca; infatti, una volta stabilito che il profitto derivante dal delitto di *false comunicazioni sociali* si identifica nell'effettivo incremento patrimoniale acquisito grazie all'insufficiente stanziamento per il *rischio di credito* rilevato, la sua quantificazione non può coincidere con l'ammontare dell'intera posta rettificativa ritenuta congrua (secondo la stima fattane dai *CTPM*: *€ 62.400.000,00*), ma deve essere calcolata nella differenza tra quella e la posta iscritta in bilancio (*€ 8.300.000,00*): ne discende che la misura della confisca deve essere ridotta ad *€. 54.100.000,00* (oltre agli interessi legali da calcolare a far data dal *16/4/07* e fino al saldo).

Questa rettifica rende irrilevante l'errore materiale rilevato dalla difesa, e consistente nella discrepanza tra l'ammontare della confisca indicato nel dispositivo e la diversa misura risultante dalla motivazione dell'appellata sentenza, le cui residue statuizioni vanno integralmente confermate.

° ° °

All'esito di quanto premesso e considerato la Corte

P.Q.M.

visto l'*art.605 c.p.p.*, in parziale riforma della sentenza del *GUP c/o Tribunale di MILANO* del *3/11/10* appellata da **BANCA ITALEASE S.p.A.**,

RIDUCE

la misura della confisca a *€. 54.100.000,00*, oltre ad interessi legali dal *16/4/07* al saldo;

CONFERMA

nel resto.

Milano, 25 gennaio 2012

Il Giudice est.

Il Presidente

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
Vita LAGONA

[49] *Cass., Sez. 2, sent. n. 6459 del 16/12/10*