VINCENZO MILITELLO

GRUPPI BANCARI E RESPONSABILITÀ PENALE*.

* Intervento, rivisto ed integrato dalle note, al Seminario internazionale (Urbino - San Marino, 20-22.10.1994).

Sommario: 1. LA RILEVANZA DEL TEMA NEL QUADRO DEL “DIRITTO PENALE MODERNO”. 2. IL MODELLO DELLA BANCA UNIVERSALE ED IL RUOLO DEI GRUPPI BANCARI. 3. LO “STATUTO PENALE” DEI GRUPPI BANCARI NEL TESTO UNICO DEL CREDITO. 4. LA TRASPARENZA IN MATERIA DI PARTECIPAZIONI AZIONARIE.

1. La rilevanza del tema nel quadro del “diritto penale moderno”.

Fra i temi all’orizzonte di un “futuro sistema penale bancario” -al quale è dedicato la presente sessione dei nostri lavori- il rapporto fra diritto penale e gruppi bancari assume un ruolo da “antesignano”: se infatti non è difficile prevedere che il suo rilievo sarà primario nei futuri sviluppi del panorama economico e della relativa disciplina giuridica, non si può trascurare che l’argomento ha già assunto una propria dimensione nel diritto positivo e per di più vi rappresenta materia di viva attualità. Esso in particolare ha ricevuto un importante contributo dall’ampia opera di coordinamento e consolidamento normativo contenuta nel recente testo unico del credito¹, il cui significato generale merita di essere preliminarmente segnalato.

Si è infatti trattato di uno sforzo quanto mai opportuno per recuperare certezza ed armonia di disciplina ad un settore che non solo era afflitto da un risalente *deficit* di coerenza normativa, ma che anche è stato fra quelli maggiormente interessati dal rinnovamento del quadro giuridico del nostro mercato mobiliare e finanziario. Processo, quest’ultimo, che, anche a causa del forte impulso proveniente dalle fonti comunitarie, negli anni più recenti aveva assunto ritmi frenetici, per frequenza di interventi, e contenuti incerti, per l’“alluvionale” stratificazione normativa che si era via via accumulata².

1) Il testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (abbr. T.U. banc.) è stato approvato con d. l.vo 1.9.1993 n.°399.

2) Il carattere asistematico del “diritto dei mercati finanziari” e della relativa tutela penale è di frequente rilevato. Per un recente quadro di sintesi, cfr. PEDRAZZI, *Mercati finanziari (disciplina penale)*, Dig. disc. pen., VIII, 1994, p.654s. Cfr. pure MELCHIONDA AL., *Mercato dei valori mobiliari (tutela penale del)*, Enc. giur., 1990, p.1s.; MINERVINI, *Il controllo del mercato finanziario. L’alluvione delle leggi*, Giur. Comm., 1992, I, p.5.

In tale quadro, la particolare tematica dei gruppi bancari si presenta all'attenzione del penalista come paradigmatica di quel più generale fenomeno di "modernizzazione del diritto penale", che è stato di recente evidenziato³. Alla emersione di nuovi problemi di politica criminale i moderni sistemi giuridici tendono a reagire con interventi altrettanto nuovi: una novità che in primo luogo è di contenuti, rispetto alle originarie caratteristiche del modello liberale di tutela penale, ma che è anche di forme e di collocazione sistematica, in quanto si tratta di risposte normative specifiche ad esigenze disparate, le quali si scaricano con forza centrifuga sull'assetto tradizionale del sistema penale. Esse alimentano infatti quella legislazione penale speciale e complementare che, a dispetto dell'etichetta, ha finito per assumere una dimensione quantitativa addirittura prevalente rispetto all'originario nucleo codicistico.

A fronte delle letture di tali segni dei tempi che preconizzano una disintegrazione del sistema penale, sostituito da un reticolo di organismi normativi autonomi e variabili, non sono però da trascurare tendenze compensatrici rispetto ai fenomeni accennati: l'esigenza di certezza giuridica e di recupero della centralità del codice penale si manifesta macroscopicamente nell'attuale processo di ricodificazione del diritto penale, che interessa il nostro come altri Paesi europei⁴, ma anche, sebbene in modo meno appariscente e con una portata più limitata, nello sforzo di consolidare singoli settori normativi, come appunto dimostra il testo unico in materia creditizia⁵. L'idea di provvedere a riordini normativi di settore anche al di fuori della materia da affidare al testo codicistico risulta particolarmente proficua, in un contesto ordinamentale in cui la complessità di alcuni campi di attività richiede interventi normativi di diversa natura, ma

3) Soprattutto HASSEMER, *Kennzeichen und Krisis des modernen Strafrechts, Zeit. für Rechtspolitik*, 1992, p.378s. In proposito, cfr. gli atti (in corso di pubblicazione) del Convegno *Modernizzazione del diritto penale?* (Pavia, 30.10 - 1.11.1993).

4) Per un esame di tale ampio processo, con le necessarie indicazioni delle differenti opinioni sulla vitalità dello strumento codicistico, si deve qui rinviare a MILITELLO, *Il diritto penale nel tempo della "ricodificazione". Progetti e nuovi codici penali in Italia, Francia, Spagna, Inghilterra*, in corso di pubblicazione in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995.

5) Il significato del testo unico in materia, quale inversione di tendenza rispetto al noto fenomeno di decodificazione, è ad esempio evidenziato da SEPE, *Brevi note sul testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, Banca, borsa tit. cred.*, 1994, p.506.

reciprocamente integrati⁶.

2. Il modello della banca universale ed il ruolo dei gruppi bancari.

Considerando più in particolare la problematica dei gruppi bancari, una osservazione appare opportuna in relazione al rilievo che questi assumono nel quadro della nuova normativa. L'affermazione nel d.l.vo n°481/92 del principio di despecializzazione dell'attività bancaria, con la conseguente possibilità per gli enti bancari di operare sull'intera gamma dell'attività finanziaria secondo il modello multidivisionale della banca universale, non va letta come un disincentivo alla propensione degli stessi enti ad aggregarsi in strutture di gruppo, articolate al proprio interno in una pluralità di distinti soggetti economici specializzati per singoli rami di attività. Si tratta invece di un arricchimento delle formule organizzatorie che amplia le scelte dell'imprenditore e che è dunque congeniale a quella logica orientata al mercato, posta a base del nuovo ordinamento del credito. L'attuale quadro normativo favorisce peraltro i noti processi, in atto ormai da anni, di evoluzione della realtà bancaria piccola e media verso forme di aggregazione più ampie e solide: ad esempio, la trasformazione di banche popolari in S.p.A. è autorizzata dalla Banca d'Italia per "fini di razionalizzazione del sistema" (art.31 T.U. banc.).

Corrispondentemente, anche l'apparato amministrativo e contabile necessario a controllare il corretto svolgimento dell'attività bancaria non si limita ad una considerazione atomizzata delle singole realtà operanti nel settore, ma tende sempre più a modellarsi sulle caratteristiche delle aggregazioni bancarie, che ormai dominano lo scenario economico: sul piano "consolidato" sono ormai estesi tanto l'intero sistema di vigilanza, quanto

6) In tale direzione, è stato suggerito di sfruttare i vantaggi della codificazione anche rispetto ad alcuni importanti gruppi di incriminazioni che è opportuno mantenere esterni al codice penale, ma per le quali non meno urgenti appaiono le esigenze di riforma ed i bisogni di certezza (come in tema di armi, stupefacenti, inquinamento, associazione per delinquere di stampo mafioso, reati bancari e societari): cfr. *Osservazioni dell'Istituto di diritto penale della Università di Palermo sullo schema di legge delega per un nuovo codice penale, Indice pen.*, p.364.

gli obblighi di redazione del bilancio⁷. Un *trend* peraltro che, a conferma della vastità del fenomeno segnalato, riflette linee guide di matrice comunitaria e che per di più non è limitato al particolare settore bancario, ma è riscontrabile nell'intero scenario del diritto societario, anche se per singoli settori e materie, come dimostra la normativa in tema di bilanci consolidati, di cui al d.l.vo 9/04/1991 n°127⁸.

Nel quadro di una così ampia trasformazione del quadro normativo, anche il diritto penale non poteva restare immune. Secondo un processo già sperimentato in altri settori dell'ordinamento, la tendenza ad incrinare l'assolutezza del tradizionale principio di irrilevanza dei gruppi societari anche in diritto penale si avverte in materie specifiche, fra le quali quella bancaria appare di particolare interesse per il suo stato di avanzamento. Ciò non solo per alcune, pur importanti, previsioni penali espressamente dedicate ai gruppi bancari (quali ad esempio gli art.139, 140, e, con un ruolo diverso, come vedremo, 138 T.U. banc.), ma più in generale perché il riferimento a tali soggetti è frequente nei diversi contesti regolamentati dal testo unico, i quali a loro volta presentano molteplici risvolti penali⁹.

L'interesse e la varietà dei profili penali connessi al vigente statuto

7) Sulla vigilanza su base consolidata cfr. art.59-69 T.U. banc., che sostituiscono integralmente le corrispondenti norme contenute nel d.l.vo n°356/90, riguardante il gruppo creditizio, e nella l. n°114/86 e d.l.vo n°582/92, in materia di vigilanza su base consolidata. La materia dei bilanci nello specifico settore bancario è disciplinata dal d.l.vo 27/01/1992 n°87, Attuazione della dir. (CEE) n°635/86, relativa ai conti annuali ed ai conti consolidati delle banche e degli altri istituti finanziari, e della direttiva (CEE) n. 117/89, relativa agli obblighi in materia di pubblicità dei documenti contabili delle succursali, stabilite in uno Stato membro di enti creditizi ed istituti finanziari con sede sociale fuori dello Stato membro. Questa normativa sui bilanci bancari si segnala perché non rientra nell'ampia opera di abrogazione di discipline precedenti compiuta dal T.U. in materia (art. 161): ciò in quanto il suo ambito di applicabilità non è limitato agli intermediari creditizi, ma comprende anche quelli mobiliari. Il Testo Unico ha peraltro modificato la precedente normativa in tema di bilanci per adeguarla alle nuove disposizioni (art. 157). Opportuno, ad esempio, il collegamento alla nozione di "impresa capogruppo" fornita dal T.U. e la delimitazione delle imprese incluse nel consolidamento secondo parametri omogenei a quelli previsti con riferimento alla vigilanza consolidata (sul punto v. SEPE, *Brevi note sul testo unico*, cit., p.519).

8) Attuazione delle direttive n°78/660/CEE e n°83/349/CEE in materia societaria, relativa ai conti annuali e consolidati ai sensi dell'art. 1 comma 1 l. 26.03.1990 n°69.

9) Si pensi alle norme in tema di partecipazione al capitale delle banche (art.19-24) o di composizione del gruppo bancario (art.60-61), o ancora alla disciplina delle crisi in seno ai gruppi bancari (art.98-105).

giuridico del gruppo bancario risaltano ulteriormente se si considerano sullo sfondo delle ancor più ampie questioni che la tematica dei gruppi solleva. Per limitarsi ad alcuni esempi, si pensi all'interrogativo di fondo connesso al rispetto del principio di personalità della responsabilità penale tanto in relazione ai fatti commessi da singoli enti creditizi membri del gruppo nel quadro della politica unitaria decisa a livello di vertice¹⁰, quanto riguardo all'estensione degli obblighi a carico degli organi della capogruppo in merito al controllo delle attività del gruppo bancario¹¹; o alla nuova dimensione, adeguata alle articolazioni di gruppo, in cui si deve ormai collocare la problematica di una diretta responsabilità penale degli enti collettivi, con i relativi strumenti sanzionatori¹²; ed ancora, al diverso tipo di intervento rispettivamente previsto per l'attività delle aggregazioni societarie in campo bancario e per la tutela del più generale mercato concorrenziale, rispetto alla quale la l. n°297/1990 ha preferito percorrere strade sanzionatorie alternative a quella penale¹³.

10) Sul problema, nel più generale contesto societario, sia consentito rinviare a miei precedenti lavori: *La responsabilità penale dell'impresa societaria e dei suoi organi in Italia*, in *Riv.trim.dir.pen.ec.*, 1992, p.103s.; *Gli abusi nel patrimonio di società controllate e le relazioni tra appropriazione e distrazione*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1991, p.266s.; *Aspetti penalistici dell'abusiva gestione nei gruppi societari: tra appropriazione indebita ed infedeltà patrimoniale*, in *Foro italiano*, 1989, II, p.420s.

11) Ad esempio, l'estensione al collegio sindacale della capogruppo dell'obbligo di comunicazione all'organo di vigilanza per le materie nelle quali è prevista l'attività di direzione e di coordinamento da parte della capogruppo, in specie rispetto ai dati ed alle informazioni necessari per dare esecuzione alle istruzioni impartite dalla Banca d'Italia nell'interesse della stabilità del gruppo. Le difficoltà di adeguati controlli sull'intero gruppo creditizio dovrebbero essere superate con adeguati sistemi di controllo interno: cfr. VALENTE, *Commento all'art. 52*, in *Commentario al T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia*, CAPRIGLIONE (cur.), Padova, 1994, p.275.

12) Emblematica in proposito l'innovazione contenuta nel nuovo codice penale francese, che, nel prevedere la responsabilità penale delle persone giuridiche, pone specifici problemi in merito all'atteggiarsi di tale responsabilità rispetto ai gruppi di società: cfr. PARIENTE, *Les groupes de sociétés et la responsabilité pénale*, in *Rev. Soc.*, 1993, p.247s.

13) In proposito, cfr. FOFFANI, *Legislazione antitrust e disciplina delle partecipazioni al capitale di enti creditizi: profili penalistici*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1991, 870 s.; MILITELLO, *La tutela della concorrenza e del mercato nella l. 10.10.1990 n. 297*, in *Riv.trim.dir.pen.ec.*, 1991, p.641; MUCCIARELLI, *Le sanzioni nella legge "Antitrust"*, in *LP*, 1990, p.610s.

3. Lo "statuto penale" dei gruppi bancari nel testo unico del credito.

Lo spessore dei nodi problematici ai quali è legato il tema dei gruppi, se indica il significato e l'interesse che l'argomento presenta, spiega al contempo l'impossibilità di affrontarli adeguatamente nel breve spazio del presente intervento. Più limitatamente, la segnalata ampia rilevanza dei gruppi bancari nella normativa vigente induce ad una considerazione ravvicinata dei principali punti di emersione normativa del fenomeno e dei relativi riflessi penalistici. Non va trascurato che, conformemente ad un dato comune sul piano comparatistico¹⁴, anche nel nostro ordinamento manca una generale disciplina giuridica dei gruppi, comune ai vari settori di operatività. Dei vari "frammenti" normativi positivamente contenuti nel nostro ordinamento, quello relativo ai gruppi nel particolare settore bancario costituisce un ceppo risalente ed ormai ben sviluppato, che ha tratto ulteriore chiarimento dalla complessiva sistemazione della materia offerta dal testo unico di settore.

Ciò conferma un più generale atteggiamento del legislatore rispetto alla definizione tipologica dei gruppi, che a sua volta costituisce un tema centrale per l'intero diritto dell'economia e non solo all'interno dei confini del nostro ordinamento giuridico: quanto più ampia è la portata dell'intervento legislativo, tanto maggiore è il "riserbo" ad intervenire in via definitiva in materia, pur nella tendenza ad applicare le diverse normative a collegamenti societari sempre più estesi; quando invece la materia regolata si presenta più omogenea e delimitata vi è un maggiore sforzo definitorio del legislatore, che per lo più limita l'ampia nozione generalmente valida¹⁵.

La vicenda dei bilanci consolidati assume in proposito un valore di pietra di paragone: il regime generale in materia societaria evita ogni riferi-

14) Ad esempio, la mancanza sul piano comunitario e degli ordinamenti degli Stati membri di una disciplina generale dei gruppi è di recente testimoniata nel lavoro collettivo *Groups of Companies in the EEC: A Survey Report to the European Commission on the Law relating to Corporate Groups in various Member States*, WYMEERSCH (ed.), Berlin - New York, 1993.

15) In relazione al problema definitorio, rileva la "timidezza" che ha colto il legislatore nei casi in cui l'intervento normativo è stato più innovativo FOFFANI, *Le aggregazioni societarie di fronte al diritto penale; appunti sulle nozioni di 'partecipazione rilevante', 'collegamento', 'controllo' e 'gruppo'*, in *Riv.trim.dir.pen.ec.*, 1993, p.149.

mento testuale ai gruppi, preferendo concetti come controllo o influenza dominante ed indicandone al contempo un'accezione notevolmente ampliata (art.25 e 26, d.l.vo n°127/91 attuativo della direttiva CEE sui bilanci consolidati). Nello specifico settore bancario, invece, i gruppi sono espressamente menzionati e definiti per delimitare la portata applicativa dell'obbligo di redazione del bilancio consolidato (art.4, 24, 25, d.l.vo n°87/1992).

Una simile restrizione della disciplina dei gruppi a settori che lasciano individuare caratteri del fenomeno sufficientemente omogenei è di particolare importanza nell'ottica del penalista, per evidenti ragioni di conformità alle esigenze di determinatezza delle incriminazioni ed al connesso principio di legalità. In tale direzione, la normativa in materia bancaria segna un importante momento nel cammino di progressiva emersione penale del fenomeno dei gruppi, finora alternativamente considerato come contesto di frode o viceversa come fattore di giustificazione¹⁶. Almeno con riferimento ai gruppi bancari, si registra ora un'ulteriore dimensione: il gruppo come oggetto diretto di tutela penale, i cui interessi possono essere autonomamente offesi. L'innovazione trascende lo specifico settore creditizio e concerne la teoria generale del soggetto passivo del reato, che per le collettività non dotate di personalità giuridica richiede comunque una organizzazione e la possibilità di imputare unitariamente i rapporti sorti dalla propria attività¹⁷. Il dato innovativo consiste nella considerazione del gruppo come portatore di un interesse meritevole di tutela penale, anche ove dovessero mancare i requisiti dell'organizzazione e della possibilità di imputazione unitaria dei rispettivi atti.

Il riferimento in proposito è alla norma sull'aggiotaggio bancario, che punisce la divulgazione di notizie false, esagerate o tendenziose concernenti banche o gruppi bancari (art.138 T.U. banc.). Questa figura era già conosciuta dall'art.98 l. banc., nel quale però mancava la menzione dei gruppi: la nuova formulazione configura un'importante riconoscimento di tute-

16) Per la duplice rilevanza penale dei gruppi cfr. DELMAS-MARTY, *Le droit pénal des sociétés commerciales et la discipline pénale des marchés mobiliérés en France*, in *Comportamenti economici e legislazione penale*, PEDRAZZI-COCO (cur.), Milano, 1979, p.59. Un ridimensionamento del carattere generale di tale distinzione in MILITELLO, *Gruppi di società e diritto penale nell'esperienza francese*, *Riv. soc.*, 1989, 738. Sul punto v. anche da ultimo FOFFANI, *Le aggregazioni*, cit., p.122.

17) In questi termini, sviluppando peraltro riferimenti normativi di tipo processuale, AIMONETTO, *Persona offesa dal reato*, *Enc. dir.*, XXXIII, 1983, p.321.

la, specie in quanto le numerose incriminazioni analoghe (aggiotaggio comune *ex art.501 c. p.*, quello bancario societario *ex art.2628 c.c.*, quello sui valori mobiliari *ex art.5 della l. 157/1991 sull'insider trading*), pur fatte salve dalla norma menzionata, non considerano espressamente i gruppi come tali. E' invece ben possibile che questi siano coinvolti nelle rispettive condotte illecite, come indica del resto la formulazione adottata nel testo dell'ultima figura di reato richiamata, l'aggiotaggio sui valori mobiliari incriminato dalla legge sull'*insider trading*: qui è prevista una pena raddoppiata quando i fatti di aggiotaggio indicati dai commi 1 e 2 siano posti in essere da azionisti che "anche di fatto esercitano il controllo della società" (*ex art.2359 c. c.*)¹⁸.

Anche quando non rilevi come autonomo soggetto penalmente tutelato, l'esistenza di un gruppo bancario può comunque comportare una estensione delle norme penali a posizioni che altrimenti ne resterebbero estranee: vengono qui in considerazione, in primo luogo, le disposizioni che dichiarano applicabili le norme del testo unico in materia di partecipazione al capitale sociale (art.19-24) e la connessa tutela penale (ad es. art.134 e 140) rispettivamente alla società finanziaria capogruppo di gruppo bancario ed alle altre società che ne fanno parte (locuzione quest'ultima da intendersi come società diverse dalle banche) (art.63 co.1 e 2).

Un ulteriore punto di emersione dell'indicato *trend* verso un ampliamento della specifica rilevanza dei gruppi si rinviene nella norma in tema di "obbligazioni degli esponenti bancari" (art.136 T.U. banc.). Essa è volta a prevenire conflitti di interesse fra la banca ed i soggetti che vi svolgono "funzioni di amministrazione, direzione e controllo" (c.d. esponenti bancari) in relazione ad obbligazioni di qualsiasi natura, compravendite ed operazioni di finanziamento: per la determinazione degli ambiti tanto soggettivo quanto oggettivo di applicazione rilevano le posizioni collegate ad altre banche o società facenti parte del gruppo bancario. L'estensione qui concerne le società diverse dalle banche che, nonostante tale loro caratteristica, in quanto rientranti nel gruppo bancario rilevano per la citata norma e di conseguenza godono della tutela penale disposta dall'art.2624 c.c., richiamato dall'ultimo comma dello stesso art.136 T.U. banc.

18) Segnala opportunamente l'innovazione SEVERINO DI BENEDETTO, *Commento all'art. 138*, in *Commentario*, cit., p.682s. Per la speciale figura di manipolazione del mercato mobiliare v. CRESPI, *Insider trading e frode sui mercati mobiliari*, in *Riv. soc.*, 1991, p.1673.

La previsione si segnala in particolare perché dimostra di avere ben presente la realtà economica dei gruppi di società ed il conseguente intreccio di posizioni soggettive nei vari organi sociali delle diverse entità formalmente autonome. Infatti, proprio alla luce dei possibili rapporti economici all'interno di uno stesso gruppo, la norma citata configura una particolare procedura per escludere il divieto di compiere le operazioni descritte in presenza, fra l'altro, dell'assenso della capogruppo. L'importanza della previsione si coglie sotto un duplice profilo: per un verso, alla luce dell'esperienza giurisprudenziale, che sin dagli anni ottanta aveva applicato la norma corrispondente proprio a fatti accaduti in contesti di gruppo (art.38 l. banc.)¹⁹. In secondo luogo, è facile segnalare la novità nel panorama generale dello "statuto penale" dei gruppi societari: si tratta di una prima definizione normativa del contesto di gruppo come "fattore di giustificazione", sia pure per il limitato settore del credito. Si muove così un passo nella direzione, da tempo segnalata, di individuare con sufficiente determinatezza i limiti in cui la realtà dei gruppi societari può costituire la fonte di liceità rispetto ad attività che in altri contesti sono invece penalmente rilevanti²⁰.

Proprio nella stessa direzione assume rilievo l'indiretto, ma non meno importante, risvolto penale delle più generali previsioni sui rapporti fra organo di vigilanza (Banca d'Italia) e singoli gruppi bancari. Il primo si cura della "gestione sana e prudente del gruppo" ed emana istruzioni volte "ad assicurare la stabilità del gruppo"; a sua volta la capogruppo provvede a farle osservare alle componenti del gruppo, nell'"esercizio dell'attività di direzione e di coordinamento" (art.60 co.3 e 4 T.U. banc.). Anche qui dunque un riconoscimento normativo dell'esistenza e della rilevanza del gruppo come insieme unitario, il cui interesse sociale non solo va al di là delle attività sociali delle sue singole componenti, ma che è per di più a queste sovraordinato, in quanto la capogruppo legittimamente "dirige e coordina" le componenti del gruppo.

Alla luce di ciò riceve ulteriore conferma una conclusione già anticipata per verificare la rilevanza penale nel nostro ordinamento di eventuali operazioni finanziarie commesse in seno al gruppo: vista la liceità (ed ora il

19) Cfr. Cass. 20/05/1980, Sindona, *Cass. pen.*, 1981, p.1163; Trib. Milano, 1989, Banco Ambrosiano c. Soc. Cir, *Giur.it.*, 1990, I, 2, p.166.

20) Auspicava una tale definizione, ancorché con riferimento alla problematica dell'infedeltà patrimoniale, già BRICOLA, *Lo statuto dell'impresa: profili penali e costituzionali*, in *Imprenditore e legge penale*, Ancona, 1985, p.100.

riconoscimento normativo espresso) di un interesse sociale di gruppo, atti di disposizione di fondi o di altra utilità (contratti, licenze ecc.) non possono qualificarsi come rivolti a conseguire un profitto ingiusto, almeno in quanto si tratti di operazioni atte a produrre effetti favorevoli per altre componenti dello stesso gruppo o anche per il gruppo nel suo complesso²¹.

Per determinare gli esatti confini di tale bilanciamento fra interessi diversi occorrerebbe un riconoscimento normativo espresso di tale fonte di liceità del comportamento delle imprese di gruppo, con l'indicazione dei relativi limiti e di eventuali risarcimenti extrapenalici. Meritevoli di particolare considerazione sono infatti le posizioni dei soci di minoranza, che non godono dei vantaggi limitati ad altre componenti del gruppo. A tale proposito, un'interessante sforzo di concretizzazione normativa è stato compiuto dal recente schema di legge delega per un nuovo codice penale²²: nel rispondere al risalente coro di richieste per l'introduzione anche nel nostro ordinamento di una fattispecie di infedeltà nella gestione di patrimoni d'impresa (art. 112 n°2 "Progetto 1992"), ci si è preoccupati di considerare espressamente le condizioni di liceità delle operazioni economiche in seno ai gruppi di imprese societarie, che in altri ordinamenti da tempo dotati di analoga incriminazione hanno posto delicati problemi di punibilità²³.

21) Ho proposto tale conclusione in *Aspetti penalistici dell'abusiva gestione nei gruppi societari*, cit., p.421s.; ed anche in *Gli abusi nel patrimonio di società controllate*, cit., p.280s. La considerazione normativa della prevalenza dell'interesse di gruppo come tale indebolisce la conclusione secondo cui occorre limitare alla singola società la considerazione del bilanciamento fra vantaggi e costi dell'operazione (PEDRAZZI, *Disciplina giuridica del gruppo di imprese*, 1981, p.160s.). Sul punto cfr. pure BRICOLA, *Lo statuto dell'impresa*, cit., p.99; MANGANO, *L'infedeltà patrimoniale degli amministratori dei gruppi di imprese*, *Riv.trim.dir.pen.ec.*, 1989, p.1003s.; ALESSANDRI, *I reati societari: prospettive di rafforzamento e di riformulazione della tutela penale*, *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1992, p.509.

22) Pubblicato, fra l'altro e da ultimo, in *Giust. pen.*, 1994, II, p.88s. Per ulteriori notizie e riferimenti in proposito devo qui rinviare al mio studio *Il diritto penale nel tempo della "ricodificazione"*, cit., parte I par. 2.2.

23) Cfr. per la Francia, MILITELLO, *Gruppi di società*, cit., p.776s.; per la Germania FOFFANI, in *Dig. disc. pen.*, VI, 1992, p.410s. Peraltro, altrove lo stesso A. (FOFFANI, *Le aggregazioni*, cit., p.156s.) appare critico sulla scelta compiuta dal Progetto 1992, sia per l'originalità nel quadro comparatistico della menzionata scriminante, sia per la vaghezza del termine "impresa collegata", che sarebbe da ricavare dall'art.2359 u.c. e dunque esulerebbe dalla più ristretta nozione di "gruppo". In verità, che la norma sia stata formulata proprio per tale ordine di fenomeni risulta in modo chiarissimo dalla relazione al testo proposto; accreditare allora come obbligato il riferimento alla nozione civilistica di "società collegate"

Anche il riconoscimento normativo dei gruppi c.d. di fatto presenta spunti interessanti per considerazioni di ordine penalistico. A chiusura della disciplina dettata in materia di crisi dal titolo quarto del testo unico, si parificano tali realtà ai gruppi bancari regolarmente iscritti nell'apposito albo (art. 105). La norma comporta la rilevanza di tali soggetti anche ai fini di eventuali responsabilità penali connesse alla crisi delle imprese. Nonostante però l'importante contributo ad una considerazione non formalistica della realtà normativamente regolata, ciò non basta a superare l'ostacolo della mancata previsione legale che da sempre è opposto nel risalente dibattito sull'adozione di criteri formali o piuttosto sostanziali per individuare i soggetti attivi dei c.d. reati qualificati.

Nel nostro ordinamento vigente, come è noto, né la banca come tale né il gruppo bancario, anche di fatto, sono direttamente responsabili degli eventuali reati commessi nell'ambito delle proprie attività, ma lo sono soltanto le persone fisiche che ne sono organi: la mancanza di una norma generale che parifichi all'investitura formale l'agire per conto dell'ente non è superata della previsione del gruppo bancario di fatto nella disciplina delle crisi. In altre parole, perché la norma ricordata possa incidere sul problema dell'individuazione della responsabilità penale in base alle funzioni svolte e non alle qualifiche formali dei soggetti attivi occorrerebbe un passaggio intermedio: l'espreso riconoscimento che anche gli enti collettivi come tali possono essere soggetti attivi del reato e delle conseguenti sanzioni.

Se anche una tale soluzione sembra restare estranea alle probabili prospettive di riforma nel nostro ordinamento²⁴, a differenza di altri recenti

rischia di apparire un retaggio della risalente lettura unificante dei termini privatistici impiegati dal diritto penale (per un riepilogo della questione generale sia consentito rinviare a MILITELLO, *Patrimonio (delitti contro il)*, *Dig. disc. pen.*, IX, Torino, 1995, par. 2). Si potrebbe in ogni caso pensare ad una formulazione della norma più adeguata alle specificità del fenomeno dei gruppi, senza per questo concludere che sarebbe piuttosto preferibile evitare una simile "novità" sul piano comparatistico. Ritengo che invece le difficoltà già sperimentate sul punto in altri ordinamenti facciano preferire un intervento normativo preciso: questo infatti sarà comunque più sicuro rispetto alla soluzione di affidare in toto alla giurisprudenza la definizione dei limiti scriminanti dell'illiceità di operazioni in seno ai gruppi societari (come invece propone l'A. citato).

24) Da segnalare in margine che la problematica di un'eventuale responsabilità penale delle persone giuridiche, pur presente fra i temi di riflessione politico-criminale della Commissione che ha predisposto il "Progetto 1992", non ha trovato accoglienza nel testo finale pubblicato, né le pur accurate relazioni che accompagnano il testo proposto spiegano le ragioni di tale rifiuto.

esperienze di ricodificazione penale (come quella francese)²⁵, una analoga chiusura non vale invece per la parificazione con portata generale del soggetto di fatto a quello formalmente qualificato, che peraltro è già ammessa da larga parte della dottrina e della giurisprudenza. Una previsione in tal senso è infatti contenuta nella norma dell'art.9 del recente "Progetto 1992" di legge delega per un nuovo codice penale, che parifica le formali qualifiche soggettive, se collegate a particolari "doveri o poteri giuridici", alla titolarità di questi nascente dall'esercizio di fatto della rispettiva attività.

4. La trasparenza in materia di partecipazioni azionarie.

La disciplina dettata in tema di partecipazioni nel capitale delle banche, pur costituendo un capitolo a sé stante, appare collegata con la tematica qui considerata, in particolare rispetto alle operazioni di costituzione ed ampliamento del gruppo bancario ed alla relativa rilevanza penale: senza trascurare la nota varietà di formule organizzatorie di gruppo, quella fondata su partecipazioni azionarie riveste infatti una diffusione indiscutibile. L'ampia normativa contenuta in proposito nel testo unico lascia emergere due profili distinti, ancorché connessi: l'interesse alla "trasparenza" nella composizione del capitale sociale e quello che potrebbe dirsi il divieto di "eterodirezione" delle imprese bancarie da parte di soggetti estranei al mondo bancario.

Le nuove esigenze di dinamicità e di apertura dei mercati finanziari hanno fatto sì che la rigida separazione fra banca ed industria, affermatasi nel previgente sistema, venga superata da un sistema più elastico, che consente limitate partecipazioni fra soggetti economici appartenenti a quei due mondi, ma che al contempo non ne cancella la fondamentale distinzione di massima. Ciò è comprovato dai divieti posti ai soggetti industriali di assumere posizioni dominanti nel capitale delle banche o, comunque, di influire in modo determinante sull'amministrazione delle stesse attraverso accordi, in qualsiasi forma conclusi (art.19 co.6 e 7 T.U. banc.). A loro volta, alle banche è stata riconosciuta la possibilità di partecipare al capitale di impre-

25) Per notizie ed ulteriori riferimenti su tale importante novità del nuovo codice penale francese, che già tanta attenzione ha richiamato nel dibattito internazionale, rinvio ancora a MILITELLO, *Il diritto penale nel tempo della "ricodificazione"*, cit., parte II, par. 4.1.

se “non finanziarie”, intendendosi con questo termine residuale tutte le imprese diverse da altre banche, società finanziarie e strumentali ed imprese di assicurazione. Ma a tale partecipazione sono stati posti limiti massimi, determinati rispetto al loro patrimonio di vigilanza e al capitale della società partecipata, che servono a contenere i maggiori rischi insiti in tali investimenti²⁶. I rapporti si sono dunque evoluti dalla rigida separazione ad una possibilità di collegamenti che, per un verso, eviti coinvolgimenti eccessivi nelle sorti reciproche e, per altro verso, assicuri l'orientamento delle rispettive attività agli specifici interessi di ciascuna realtà economica.

La pluridimensionalità degli interessi coinvolti si riflette nella duplicità dei destinatari delle comunicazioni in materia bancaria: la Consob, in quanto autorità di controllo del mercato azionario e borsistico (ex art.5 l. n°216/1974, come modificato dall'art.7 l. n°281/85), e la Banca d'Italia, garante del settore creditizio e specificamente bancario (art.19 e 20 T.U. banc.)²⁷. Ciascuno di tali enti partecipa, nell'ambito delle proprie rispettive competenze, alla tutela dei summenzionati interessi: “trasparenza” e “controllo” delle partecipazioni delle banche e nelle banche. Si tratta di una prospettiva di tutela che solo con difficoltà si lascia ricondurre al già ricordato schema bipartito diffusamente adittato per esplorare la rilevanza penalistica del pianeta gruppi societari. Più che come contesto di frode o fattore di giustificazione, qui la prospettiva di rilevanza penale del gruppo fa emergere un ulteriore oggetto di tutela. In particolare, l'informazione all'organo di controllo è finalizzata a conoscere la composizione del capitale sociale delle aziende operanti nel settore bancario e creditizio ed a seguirne le relative vicende. Si tratta di un'applicazione tipica dei nuovi beni istituzionali, i quali sono rappresentati dalle funzioni di organi amministrativi preposti alla disciplina di particolari settori economicamente rilevanti, e la tutela penale dei quali assume notoriamente importanza crescente nelle moderne società economicamente sviluppate²⁸.

In specie, il sistema in materia di partecipazioni ad enti creditizi

26) Cfr. Circ. Banca d'Italia 23.06.1993, in G.U. 16.11.1993; pubblicata anche in *Riv. soc.*, 1993, p.1370s.; *Banca, borsa, tit. cred.*, 1994, I, p.417s.

27) Prima ex art.9 l. 281/85 come mod. art.31 l. n°55/90, ora abrogato art.161 T.U. banc.

28) Su tale fenomeno, cfr. ad es. MARINUCCI, *Gestione d'impresa e pubblica amministrazione: nuovi e vecchi profili penalistici*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p.425; PEDRAZZI, *Mercati finanziari*, cit., p.660; FOFFANI, *Proprietà e trasparenza nella disciplina dell'intermediazione finanziaria: riflessi penali*, *Banca, impr. soc.*, 1992, p.61s.

ruota fondamentale rispetto a due fasce di posizioni rispetto alla composizione del relativo capitale sociale: la prima può considerarsi il livello minimo che fonda l'obbligo di preventiva autorizzazione per operazioni di acquisizione di capitale sociale (art.19 co.1-5 T.U. banc.); l'altra segna invece il tetto massimo di partecipazioni che particolari soggetti possono legittimamente detenere (art.19 co.6-7 T.U. banc.). Nel primo caso la soglia è di rilevanza dell'operazione, nell'altro di sbarramento. Oltre a sanzioni civili (art.24 sospensione del diritto di voto ed obblighi di alienazione *ex art.24 T.U. banc.*) la materia è presidiata penalmente dalla contravvenzione di cui all'art.139, che dispone per l'omissione delle domande di autorizzazione previste dall'art.19 l'arresto da sei mesi a tre anni e l'ammenda da dieci a cento milioni.

Sul piano penale degna d'interesse è pure la parziale delegificazione nell'indicazione dei presupposti che fanno sorgere obblighi informativi all'organo di controllo. Innovando rispetto alla precedente predeterminazione legislativa dei diversi livelli di partecipazioni azionarie (art.27 l. 10/10/1990 n°287)²⁹, nel testo unico è stata seguita una strada differenziata: si è mantenuta l'indicazione nella legge solo per i casi in cui vi sia una partecipazione, anche indiretta (tramite altra società controllata), che superi il cinque per cento del capitale sociale della banca o che comunque ne compori il controllo (art.19 co.1 e 3). In particolare, per questa seconda possibilità, il testo unico contiene una norma definitoria della nozione di controllo (art.23), che a sua volta per una parte rinvia alle previsioni dell'art.2359 c.c. commi 1 e 2, e solo per la nozione di influenza dominante (parificata comunque alle altre situazioni di controllo) elenca alcune specifiche situazioni indizianti³⁰. La determinazione legislativa si ritrova pure nell'indicare i patti di sindacati di voto in una banca, che sono assoggettati all'obbligo di comuni-

29) Norme a tutela della concorrenza e del mercato: in particolare per il titolo V della legge, dedicato alle partecipazioni ad enti creditizi, cfr. FOFFANI, *Legislazione Antitrust e disciplina delle partecipazioni*, cit., p.884s.; MILITELLO, *La tutela della concorrenza*, cit., p.651s.; MUCCIARELLI, *Le sanzioni nella legge "Antitrust"*, cit., p.610s.

30) Ad esempio, potere, anche fondato su semplici accordi con altri soci, di far nominare la maggioranza degli amministratori o di disporre della maggioranza dei voti assembleari; rapporti finanziari ed organizzativi in grado di assicurare il trasferimento dei risultati economici oppure il coordinamento gestionale delle imprese per un fine comune (art 23 c. 2). Critico su tali criteri di controllo MARCHETTI, *Note introduttive al testo unico delle leggi bancarie e creditizie*, Riv. soc., 1993, p.1165s.

cazione (art.20 co.2).

Nelle residue situazioni si affida alla Banca d'Italia la determinazione dei livelli di partecipazione che fanno nascere obblighi di preventiva autorizzazione (art.19 co.2) o anche di semplice comunicazione, nei casi di percentuali inferiori a quelle previste per la necessaria preventiva autorizzazione, ma superiori al minimo stabilito appunto dall'organo di controllo di settore (art.20 co.1). Si arriva pure ad attribuire allo stesso organo l'indicazione dei soggetti, diversi dal socio, che in quanto titolari del diritto di voto, sono parificati a quest'ultimo rispetto agli obblighi di preventiva autorizzazione (art.19 co.4) o di comunicazione (art.20 co.3). In specie rispetto a questi ultimi, l'organo di controllo può chiedere informazione ai soggetti "comunque interessati" (art.20 co.4).

Da notare ancora che il testo unico segnala in proposito un'ulteriore ampliamento dei poteri informativi dell'organo di controllo, il quale può richiedere notizie in merito alla composizione del gruppo bancario e dei soci delle rispettive società partecipanti, anche quando queste siano straniere (art.21 co.4) e svolgano attività diverse da quelle bancarie e creditizie svolta dal gruppo nel suo complesso (art.63 co.2). La relativa tutela penale è in tutto parificata alle ipotesi in cui le informazioni siano richieste a banche nazionali: l'art.140 T.U. banc. punisce con un minimo di pena contravvenzionale il caso dell'omissione delle comunicazioni e quello del ritardo superiore a trenta giorni, mentre mantiene il disvalore penale persino nel caso di un ritardo nella comunicazione che non abbia superato i trenta giorni (sebbene l'ammenda da uno a venti milioni lasci trasparire il carattere simbolico della scelta di tutela, potendo la comunicazione riguardare movimenti azionari di importo assoluto enormemente superiore).

Evidentemente, è lecito dubitare che per mere inosservanze formali la scelta della sanzione penale sia effettivamente obbligata e non possa essere sostituita da alternative di tutela, non necessariamente meno efficaci. In particolare, l'ampia competenza che si è visto attribuita all'organo di controllo in tema di determinazione dei soggetti e degli atti sottoposti a comunicazione potrebbe essere completata con sanzioni pecuniarie contenute in apposite ingiunzioni emanate dalla stessa Autorità di controllo o con forme di invalidità dell'operazione oggetto dell'obbligo di notifica. Ma si tratta di una problematica che meriterebbe una trattazione adeguata e non certo ristretta nei confini di un breve intervento. Qui si intendeva solo fornire un quadro d'insieme sulla normativa contenuta nel testo unico con riguardo ai gruppi bancari, sotto la particolare visuale dei rispettivi profili penali, per apportare un ulteriore contributo alla ricchezza dei temi trattati in questo importante Seminario internazionale di studi.