

LUIGI FOFFANI

L'INFEDELTA' PATRIMONIALE: VERSO UNA NUOVA
FATTISPECIE PENALE?

1. Nell'ambito dello stimolante interrogativo suggerito dall'organizzazione di questo convegno - <quale futuro per il "sistema" penale bancario? > - un nodo assolutamente non eludibile, se solo si getta uno sguardo superficiale al concreto approccio del giudice penale al mondo bancario nel corso degli ultimi decenni, è certamente rappresentato dal problema della disciplina dell'infedeltà nella gestione dell'attività creditizia¹. E, in effetti, ad oltre mezzo secolo di distanza dalla sua compiuta emersione scientifica nella dottrina italiana², la tematica dell'infedeltà patrimoniale ha assunto oggi una dimensione allora certamente insospettabile, pur essendo ancora sostanzialmente confinata nel limbo del dibattito *de iure condendo*³.

Se agli inizi degli anni '40, infatti, il punto di partenza dell'indagine monografica di Pietro Nuvolone poteva riassumersi nella esigenza di <assicurare dai più gravi abusi il patrimonio di coloro che, per necessità assoluta o contingente o per un'apprezzabile criterio di utilità, devono lasciare in tutto o in parte ad altre persone la condotta dei loro affari⁴, nell'ottica di una conflittualità tutto sommato circoscritta ad una sfera privatistica

1) Sebbene infatti il tema della correttezza nell'amministrazione dei beni altrui sottenda un'esigenza di tutela di portata generale, che attraversa tutti i settori dell'esercizio di attività economiche (sia in un ambito privatistico sia pubblicistico) e che travalica lo stesso ambito della disciplina penale dell'economia propriamente intesa, è però indubitabile che, storicamente, la questione di gran lunga più rilevante -il vero e proprio "nervo scoperto" dell'intervento penale- sia sempre stato rappresentato dalla problematica dell'abuso nell'esercizio del credito.

2) Il riferimento è, ovviamente, indirizzato all'opera di P. NUVOLONE, *L'infedeltà patrimoniale nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1941; anche se l'idea della repressione penale dell'infedele amministrazione dei beni altrui già era in effetti affiorata -seppure mai al di là della soglia di sporadici spunti -nella dottrina degli anni '30: si veda, in particolare, G. DELITALA, *I reati concernenti le società di commercio e la legge Rocco del 1930*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, I, p.183.

3) Fattispecie addirittura iscritta nel <libro dei sogni>, secondo l'immagine impiegata da F. BRICOLA, *Lo statuto penale dell'impresa: profili costituzionali*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, diretto da A. Di Amato, vol. I, *Introduzione al trattato. I principi generali*, Padova Cedam, 1990, p.144.

4) P. NUVOLONE, *L'infedeltà*, cit., p.2.

di relazioni interindividuali, la dimensione degli interessi coinvolti ed il rilievo politico-criminale dei comportamenti lesivi sono andati conoscendo, nel corso di questo cinquantennio, un processo di accentuata e crescente dilatazione⁵.

Dalla prospettiva di partenza ancora squisitamente individualistica ci si è infatti rapidamente spostati verso un orizzonte progressivamente più ricco, verso una dimensione di interessi maggiormente corposi e riferibili a soggetti dalla struttura complessa come le società di capitali, divenendo allora l'infedeltà patrimoniale, nella comune percezione, sinonimo o equivalente (nell'osservazione della patologia della vita economica, se non sul piano delle figure tipicizzate dall'ordinamento giuridico) dell'*abuso dei poteri amministrativi o di controllo* nel quadro dell'esercizio dell'attività economica in forma di *impresa collettiva*.

2. L'infedeltà patrimoniale, dunque, come problematica essenzialmente di diritto penale societario, come criterio ispiratore o chiave di lettura di una serie di norme incriminatrici disseminate nella legislazione penale di settore: dalla fattispecie base del conflitto di interessi dell'amministratore di società di capitali (art.2631 c.c.) a quelle più specifiche ritagliate su misura intorno ad episodi particolari di infedeltà: illeciti rapporti finanziari fra società ed organi sociali (art.2624 c.c.), irregolare remunerazione degli amministratori (art.2630 co.2 n°1 c.c.), violazione del segreto societario (art.2622 c.c.). Una serie di fattispecie, peraltro, di cui sono ormai ben noti i limiti genetici, più volte sottolineati dalla dottrina: figure criminose anguste e di taglio "più disciplinare che propriamente penale"⁶, che non ambiscono ad assurgere al rango di strumenti generali di repressione dell'infedeltà o abuso dei poteri sociali, bensì costruite sulla falsariga di un modello di illecito estremamente formalizzato e privo per lo più di reali fondamenti empirico-criminologici; un modello, cioè, nel quale lo schema del pericolo astratto si rivela assolutamente incapace di riflettere (o meglio, sembra a

5) Sottolinea tale aspetto A. ALESSANDRI, *I reati societari: prospettive di rafforzamento e di riformulazione della tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p.505.

6) Secondo la critica scolpita da C. PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, in *Comportamenti economici e legislazione penale*, atti del convegno "Arel" del 17 marzo 1978, Milano, Giuffrè, 1979, p.32.

priori completamente disinteressato a cogliere) le note caratteristiche che tipicamente si accompagnerebbero all'insorgere del pericolo per il bene protetto, ossia a quella peculiare modalità di offesa patrimoniale consistente nel tradimento deliberato degli interessi affidati in amministrazione o controllo.

Ma la più eclatante fra le forme di manifestazione dell'infedeltà gestoria -ed insieme quella che ha storicamente presentato i più significativi problemi di sussunzione entro i confini di una fattispecie tipica- si è rivelata nel contiguo settore *creditizio*, legato a quello societario dal "cordone ombelicale" dell'art.92 della vecchia legge bancaria (l'attuale art.135 del nuovo testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia⁷). Si allude, naturalmente, al fenomeno dell'*abuso di fido* -vale a dire, all'infedeltà nell'erogazione del credito da parte dell'operatore bancario- che rappresenta ancor oggi uno dei nodi politico-criminali più ardui da dipanare (tanto per il legislatore, quanto per l'interprete) nell'intero campo del diritto penale dell'economia⁸.

E' un assunto, quello testè formulato, che sembra in effetti conservare in pieno la sua validità non solo con riferimento al passato, quando si trattava -nella fase storica conclusa⁹ dalle più recenti pronunce delle sezioni unite della Corte di cassazione nell'ultimo scorcio degli anni '80¹⁰- di utilizzare, più o meno surrettiziamente, l'armamentario repressivo dello statuto penale della pubblica amministrazione (con in prima linea lo "spauracchio" del "vecchio" peculato per distrazione); ma anche, con l'attenzione rivolta al presente, quando l'alternativa a disposizione è quella fra il ricorso alle surrichiamate figure della disciplina penale societaria -con il contorno

7) D.lgs. 1 settembre 1993 n°385.

8) E' sufficiente in questa sede, per ripercorrere i passaggi essenziali della *vexata quaestio* giurisprudenziale e dottrinale, il rinvio a G.M. FLICK, *Dal pubblico servizio all'impresa banca: ritorno al futuro*, in *Riv. soc.*, 1987, p.273ss.

9) O forse dovrebbe dirsi, più prudentemente, "interrotta", se dovessero rivelarsi non del tutto infondati i timori -che cominciano oggi ad affiorare in dottrina- di una riscoperta giurisprudenziale della teoria degli "indici di riconoscibilità" del pubblico servizio: esplicito, in tal senso, A. CRESPI, *Il nuovo testo dell'art.358 c.p. e un preteso caso di corruzione punibile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p.1239ss.

10) Cass., sez. un., 23 maggio 1987, Tuzet e Borgatti, in *Foro it.*, 1987, II, c. 481; Cass., sez. un., 28 febbraio 1989 n°1, Vita e altri, *ivi*, 1989, II, c. 506; Cass., sez. un., 28 febbraio 1989 n°4, Cresti, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1989, p.775.

delle ipotesi *ad hoc* dettate dalla normativa bancaria¹¹ - e l'impiego della fattispecie comune di appropriazione indebita. Ed è, anzi, proprio questo dell'attività creditizia il banco di prova fondamentale (dal punto di vista teorico e pratico) per una verifica della "credibilità" e dei limiti di tenuta di quest'ultima fattispecie come strumento di "contenimento" dei comportamenti infedeli nella gestione dei beni altrui.

Alle coordinate oramai classiche di questo quadro si è venuta poi negli ultimi tempi sovrapponendo -con la forza impetuosa che ha contrassegnato l'incremento della produzione legislativa di settore¹²- la nuova disciplina del mercato finanziario, con la peculiarità delle problematiche ad esso afferenti¹³. L'avvento di nuove e più complesse forme di intermediazione professionale fra la formazione della ricchezza ed il suo impiego nelle attività produttive, la conseguente nuova dimensione degli interessi coinvolti nelle attività di amministrazione dei beni altrui -che, impingendo al livello della tutela del *risparmio*, tendono sempre più a presentarsi come veri e propri interessi diffusi (e dotati di dignità costituzionale *ex art.47 cost.*)- e, in ultima analisi, il delinearsi di una potenziale conflittualità di interessi *a doppio livello* -l'uno attinente ai rapporti interni fra l'amministratore (od altro titolare di funzioni organiche o dirigenziali) e l'ente di intermediazione finanziaria (società di intermediazione mobiliare, ente di gestione di fondi comuni di investimento, società fiduciaria, ecc.) e l'altro concernente la relazione esterna fra quest'ultimo e la clientela¹⁴ - sono

11) A cominciare dalla disciplina penale delle <obbligazioni degli esponenti bancari>, secondo la rubrica del nuovo art.136 del testo unico, corrispondente al previgente art.38 della legge bancaria.

12) V. per tutti, su tale fenomeno, G. MINERVINI, *Il controllo del mercato finanziario. L'alluvione delle leggi*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p.5ss. e spec. p.15, ove parla di una vera e propria <concrezione alluvionale di norme legislative e sub-legislative>.

13) Nel senso che sia proprio questo il "vero nodo cruciale di ogni ipotesi di impiego del denaro altrui" e che il mercato finanziario rappresenti oggi "un ottimo, elettivo ambiente di coltura per una siffatta patologia, capace di stravolgere ad altri fini la ricchezza raccolta, facendo prevalere interessi diversi e confliggenti con quelli che costituiscono la base delle aspettative del risparmiatore", cfr. da ultimo A. ALESSANDRI, *Offerta di investimenti finanziari e tutela penale del risparmiatore*, in *Mercato finanziario e disciplina penale*, atti del XVII convegno "E. de Nicola", a cura del Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Milano, Giuffrè, 1993, p.225.

14) Su tale duplicità dei profili di conflittualità ("interna" ed "esterna"), cfr. C. PEDRAZZI, *Mercati finanziari (disciplina penale)*, in *Dig. Discipl. Pen.*, vol. VII, Torino, UTET, 1992, p.664.

tutti elementi che sembrano giustificare una più attenta riconsiderazione della problematica dell'infedeltà patrimoniale, sia al fine di una rilettura di fattispecie incriminatrici presenti da tempo nel nostro ordinamento, sia - come suggerisce il titolo di questo intervento- al fine di suggerire possibili nuovi indirizzi di politica criminale.

3. Non è certo un caso, del resto, il fatto che -prima dell'elaborazione del recente schema di legge delega per la riforma del codice penale- gli unici tentativi (sia pure non approdati ad esito alcuno) di introdurre nel nostro ordinamento una fattispecie *generale* di infedeltà patrimoniale fossero stati originati proprio dalle iniziative di riforma del settore dell'intermediazione *bancaria e finanziaria*.

Deve infatti segnalarsi, innanzitutto -anche per l'eco allora suscitata in dottrina¹⁵ - la proposta di legge Minervini-Spaventa¹⁶, che -prendendo spunto da una contingente diffusa istanza di intervento sulla materia penale creditizia¹⁷ - intendeva delegare il governo ad introdurre, nel quadro di una più ampia riforma del diritto penale delle imprese commerciali, il <delitto di "infedeltà patrimoniale", inteso come esercizio del potere di amministrazione comunque spettante sul patrimonio altrui in contrasto oggettivo con l'interesse del titolare, per finalità personali dirette o indirette del soggetto agente>.

E ugualmente va ricordata, in epoca più recente, la fugace comparsa, nel disegno di legge sulle società di intermediazione mobiliare, di un nuovo art.640bis (del quale non vi è viceversa traccia nella l. 2 gennaio 1991 n°1), che, sotto la rubrica <amministrazione infedele>, colpiva con la medesima pena della truffa <chiunque, investito per legge, per provvedi-

15) Cfr. in particolare il favorevole commento di C. PEDRAZZI, *Cinque proposte di modifica della disciplina penale dell'impresa bancaria*, in *Giur. comm.*, 1980, I, p.857s.

16) Si trattava della proposta n°1785 del 10 luglio 1980, il cui testo può leggersi ugualmente in *Giur. comm.*, 1980, I, p.854s.

17) Era l'epoca, infatti, nella quale fiorivano iniziative legislative di <pronto soccorso> - riprendendo una definizione critica di F. BRICOLA, *La responsabilità penale degli operatori bancari tra decisione delle Sezioni Unite e progetti di riforma*, in *Ind. pen.*, 1982, p.448 e 458 - volte a contrastare la cosiddetta parificazione "verso l'alto", per via giurisprudenziale, dello statuto penale degli operatori bancari.

mento dell'autorità, per atto o per contratto, del potere di amministrare interessi patrimoniali altrui, abusa del relativo potere o viola i doveri a esso connessi, cagionando dolosamente danno al patrimonio amministrato»¹⁸.

Se il richiamo alle iniziative testè ricordate si risolve inevitabilmente in una sottolineatura degli interventi mancati del legislatore, non possono tuttavia nemmeno trascurarsi, in una prospettiva più ampia, le numerose e significative <tracce di intervento penale a prevenzione di conflitti di interesse>¹⁹ e di fenomeni di infedeltà gestoria, disseminate dal legislatore - quantunque in maniera assolutamente disorganica e priva di un disegno unitario sottostante - lungo tutto l'arco della nuova disciplina del mercato finanziario.

Si pensi, in particolare, alla fitta rete di principi generali e regole di comportamento degli intermediari, nei confronti della clientela e per l'organizzazione e lo svolgimento dell'attività di gestione, introdotte dalla legge sulle SIM (art.5-12 l. 2 gennaio 1991 n°1); disciplina alla quale sembra per l'appunto mancare soltanto una norma penale di chiusura, ma che di per sè rappresenterebbe il substrato naturale di una fattispecie incriminatrice di infedele amministrazione.

Si pensi, ancora, alla figura dei <protocolli di autonomia> gestionale, comparsa per la prima volta con la legge *antitrust* in materia di disciplina degli enti creditizi (art.28 co.4 l. 10 ottobre 1990 n°287)²⁰, e successivamente diffusasi "a macchia d'olio" -sia pure senza alcuna seria copertura sanzionatoria²¹ - presso la generalità dei soggetti operanti nei diversi seg-

18) Cfr. su tale formulazione le osservazioni di F. BRICOLA, *Lo statuto penale dell'impresa*, cit., p.134-135 nota 44; G.M. FLICK, *Dal pubblico servizio*, cit., p.341ss.; A. FIORELLA, *Problemi attuali del diritto penale bancario (Prospettive de iure condendo)*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1989, p.358 nota 120bis).

19) L'espressione è di C. PEDRAZZI, *Mercati finanziari*, cit., p.664; in senso analogo v. anche A. ALESSANDRI, *I reati societari*, cit., p.508; ID., *Offerta di investimenti*, cit., p.224s.

20) La previsione dei protocolli di autonomia, peraltro, non è stata riprodotta nella successiva riformulazione della norma ad opera dell'art.17 d.lgs. 14 dicembre 1992 n.481; nè, infine, nella disciplina delle partecipazioni al capitale delle banche contemplata dal capo III del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (art.19-24 d.lgs. 1 settembre 1993 n°385), trattandosi di materia da ritenersi oggi senz'altro delegificata (lo stesso art.28 della legge *antitrust*, del resto, rimetteva il potere di disporre in proposito al Comitato interministeriale per il credito e il risparmio).

21) Rileva A. ALESSANDRI, *Offerta di investimenti*, cit., p.224, come la stessa <sanzione civilistica -quando prende forma nell'esclusione del diritto di voto e nella impugnabilità

menti del mercato finanziario: dalle società di intermediazione mobiliare alle società di gestione dei fondi comuni di investimento (art.4 commi 1 e 2 l. n°1/1991), dalle imprese assicurative (art.12 l. 9 gennaio 1991 n°20) alle società di investimento a capitale variabile (art.5 co.6 d.lgs. 25 gennaio 1992 n°84), fino all'esempio più recente delle società di gestione dei fondi chiusi (art.1 commi 5 e 4 l. 14 agosto 1993 n°344).

E si considerino, infine, i divieti e le limitazioni (muniti anche di

della deliberazione- colpisce la mancata sottoscrizione dei protocolli, senza raggiungere la più preoccupante patologia, ovvero quella della falsità di quanto dichiarato>. A ciò deve poi aggiungersi che la previsione del divieto di voto e dell'annullabilità della delibera assembleare riguarda soltanto le *società di intermediazione mobiliare, le società di gestione dei fondi comuni di investimento* (art.4 commi 1 e 2 l. 1/1991) e le *società di gestione dei fondi chiusi* (art.1 co.5 l.344/1993, in relazione allo stesso art.4 co.1 l. n°1/1991). Nessun meccanismo sanzionatorio è previsto invece per il settore assicurativo: da un lato, infatti, l'obbligo di redazione di una <responsabile dichiarazione> (ossia il protocollo di autonomia) è svincolato dalla disciplina delle partecipazioni rilevanti (e dalle conseguenze sanzionatorie ad essa proprie), potendo essere imposto discrezionalmente ed in ogni momento dall'ISVAP a qualsiasi soggetto partecipante al capitale delle imprese o degli enti assicurativi (art.12 l. n°20/1991); dall'altro lato, tuttavia, alla dilatazione della sfera del potere dell'organo di controllo fa da singolare contraltare la completa assenza di tutela (sia civile sia penale), posto che i soci non sono ricompresi fra i possibili soggetti attivi del nuovo reato di inottemperanza alle richieste e alle prescrizioni dell'ISVAP, che si rivolge soltanto ad amministratori, sindaci, revisori e direttori generali (art.3 co.3 l. 20/1991, modificativo dell'art.5 l. 12 agosto 1982 n°576). Del tutto paradossale, infine -ed a suo modo esemplare delle possibili distorsioni derivanti dalla tecnica del rinvio- è la situazione che si è venuta a creare per le *società di investimento a capitale variabile*. Da una parte, infatti, l'art.5 co.6 d.lgs. 84/1992 lasciava di per sé presagire addirittura -attraverso un rinvio agli artt.9 commi 2-7, 10 e 11 l. 4 giugno 1985 n°281- una tutela penale dell'obbligo di invio del protocollo di autonomia da parte dei titolari di partecipazioni rilevanti; identificati, secondo un criterio inedito nel microcosmo normativo della trasparenza della proprietà azionaria, non già con una frazione percentuale del capitale, bensì -stante appunto l'istituzionale variabilità del capitale della SICAV, che non si distingue dal patrimonio sociale- con il possesso di <azioni nominative in numero non inferiore a 20.000>. D'altra parte, già il coevo d.lgs. 27 gennaio 1992 n°90, sostituendo i surrichiamati commi dell'art.9 l. 281/1985, faceva parzialmente venir meno la corrispondenza fra norma di rinvio e norme richiamate; in particolare, con riguardo all'ipotesi dell'omesso invio del protocollo di autonomia, veniva meno l'estensione della disciplina del divieto di voto, non più racchiusa nel comma 5 dell'art. 9. Fino a che, da ultimo, il nuovo testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia provvedeva ad abrogare interamente gli artt.9-11 l. 281/1985, lasciando quindi la norma di rinvio della legge sulle SICAV priva di punti di riferimento e -quantomeno nella sua veste di potenziale norma incriminatrice- completamente inoperante, alla stregua di un contenitore normativo vuoto.

tutela penale) agli investimenti in azioni proprie, ovvero in titoli emessi da società del medesimo gruppo, previste dalla legge sui fondi comuni di investimento (art.4 commi 13 e 14 l. 23 marzo 1983 n°77) e dalla legge sulle SIM (art.8 co.1 lett. b1. n°1/1991); nonchè gli obblighi, imposti alle imprese o enti assicurativi e sorretti da una medesima *ratio* di generica prevenzione di potenziali conflitti di interessi, di comunicazione delle <operazioni con soggetti controllanti e con società da questi controllate> (art. 15 l. 20/1991).

In una siffatta cernita di "frammenti" di disciplina penale dell'infedeltà patrimoniale nella disciplina delle attività di intermediazione creditizia e finanziaria, uno spazio particolare merita infine quella fattispecie del <falso interno> dell'operatore bancario introdotta -alla stregua di un *pendant* della figura del mendacio bancario- dall'art.37 co.2 d.lgs. 14 dicembre 1992 n°481, e riprodotta poi dall'art.137 co.2 del testo unico del '93. Senza potersi soffermare, in questa sede, su tale fattispecie -che già ha formato oggetto di una specifica relazione nel corso del presente convegno²²- è appena il caso di osservare come si tratti di una disposizione che -a quanto risulta dalla sua genesi testimoniata dai lavori preparatori²³- tradisce la sproporzionata ambizione di rispondere in termini generali al bisogno di tutela penale contro il fenomeno dell'abuso di fido, quasi a compensazione della (e in alternativa alla) mancata introduzione di una fattispecie generale di infedeltà patrimoniale; ma si tratta, in realtà, di una figura criminosa che si muove lungo i consolidati binari di una tipizzazione dell'infedeltà in chiave meramente sintomatica ed episodica, ritagliando nella multiforme varietà degli abusi nell'esercizio del credito soltanto i prodromi, nella fase istruttoria, di una delle sue possibili forme di manifestazione (omessa segnalazione di dati veri o utilizzazione di dati falsi), trascurando viceversa completamente ipotesi come la dolosa sottovalutazione del rischio, ovvero l'erogazione del credito al di fuori di qualsiasi formale istruttoria, o, ancora, in aperto contrasto con le risultanze di quest'ultima.

22) A. FIORELLA, *La banca come vittima: comportamenti fraudolenti, falso interno e prospettive di riforma*. Per una prima analisi della fattispecie cfr. altresì I. CARACCIOLI, <Il falso interno>, in *Diritto penale e attività bancaria*, a cura di G. Marini, Padova, Cedam, 1994, p.51ss.

23) Si vedano al riguardo le raccomandazioni della Banca d'Italia, richiamate criticamente da F. BRICOLA, *Lo statuto penale dell'impresa*, cit., p.133ss.

4. Il breve spazio di questo intervento non consente certo di approfondire le perduranti ragioni di una (forse ancora possibile) riforma in questo campo. In ordine all'insufficienza di fondo della fattispecie di appropriazione indebita, in particolare, conservano tuttora validità le osservazioni formulate oltre quarant'anni or sono in una ormai classica opera sugli abusi patrimoniali degli amministratori di società: laddove, in specie, si poneva in luce come, ogniqualevolta l'abuso di potere o infedeltà si mantenesse entro i binari del tipo di attività negoziale rientrante nella sfera dei poteri amministrativi, esulasse lo schema tipico dell'appropriazione indebita, fondato sull'esistenza di <un atto di disposizione *en propriétaire* compiuto arbitrariamente dal possessore non proprietario>: si sarebbe trattato, infatti, di casi nei quali l'amministratore <non si comporta da proprietario rispetto ai beni sociali, ma anzi riconosce e rispetta il dominio della società>²⁴.

E', del resto, la stessa esperienza comparatistica ad indicarci abbondantemente come, pure laddove la fattispecie di appropriazione indebita si estenda nella sua formula legale a ricomprendere espressamente le ipotesi di *distrazione* -come ad esempio in Francia e in Spagna²⁵- non per questo venga affatto meno il bisogno di una tutela penale supplementare contro le forme di infedele amministrazione dei beni altrui.

24) C. PEDRAZZI, *Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1953, p.548s. In senso critico verso le attuali tendenze espansive della fattispecie dell'art.646 c.p., nella direzione della ricompressione di comportamenti meramente distrattivi, cfr. in particolare, nella dottrina più recente, G.M. FLICK, *Dal pubblico servizio*, cit., p.307ss.; A. ALESSANDRI, *I reati societari*, cit., p.506; mostra invece una maggiore "apertura" nei confronti di tali tendenze S. PROSDOCIMI, *Esercizio del credito e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p.996ss.; per un'originale impostazione del problema v. inoltre V. MILITELLO, *Gli abusi nel patrimonio di società controllate e le relazioni fra appropriazione e distrazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p.275ss.

25) Al fatto di <appropriarsi o distrarre> i beni mobili ricevuti fa infatti riferimento lo schema dell'art.535 del codice spagnolo (<*apropiación indebida*>), nonché l'art.245 dell'*Anteproyecto de ley organica de codigo penal* del 20 maggio 1994; mentre la corrispondente fattispecie francese (sia l'art.408 del codice napoleonico, sia l'art.314-1 del nuovo codice) risulta addirittura esclusivamente imperniata sul concetto di <distrazione> (nonchè, nella vecchia formula, <dissipazione>, senza fare riferimento alcuno, nè nella rubrica (<*abus de confiance*>) nè nel testo della norma, all'elemento dell'<*appropriazione*>).

Esemplare, a questo riguardo, il caso della Francia, dove è stato proprio il riscontro di una siffatta lacuna di protezione dell' <abus de confiance> ad indurre il legislatore, già intorno alla metà degli anni '30, ad intervenire con la creazione di una figura criminosa *ad hoc* destinata a colpire specificamente gli abusi dei beni, del credito, dei poteri e dei voti da parte degli amministratori di società²⁶. Ed altrettanto significativa appare oggi l'esperienza della Spagna, dove, da un lato, la dottrina segnala concordemente l'inadeguatezza della norma sulla <apropiación indebida> a fronteggiare -soprattutto nel settore bancario- comportamenti di amministrazione infedele posti in essere sotto una veste negoziale astrattamente lecita²⁷; e dove, dall'altro lato, tutti i vari progetti di riforma del codice penale succedutisi nel corso degli anni '80 e '90 si sono sempre dati cura di prevedere -nell'ambito di un nuovo capitolo dedicato ai <delitos financieros> o <societarios>- l'introduzione di un'apposita fattispecie di infedeltà patrimoniale²⁸.

E' vero, bensì, che deve registrarsi oggi il diffondersi, nel nostro ordinamento, di una tendenza a <forzare la fattispecie di appropriazione indebita, rivalutando in specie, e portandolo alle estreme possibilità espansive, il dolo specifico compreso nel tipo normativo dell'art.646 c.p.>²⁹; ma allora, di fronte ad un simile indirizzo interpretativo, finiscono quasi con l'apparire singolarmente "profetiche" le considerazioni di un attento comparatista dell'inizio del secolo, il quale affermava -dal punto di vista di un osservatore tedesco- che rinunciare alla fattispecie di *Untreue*, per seguire gli ordinamenti romanistici sulla strada dell'incriminazione della sola appropriazione indebita o abuso di fiducia, sarebbe equivalso a <mandare in rovina la nostra semplice e chiaramente delimitata fattispecie di appropriazione indebita (*Unterschlagung*)>³⁰.

26) Delitto previsto attualmente dall'art.437 n°3 e 4 del *code des sociétés*.

27) V. in particolare G. RODRIGUEZ MOURULLO, *Algunas consideraciones politico-criminales sobre los delitos societarios*, in *ADPCP*, 1984, p.683; J. TERRADILLOS BASOCO, *Delitos societarios. El derecho penal de las sociedades mercantiles a la luz de nuestra adhesión a la CEE*, Madrid, Akal, 1987, p.45-46 e 94; C. MARTINEZ PEREZ, *El delito societario de administración fraudulenta*, p.318.

28) Si veda, da ultimo, l'art.296 dell'*Anteproyecto* del 20 maggio 1994.

29) Così, in chiave critica, A. ALESSANDRI, *I reati societari*, cit., p.506.

30) Si tratta di osservazioni di B. FREUDENTHAL, *Die Untreue* (§ 266 RStGB und Nebengesetze), in AA.VV., *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Vorarbeiten zur deutschen Strafrechtsreform, vol. VIII, Bankerutt, Untreue, Wucher und Ausbeutung, Verletzung fremder Geheimnisse, Jagd- und Fischereivergehen*, Berlin, Liebmann, 1906, p.127, successivamente riprese anche da F.-W. KRAUSE, *Die Untreue*, in AA.VV., *Materialien zur Strafrechtsreform, vol. 2°, Rechtsvergleichende Arbeiten*, Bonn, 1955, p.369.

5. Non sembra quindi che manchino, anche per il legislatore italiano, stimoli sufficienti a riprendere, in questo settore cruciale della disciplina penale dell'economia, il cammino interrotto della riforma.

A spingere in questa direzione vi è, innanzitutto, il peso del dato comparatistico: è tempo, infatti, ormai di rimuovere un'immagine tralaticia che vede l'infedeltà patrimoniale come una fattispecie tradizionalmente esclusiva dei paesi dell'area germanica e pressochè sconosciuta agli ordinamenti di matrice romanistica³¹. Se solo si concentra l'attenzione sui paesi dell'Europa continentale, ci si può avvedere invece di come gli unici ordinamenti, in realtà, privi tanto di una fattispecie incriminatrice dell'*infedeltà patrimoniale*, quanto di una figura generale (anche se, eventualmente, di legislazione speciale) di *abuso dei poteri sociali*, risultino oggi soltanto - oltre all'Italia- la Spagna, il Belgio e i Paesi Bassi³².

Non è quindi difficile prevedere il riproporsi, anche nell'immediato futuro, del problema del controllo penale del fenomeno dell'infedeltà nella gestione delle attività economiche; anche -e soprattutto- sotto l'influsso del generale processo di armonizzazione della disciplina giuridica dell'economia nei paesi dell'area comunitaria, che non può non tendere a riflettersi, in prospettiva, anche sugli strumenti penali fondamentali di tale disciplina³³ (ai quali certamente il modello di fattispecie in esame appartiene a pieno titolo).

Ma è soprattutto -come già in precedenza accennato- sotto un ulteriore profilo, ossia alla luce dell'odierno processo di crescente

31) Così, ad esempio, I. SEHER, *Die aktienrechtliche Untreue in rechtsvergleichender Darstellung, Berlin-Frankfurt a.M.*, Vahlen, 1965, p.119ss.

32) Cfr. sul punto, per i riferimenti, L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale in diritto comparato*, in *Dig. discipl. pen.*, vol. VI, Torino, UTET, 1992, p.398ss.

33) Esempiare, sotto questo profilo, il caso dell'*insider trading*, per la cui disciplina penale è risultata fondamentale, in diversi paesi europei, la funzione di impulso ed omogeneizzazione esercitata dal legislatore comunitario: ciò vale, infatti, non soltanto per l'Italia, con la l. 17 maggio 1991 n°157; ma anche, in ugual misura, per la Spagna, con la l. 25 luglio 1988 n°24 sul mercato dei valori (con ricorso esclusivo, peraltro, a sanzioni di natura amministrativa, mentre per la soluzione penalistica optavano i progetti di riforma del codice penale antecedenti all'ultimo *Anteproyecto* del 1994); nonchè, da ultimo, per la Germania, con la recentissima legge sullo scambio dei valori mobiliari (*Wertpapierhandelsgesetz*) del 26 luglio 1994.

“finanziarizzazione” dell’economia³⁴ - e, quindi, con l’imponente sviluppo che sempre più assumono le attività di intermediazione professionale fra formazione della ricchezza ed impiego della medesima nelle attività produttive - che il problema è destinato a divenire di sempre più impellente attualità: da un lato, per le maggiori e più insidiose occasioni che si offrono per una distorta ed interessata gestione del patrimonio altrui; e, dall’altro lato, perchè il patrimonio che viene in gioco è sempre più, nella sua identità empirica, non già una ricchezza concentrata ed individuata - come poteva affermarsi agli albori della fattispecie di infedeltà, quando la si poteva ancora definire come l’*<actio tutelae>* elevata a fattispecie di diritto penale³⁵ - bensì una ricchezza diffusa in una collettività indeterminata.

Viene così a prodursi - in una prospettiva di criminalizzazione orientata secondo la teoria dei beni giuridici costituzionali - un sensibile spostamento dell’ago della bilancia, dalla prospettiva “microeconomica” della tutela del *patrimonio* (individuale e del singolo ente societario), al palcoscenico “macroeconomico” della tutela del *risparmio* (inteso come patrimonio diffuso; ciò che equivale, in sostanza, sulla base dei referenti normativi offerti dalla Costituzione italiana, ad una decisa e significativa dislocazione del centro di gravità dell’intervento penale dalla sfera dei beni e interessi salvaguardati dall’art.42 (il patrimonio come *proprietà*, ossia in funzione statica) a quella dell’art.47 (il patrimonio come *investimento*, ossia in funzione dinamica).

6. Della rilevanza degli interessi in gioco e della necessità ed urgen-

34) E’ un profilo, questo, che - per i suoi evidenti riflessi in termini di nuova politica dei beni giuridici - inizia significativamente ad affiorare anche al livello della manualistica di parte generale: cfr. infatti G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale, vol. 1°*, *Nozione, struttura e sistematica del reato*, Milano, Giuffrè, 1995, p.153s. e 187s.; ID., *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p.371s., i quali accennano appunto espressamente - richiamandosi a considerazioni di C. PEDRAZZI, *La riforma dei reati contro il patrimonio e contro l’economia*, in AA.VV., *Verso un nuovo codice penale. Itinerari, problemi, prospettive*, Milano, Giuffrè, 1993, p.351ss. - agli effetti innescati, anche nel nostro paese, dal <processo di finanziarizzazione della ricchezza che conferisce al risparmio - soprattutto nel suo aspetto dinamico rappresentato dall’investimento finanziario - un ruolo sempre più diffuso e importante nel sistema economico>.

35) Così. P. NUVOLONE, *L’infedeltà*, cit., p.117, citando H. MAYER, *Die Untreue in Zusammenhang der Vermögensverbrechen*, München-Berlin-Leipzig, 1926, p.159.

za di rispondere al bisogno di tutela della correttezza e fedeltà nella gestione del patrimonio altrui si sono mostrati ben consapevoli anche gli autori dello schema di legge delega per la riforma del codice penale³⁶. Si è previsto infatti espressamente, nell'ambito del capo dedicato ai <reati contro l'economia imprenditoriale>, di introdurre un delitto di <infedeltà patrimoniale, consistente nel fatto di chi, con abuso di poteri o violazione dei doveri inerenti alle funzioni esercitate nell'impresa, al fine di procurare a sè o ad altri un profitto ingiusto, cagioni all'impresa un danno patrimoniale> (art.112 n°2).

Si tratta di una formulazione che riecheggia modelli di intervento penale ben noti da tempo all'esperienza comparatistica: modelli che, in estrema sintesi, possono ricondursi all'alternativa di fondo fra una soluzione di diritto *comune*, fondata sulla costruzione di una fattispecie generale di delitto contro il patrimonio (il modello tedesco dell'“*Untreue*”) ed una soluzione di diritto *societario*, diretta alla configurazione di una fattispecie di abuso dei poteri sociali (il modello francese dell'“*abus des biens, du crédit, des pouvoirs ou des voix*”).

Fra tali due possibili opzioni di fondo i compilatori del progetto si sono orientati verso una soluzione che appare senz'altro molto più vicina all'esempio tedesco che non a quello francese. Per quanto infatti non si giunga a costruire una figura di reato comune - in quanto si presuppone comunque nel soggetto attivo l'esercizio di <funzioni [...] nell'impresa>, e quindi un'organizzazione di impresa societaria e la titolarità di una carica sociale- tuttavia la struttura della fattispecie riflette fundamentalmente, nella descrizione della condotta tipica, la matrice originaria dell'*Untreue*.

Prevedibili, dunque, le obiezioni che la riproposizione delle grandi linee di un siffatto modello potrebbe far sorgere (ed in parte ha già fatto sorgere in passato, con riferimento a precedenti analoghe iniziative³⁷) anche nel nostro ordinamento, così come tradizionalmente vengono sollevate nei confronti del modello originario; obiezioni che possono in ultima analisi riassumersi in una censura di indeterminazione del tipo normativo³⁸.

36) In Documenti Giustizia, 1992, n.3, c. 335 ss.

37) Cfr. soprattutto la dottrina richiamata alla nota 18.

38) Sulla problematica compatibilità della fattispecie incriminatrice del § 266 *StGB* con il principio di determinatezza sancito dall'art.103 co.2 della Costituzione tedesca, cfr. per tutti - già nella manualistica di parte generale - H. WELZEL., *Das deutsche Strafrecht*, 11^a ed., Berlin, de Gruyter, 1969, p.386; H.-H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 4^a ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1988, p.116, che ravvisa in particolare nel *Treubruchstatbestand* un esempio negativo di legislazione penale per <clausole generali>.

7. E' evidente che una trattazione non meramente superficiale della questione richiederebbe ben altro approfondimento di quanto non sia possibile svolgere in questa sede; e, tuttavia, vale forse la pena di accennare qui brevemente a due aspetti del problema, entrambi attinenti al contesto normativo entro il quale sarebbe destinata ad inserirsi una fattispecie quale quella ipotizzata dal progetto.

Da un lato, si può osservare come la contestata indeterminatezza della figura dell'*Untreue* -una volta che si spostino i termini della questione dal piano lessicale astratto a quello applicativo concreto- derivi, in una misura non indifferente, dalle carenze del sistema penale societario tedesco. In effetti, ad un'analisi anche superficiale della giurisprudenza in materia di *Untreue* nell'ambito societario, ci si può agevolmente avvedere di come questa sia in larga parte costituita, in Germania, da ipotesi -come la distribuzione di dividendi fittizi o l'acquisto di azioni proprie³⁹- che, in un sistema come il nostro, rientrerebbero *a priori* nell'ambito di altre fattispecie penali societarie preordinate specificamente alla salvaguardia del capitale sociale. Di modo che ad un'eventuale fattispecie di infedeltà patrimoniale - quand'anche fosse strutturata, in ipotesi, sulla falsariga del modello tedesco- spetterebbe comunque senz'altro, all'interno del nostro ordinamento, un potenziale ambito applicativo già in partenza molto più circoscritto e tassativo di quanto non sia invece il ruolo assolto in Germania dalla norma incriminatrice del § 266 *StGB*. Ben altro, cioè, sarebbe il tipo di "prestazioni politico-criminali" che dall'adozione di un simile strumento di intervento penale sarebbe qui lecito attendersi.

Dall'altro lato, si può rilevare come la ricorrente censura di indeterminatezza che - anche da parte della dottrina italiana⁴⁰- si è inteso rivolgere al requisito dell'*abuso dei poteri o violazione dei doveri funzionali*, attorno al quale si incardina la descrizione della condotta infedele, potrebbe venire (se non superata) quanto meno circoscritta, per particolari settori o categorie di soggetti, sulla base della considerazione della sottostante normativa

39) Si veda, in particolare, l'esemplificazione di casi fornita da K. TIEDEMANN, *Kommentar zum GmbH-Strafrecht (§§ 82-85 GmbHG und ergänzende Vorschriften)*, 2ª ed., estratto dal *Kommentar zum GmbH-Gesetz*, a cura di Scholz, 7ª ed., Köln, Schmidt, 1988, p.14ss.

40) V. in particolare G.M. FLICK, *Dal pubblico servizio*, cit., p.345s.

extrapenale dalla quale i poteri e doveri in questione traggono fondamento.

Esemplare, sotto quest'ultimo aspetto, proprio il settore che forma oggetto di questo convegno, ossia quello della disciplina dell'intermediazione bancaria (e, estendendo un poco l'angolo di osservazione, finanziaria), dalla cui più recente produzione normativa si staglia una trama sempre più corposa di direttive, obblighi e divieti per i vari soggetti operanti in questi segmenti del mercato. Si pensi, in particolare, alla già ricordata legge sulle società di intermediazione mobiliare, che delinea una fittissima rete di regole di comportamento nei rapporti fra l'intermediario e la clientela e nella gestione ed organizzazione dell'attività di intermediazione mobiliare.

Si è al cospetto infatti di prescrizioni orientate fundamentalmente proprio alla prevenzione di una vasta gamma di possibili conflitti di interessi e che appaiono quindi non solo -come già si è avuto modo di accennare in precedenza- tali da costituire idealmente un substrato naturale per l'introduzione di una ipotetica norma di "chiusura" sull'infedeltà patrimoniale; ma che risultano altresì tali da garantire di poter riempire di un contenuto non fittizio e concettualmente afferrabile questo requisito dell'abuso del potere o violazione del dovere, assicurando quindi, nel contempo, anche le maggiori *chances* di determinatezza e selettività della reazione penale⁴¹.

8. Ciò premesso, se si volesse comunque suggerire una variante idonea ad arricchire già in partenza la descrizione normativa della condotta, si potrebbe forse pensare all'eventualità di radicare il comportamento tipico di abuso del potere o violazione del dovere su una situazione base di *conflitto di interessi*⁴². Si riuscirebbe così, per un verso, a ritagliare in via preliminare, ed in maniera più netta, l'ambito di operatività della fattispecie; e, per altro verso, si consentirebbe presumibilmente all'interprete anche un più sicuro accertamento degli estremi della stessa condotta che su quella situazione base deve radicarsi.

41) Considerazioni analoghe, del resto, possono probabilmente essere svolte anche per la situazione tedesca, in relazione all'avvento -con il già ricordato *Wertpapierhandelsgesetz* del 1994 -delle nuove <imprese di servizi mobiliari (*Wertpapierdienstleistungsunternehmen*)>, in tutto analoghe, secondo l'impulso del legislatore comunitario, alle nostre SIM.

42) V. già, in tal senso, A. ALESSANDRI, *I reati societari*, cit., p.506s.; C. PEDRAZZI, *La riforma*, cit., p.358.

Si tratterebbe, in un certo senso, di sfruttare al meglio l'originalità dell'esperienza del nostro diritto penale societario: il riferimento riguarda naturalmente, in particolare, la fattispecie del conflitto di interessi *ex art.2631 c.c.*; fattispecie che, peraltro -come ormai tante volte si è puntualizzato in dottrina⁴³- ha finito poi per tradire la sua funzione -e per disperdere l'originalità del suo contributo, sul piano politico-criminale- nel momento in cui il legislatore del codice civile, alla preliminare fissazione di quella situazione base di conflitto, ha inteso far seguire la descrizione di una condotta tipica così angusta e formalistica quale la partecipazione alla deliberazione consiliare.

Si tratterebbe, allora, di elaborare una sorta di combinazione fra il modello del conflitto e quello dell'infedeltà, prendendo spunto dalla tipizzazione di una situazione base di contrasto di interessi per poi giungere a descrivere una condotta che -sia pur nel rispetto dell'imprescindibile esigenza di determinatezza- si presenti in termini molto più "aperti" di quelli che si rinvencono nell'*art.2631 c.c.*; quale ad esempio quella, per l'appunto, costruita sull'abuso del potere o sulla violazione del dovere come nello schema di legge delega.

9. Qualche osservazione a parte merita poi il capoverso della norma contenuta nell'*art.102 n°2* dello schema di legge delega, ossia quella clausola sui *gruppi di società* che rappresenta senz'altro l'aspetto più originale della fattispecie di infedeltà tratteggiata dal progetto. Si fa riferimento, cioè, alla precisazione secondo la quale <non è ingiusto il profitto dell'*impresa collegata*, ove questo sia compensato *dai riflessi favorevoli* per l'impresa per il cui conto l'atto è compiuto>⁴⁴.

Si delinea con tale formula un elemento che -a quanto risulta dalla disamina dei dati offerti dall'esperienza comparatistica- rappresenterebbe una vera e propria novità assoluta nel panorama legislativo internazionale; laddove, sia che si tratti di fattispecie generali di infedeltà patrimoniale (di diritto comune), sia che si tratti invece di figure (di diritto societario) di abuso del patrimonio sociale da parte degli amministratori -non è dato in

43) V. per tutti M. ROMANO, *Profili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1967, p.123ss.

44) Corsivi aggiunti.

alcun modo di riscontrare la presenza di clausole espresse di esclusione del reato in favore dei gruppi.

I compilatori del progetto, viceversa, hanno inteso riservare alla problematica dei gruppi tutta l'attenzione che l'importanza del tema richiede; attenzione certo ben motivata, posto che la questione dei gruppi di società rappresenta indubbiamente lo scoglio teorico e pratico di maggior rilievo che si frappone all'operatività di tutte le diverse varianti di intervento penale in materia di tutela della correttezza nell'amministrazione sociale.

E, tuttavia, sulla soluzione concretamente adottata rischia di pesare -con effetti, forse, non ancora ben valutabili appieno- la "tara" rappresentata dalla anfibia della nozione di gruppo. Nel mentre, infatti, si afferma espressamente nella relazione⁴⁵ la necessità -nel quadro di una fattispecie costruita intorno al <fine di procurare a sè o ad altri un *profitto ingiusto*>- di non considerare, in linea di principio, ingiusto, <il profitto ricavato da un'impresa del *gruppo* quale frutto del collegamento all'interno di questo>, allorché il danno patrimoniale alla società sacrificata venga controbilanciato <dal concorso di riflessi economici favorevoli e quindi da un riequilibrio dei rapporti economici intragruppo>, si ricorre nel contempo -al momento di conferire veste normativa a tale idea guida- alla nozione di <*società collegata*>, che non pare certo la più idonea a tradurre in atto le intenzioni dei proponenti.

Per tale via, infatti, si fornisce del gruppo un'immagine che -se ancorata, come è inevitabile, al "collegamento" in senso tecnico, ex art.2359 co.3 c.c.- appare decisamente sbiadita e sbilanciata -nei suoi effetti pratici sull'ipotetica applicazione in concreto della fattispecie- tanto in eccesso quanto in difetto.

Da un lato, infatti, l'esistenza del collegamento -pur nella sua nuova configurazione a cavallo fra la partecipazione rilevante e il controllo⁴⁶- non segnala null'altro che la presenza di un'"*influenza notevole*" di una società nei confronti dell'altra; senza che debba in alcun modo da ciò necessariamente inferirsi l'esistenza di legami di gruppo in senso proprio (ossia di una *direzione unitaria* dei diversi organismi societari⁴⁷), nè, ugualmente, di rapporti di controllo (che presuppon-

45) Relazione. Principi generali della parte speciale, in *Documenti Giustizia*, 1992, n°3, c. 390 (con corsivi aggiunti).

46) A seguito, cioè, della riformulazione dell'art.2359 c.c. operata dal d.lgs. 9 aprile 1991 n°127.

47) Sempre che, beninteso, si assuma la nozione di gruppo nel suo contenuto più pregnante: per riferimenti all'elaborazione commercialistica in proposito, cfr. L. FOFFANI, *Le aggregazioni societarie di fronte al diritto penale: appunti sulle nozioni di "partecipazione rilevante", "collegamento", "controllo" e "gruppo"*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, p.152ss.

gono pur sempre, anche nella più recente versione dell'art.2359 co.1 c.c., un'influenza "*dominante*"). Dall'altro lato, poi, stante l'irrelevanza, in linea generale, delle forme di collegamento "*indiretto*" o "*di secondo grado*" - ossia attuato per il tramite di una o più società controllata o collegata - può benissimo verificarsi il caso che la norma, così come formulata, risulti inapplicabile proprio nei più importanti dei casi per la soluzione dei quali era stata concepita, ossia per i gruppi dalla struttura più complessa ed articolata, laddove la normale presenza di una pluralità di anelli intermedi fa sì che non possa certo parlarsi di "collegamento" in senso proprio fra capogruppo e società operante.

Qualora quindi si voglia mantenere ferma, in sede di riforma, l'istanza "interventista" sul terreno dei gruppi -ossia la previsione espressa dell'esclusione del reato per le ipotesi che si potrebbero definire di "compensazione intragruppo"- si dovrebbe allora, molto più opportunamente, fare riferimento all'impresa (non già "*collegata*", bensì) "*appartenente al medesimo gruppo*"; ponendosi peraltro, a questo punto, l'inevitabile alternativa -densa di insidie in entrambe le possibili opzioni- fra la scelta di anticipare il legislatore societario nella adozione di una definizione di gruppo in termini generali (codificando, eventualmente, il requisito della "direzione unitaria") e quella di lasciare invece tale nozione "in bianco", rinviando cioè per il contenuto concreto della medesima alla disciplina civilistica; con il rischio, evidentemente -nel primo caso- di creare scompensi e frizioni in sede extrapenale (nell'attesa, soprattutto, dell'adozione definitiva in sede comunitaria e del recepimento da parte del legislatore italiano della IX direttiva sui gruppi di società) e -nel secondo caso- di attribuire alla fattispecie incriminatrice confini differenti e mutevoli a seconda dei diversi settori di riferimento e della nozione di gruppo da essi recepita (il gruppo bancario definito, cioè, alla stregua dell'art.60 del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, il gruppo della società di intermediazione mobiliare ai sensi dell'art.4 co.3 l. 2 gennaio 1991 n°1, il gruppo assicurativo a norma del titolo II l. 9 gennaio 1991 n°20, ecc.).

Più saggia potrebbe forse apparire, allora, una soluzione "astensionista" da parte del legislatore penale, che non pretenda di ipotecare i successivi sviluppi della disciplina societaria impegnandosi in un'autonoma opera definitoria, nè si riduca a recepire passivamente i diversi frammenti di una normativa (ancora) priva di organicità. Il che non significa, beninteso, rinunciare all'ipotesi di dare finalmente ingresso nel nostro ordinamento ad una fattispecie di infedeltà patrimoniale, nè abdicare dall'intento di contribuire con tale fattispecie alla posizione di una linea di confine

fra fisiologia e patologia dei raggruppamenti societari; bensì comporta esclusivamente l'impegno ad elaborare un modello di fattispecie che -già per i suoi elementi generali e senza bisogno di clausole particolari per il fenomeno dei gruppi- sia suscettibile di un'equilibrata applicazione anche in tale settore.

Di buon auspicio appare soprattutto, in tal senso, l'esempio, già ricordato, proveniente dalla Francia, dove -in assenza tanto di una disciplina positiva dei gruppi di società (a differenza, cioè, del modello tedesco), quanto di un riferimento espresso ai medesimi nell'ambito della fattispecie di abuso dei beni, del credito, dei poteri e dei voti da parte dei dirigenti sociali -è stata la giurisprudenza ad elaborare nel tempo- soprattutto a partire dal celebre "*affaire Willor*"⁴⁸ - una serie di criteri interpretativi tali da circoscrivere i rischi di arbitrarie incursioni giudiziarie nell'ordinario funzionamento dei gruppi, così come dell'indebita creazione di ingiustificate zone di privilegio o immunità a favore degli interessi economici più forti.

Gli stessi requisiti di fattispecie abbozzati dai proponenti, peraltro -abuso dei poteri o violazione dei doveri inerenti alle funzioni esercitate nell'impresa, evento di danno patrimoniale e fine di ingiusto profitto per sé o per altri- potrebbero preludere alla composizione di un quadro normativo sufficientemente equilibrato, a prescindere dalla previsione del capoverso (la clausola sui gruppi). Del resto, se lo scopo perseguito con quest'ultima è esclusivamente quello di mantenere al di fuori del raggio di azione della fattispecie le ipotesi in cui, già al momento della (apparente) verifica dell'evento lesivo, la diminuzione del patrimonio della società operante risulti adeguatamente compensata dai "riflessi favorevoli" derivanti dall'appartenenza al gruppo, allora è lo stesso elemento del danno patrimoniale che viene evidentemente a mancare, rendendo superflua ed inutilmente ridondante una previsione specifica per i gruppi di imprese. E se, invece -come appare più verosimile- lo scopo è quello di sancire la liceità anche di operazioni in cui il danno venga sì ad esistenza ed incida nel presente sul patrimonio della società coinvolta, potendosi cogliere i prescritti "riflessi favo-

48) Si tratta della sentenza del Trib. corr. Paris, 16 marzo 1974, in *Gaz. pal.*, 1974, I, p.886 ed in *Rec. Dal.-Sir.*, 1975, II, p.37, sulla quale v. P. MARESCHI, *Il problema dei gruppi di società in Francia: brevi riflessioni su di una sentenza penale*, in *Giur. comm.*, 1975, I, p.724ss.; nonchè, più recentemente, V. MILITELLO, *Gruppi di società e diritto penale nell'esperienza francese*, in *Riv. soc.*, 1989, p.777ss.

revoli” ed il necessario “riequilibrio dei rapporti economici intragruppo” soltanto nella successiva attuazione della politica di gruppo (una mera aspettativa di compensazione, cioè, anziché una compensazione in atto), allora l’elemento che potrebbe opportunamente venire in soccorso sarebbe quello (non già inerente al danno o all’ingiustizia del profitto, bensì) attinente alle modalità tipiche della condotta.

Se, cioè -e nei limiti in cui- si sia in presenza effettivamente di un gruppo fortemente strutturato, caratterizzato dall’esercizio di una direzione unitaria e dal perseguimento sostanziale di un oggetto sociale di gruppo (e non quindi, certamente, quando si sia in presenza di mere “società collegate”), ciò che potrà valere ad escludere l’integrazione della fattispecie sarà -già sul piano del diritto positivo e senza attendere, cioè, l’adozione ed il recepimento della IX direttiva CEE- un’equilibrata valutazione del requisito dell’“*abuso dei poteri o violazione dei doveri inerenti alle funzioni esercitate nell’impresa*”; sempre che, beninteso, l’impresa venga considerata -nel quadro di un’interpretazione della fattispecie incriminatrice che voglia scongiurare effetti paralizzanti tanto sulla vitalità del sistema economico quanto su quella della disciplina penale- come un’“*impresa di gruppo*” e su tale realtà economica vengano calibrati poteri e doveri (e, quindi, abusi e violazioni) dei soggetti operanti nelle singole imprese.

10. Un accenno conclusivo, infine, al tema -che richiederebbe anch’esso ben altra ricchezza e profondità di svolgimento- della collocazione della fattispecie.

L’orizzonte applicativo verso il quale guarda la figura criminosa delineata dal progetto è essenzialmente -come è reso evidente anche da quest’ultimo esplicito riferimento ai gruppi- quello di una *gestione d’impresa* organizzata in forma *societaria*; e, ciò nonostante, la sede normativa prescelta è quella generale *codicistica*.

E’ una scelta, questa, che appare strettamente funzionale a (e pienamente coerente con) un disegno globale -quale quello perseguito dai redattori del progetto- di riconduzione della disciplina penale societaria all’interno del codice penale, “diluita” all’interno di un titolo riservato ai <reati contro l’economia> (titolo VII) e destinato ad ospitare anche altre materie altrettanto tradizionalmente extracodicistiche, a cominciare da quella più antica dei reati fallimentari.

Si tratta, naturalmente, di un’opzione che ha dalla sua parte ottime e ben note ragioni di ordine generale: recupero della centralità del codice

rispetto alla marea⁴⁹ delle leggi speciali, affermazione di una nuova tavola di beni giuridici, valorizzazione della stessa funzione pedagogica e di orientamento culturale legata in quanto tale alla scelta della sede codicistica per l'intervento penale nell'economia⁵⁰. E' un'opzione, però, che al contempo non è affatto scevra di rischi.

Il pericolo maggiore, in effetti, è quello -come già si è osservato criticamente in dottrina⁵¹- che <un poco meditato sradicamento di quelle figure, anche le più tradizionali e "consolidate", dalla più complessa matrice normativa nelle quali si innestano possa deformarne, e non poco, il profilo. [...] Una meccanica traslazione in altra sede con ogni probabilità comporterebbe dei mutamenti non facilmente prevedibili e controllabili>. Lo spostamento, cioè, dalla sede tradizionale del codice civile, <per confluire nel "catalogo generale" del codice penale, ben più che un mero mutamento di contesto significherebbe svellere le fattispecie dalla disciplina civilistica che ne costituisce l'indispensabile e non surrogabile retroterra>.

Anche senza voler sopravvalutare oltre misura le conseguenze di un siffatto scenario, non può comunque trascurarsi il fatto che la realizzazione di un programma di riforma quale quello abbozzato dallo schema di legge delega presuppone invero, necessariamente, l'impegno del(l'ipotetico) legislatore delegato in una non certo agevole (ancorchè certamente auspicabile e da lungo tempo sollecitata dalla dottrina) opera di radicale riduzione e semplificazione dei precetti penali societari⁵², che dovrebbero essere riformulati in maniera tale (non solo da rinunciare, evidentemente, ad un comodo rifugio nella abituale tecnica del rinvio, ma anche) da non richiedere un costante adeguamento delle norme incriminatrici in corrispon-

49) "Marea" oggi più che mai montante, anche per l'influsso esercitato -nei più svariati settori della disciplina penale e penale-amministrativa dell'economia *lato sensu* intesa- dalla produzione normativa comunitaria: v. ad esempio, in tal senso, le significative considerazioni, relative allo specifico settore della produzione agro-alimentare, di A. BERNARDI, *La disciplina penale della produzione agricola e del mercato agro-alimentare*, in *Trattato breve* p.741ss. e 779ss.

50) Per una vigorosa sottolineatura di tali aspetti cfr. ora G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Costituzione*, cit., p.372.

51) A. ALESSANDRI, *I reati societari*, cit., p.491.

52) E' lecito, ad esempio, nutrire qualche dubbio sul fatto che il legislatore delegato possa mostrarsi in grado di formulare una fattispecie generale unitaria di tutela del capitale sociale (art.112 n°1) svincolata dalla disciplina civilistica relativa alla ripartizione degli utili, all'acquisto di azioni proprie, e così via.

denza (e "ad inseguimento") delle continue modifiche della sottostante disciplina privatistica; modifiche, peraltro, che non potranno certo non contrassegnare anche il futuro prossimo della materia penale societaria, soprattutto con l'avanzare del processo di armonizzazione ed omogeneizzazione dello spazio giuridico europeo.

Si tratta, insomma, di una serie di interrogativi che pongono sul tappeto scelte di fondo, che possono evidentemente, in questa sede, essere soltanto enunciate come possibili corna di un dilemma⁵³: diritto penale dell'economia all'interno del codice penale o costruzione di uno statuto penale dell'impresa?⁵⁴ E, all'interno di quest'ultima eventuale opzione, quale spazio andrebbe riservato alla valorizzazione della specificità dei diversi settori (da quello societario in senso classico a quello bancario, finanziario, ecc.)?⁵⁵

Ed ecco allora che, sull'onda di questi interrogativi di ordine generale, si affaccia anche -riguardo allo specifico oggetto di questo intervento- l'idea di una *pluralità* di fattispecie ispirate al criterio dell'infedeltà patrimoniale, come possibile alternativa ad una fattispecie *generale unitaria* sul tipo di quella proposta dal progetto e da intendersi come riflesso dell'alternativa fra un sistema "*monopolare*", incardinato sulla centralità del codice penale, ed un sistema "*multipolare*", incentrato su uno statuto penale dell'impresa eventualmente affiancato a (e coordinato con) ulteriori specifici sottosistemi.

53) Un dilemma, peraltro, certamente non eludibile da parte del legislatore dei prossimi anni, anche al di là della specifica sorte dello schema di legge delega di cui si è qui discusso.

54) Per l'impostazione dei termini del problema v. ora C. PEDRAZZI, *La riforma*, cit., p.355ss.

55) Cfr. in proposito gli spunti offerti da F. BRICOLA, *Lo statuto penale dell'impresa*, cit., p.120s.