

A12



Vai al contenuto multimediale

Giuseppe Griscioli

Lineamenti di diritto penale d'impresa

Il reato di infedeltà patrimoniale





Aracne editrice

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

Copyright © MMXIX
Gioacchino Onorati editore S.r.l. — unipersonale

www.gioacchinoonoratieditore.it
info@gioacchinoonoratieditore.it

via Vittorio Veneto, 20
00020 Canterano (RM)
(06) 45551463

ISBN 978-88-255-2422-2

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: maggio 2019

All'Italia, la mia bellissima terra in questo tempo di crisi e agli uomini che hanno sacrificato sé stessi per il futuro di altri uomini, dei quali non conoscevano neppure il nome

La conoscenza è il fine, ma anche il limite frapposto tra noi e il conoscibile.

Non aver paura della perfezione
Non la raggiungerai mai

Salvador Dali

Indice

- 11 *Introduzione*
- 13 Capitolo I
 L'art. 2634 c.c.
- 17 Capitolo II
 I soggetti e la mala gestio
- 21 Capitolo III
 Gli elementi costitutivi del reato di infedeltà patrimoniale
- 25 Capitolo IV
 L'infedeltà nei patrimoni gestiti e il concetto di Duty of loyalty
- 29 Capitolo V
 L'infedeltà nelle holding
- 35 Capitolo VI
 L'estensibilità dell'art. 2634 ad altre fattispecie e il rapporto con altri reati

10 Indice

41 Capitolo VII
*Aspetti processuali e la responsabilità amministrativa
dell'ente*

43 *Bibliografia*

47 *Ringraziamenti*

Introduzione

I reati economici e finanziari, annoverati nel più ampio panorama dei reati d'impresa, assumono sempre più forza e diffusione. Sicché la geofinanza sta percorrendo un nuovo sentiero evolutivo; le interconnessioni tra soggetti, siano essi imprese, enti o stati o, addirittura, persone fisiche subiscono una trasformazione qualitativa e quantitativa in un contesto globalizzato.

La tenuta dello status quo e la tutela dei beni giuridici individuati dal legislatore in campo economico e finanziario appartengono a quella branca del diritto, spesso indicata con il termine *white collar crimes* coniato negli Stati Uniti nel dopoguerra, anche se il fenomeno, complesso e articolato dei crimini dell'economia come lo conosciamo, risale alla fine degli anni settanta.

Oggi, tuttavia, l'economia e la finanza sono al servizio di numerose organizzazioni criminali; viviamo un passaggio epocale.

Non a caso Giovanni Falcone ha raccontato una metafora offertagli da un banchiere ovvero, che il denaro ha zampe di lepre e cuore di coniglio.

Orbene, Giovanni Falcone capì prima di ogni altro l'importanza delle insidiose dinamiche economico-finanziarie in un contesto in cui la criminalità organizzata viveva una fase di forte espansione e internazionalizzazione.

Non può revocarsi in dubbio che l'unico obiettivo della criminalità organizzata, al preludio della globalizzazione, era rappresentato dal denaro, e non da ideologie o codici d'onore tanto decantati e romanzati.

Verosimilmente, tutte le condotte criminali avevano come movente il denaro; quindi, monitorare il denaro voleva dire chiudere il cerchio, cioè validare quelle prove ed avere una capacità di ricostruzione degli elementi fattuali tali da eliminare

ogni resistenza ad ipotesi alternative e provare i fatti fuori da ogni ragionevole dubbio.

Ecco quale fu l'intuizione del coraggioso magistrato, il quale ai fini della ricerca delle prove utilizzava una raccolta informativa vasta nella quale la componente economico-finanziaria, prima troppo sottovalutata, rappresentava una amplissima gamma di informazioni, che, collazionate, validate e poi analizzate offrivano una visione strategica efficace a contrastare quel fenomeno mafioso in fase evolutiva.

Ed è per questo che ho voluto dedicare questo volume all'Italia e a coloro i quali hanno sacrificato molto per difenderne gli alti valori e i principi costituzionali che caratterizzano la nostra nazione

Perché, oltre che il coraggio, alcuni uomini ci insegnano a cogliere l'opportunità di pensare fuori dagli schemi e di anticipare i tempi.

L'art. 2634 c.c.

L'art. 2634 c.c. è stato introdotto dal d.lgs. n. 61 del 2002 con l'intento di punire quelle condotte abusive del management tese a ledere il patrimonio della società (AMBROSETTI, MEZZETTI, RONCO, (a cura di) *Diritto penale dell'impresa*).

Sicché il delitto di Infedeltà Patrimoniale tuttora rappresenta una delle più importanti innovazioni della riforma del 2002 in tema di reati societari.

Molti studiosi ritengono che l'art. 2634 abbia sostituito il previgente art. 2631 c.c., ma la *ratio legis* posta alla base della sua formulazione a mio avviso risiede nella maggiore efficacia — rispetto alle norme previgenti — di proteggere il patrimonio sociale nella sua integrità verso azioni compiute dagli organi endosocietari (ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari. Vol. I*).

In buona sostanza, le altre norme preesistenti non riuscivano efficacemente a garantire tale su richiamata tutela; infatti gli artt. 2622, 2624, 2630, comma 2, n. 1 e 2631 c.c. risultavano inefficaci perché formulati su ipotesi di pericolo presunto (ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari. Vol. I*).

Orbene, la formula dell'art. 2634 si compone di 4 commi; gli aspetti principali dei commi uno, due e tre verranno analizzati nei capitoli successivi, mentre nel Capitolo I ci soffermeremo ad analizzare importanti aspetti critici relativi al comma quarto, dal quale emerge l'unico aspetto problematico della norma nel suo complesso.

Il Comma 1 recita:

Gli amministratori, i direttori generali e i liquidatori, che, avendo un interesse in conflitto con quello della società, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o altro vantaggio, compiono o concorrono a deliberare atti di disposizione di beni sociali, cagionando intenzionalmente alla società un danno patrimoniale, sono puniti con la reclusione da sei mesi a tre anni.

Rebus sic stantibus, il primo comma rappresenta il fulcro della norma; esso contiene gli elementi fondamentali che costituiscono la fattispecie del reato, e descrive i soggetti attivi e la mala gestio, il bene giuridico tutelato, il conflitto di interesse, l'elemento soggettivo, la condotta intesa come atto di disposizione di beni sociali e, infine, il danno patrimoniale, ovvero la lesione del bene giuridico tutelato.

Il Comma 2 recita:

La stessa pena si applica se il fatto è commesso in relazione a beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi, cagionando a questi ultimi un danno patrimoniale.

Sicché il secondo comma estende la tutela al patrimonio dei terzi soggetti i cui beni sono posseduti e gestiti dalla società e pertanto dal *management* della stessa.

In questo caso la società entra in contatto con i beni di terzi in quanto autorizzata; tipiche società sono le Banche, le Società di Gestione del Risparmio, per brevità SGR, le Società di Intermediazione Mobiliare, per brevità SIM, le Fiduciarie e le Trust Company, ovvero quelle società che svolgono attività di Trustee professionale.

Il Comma 3 recita:

In ogni caso non è ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo, se compensato da vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo.

Orbene, il terzo comma fa riferimento all'esimente che risolve il comportamento anti giuridico nel caso in cui vi siano dei vantaggi compensativi infragruppo.

Il Comma 4 recita:

Per i delitti previsti dal primo e secondo comma si procede a querela della persona offesa.

In linea di massima, dall'analisi del IV° comma emergono elementi paradossali. Infatti l'art. 2634 c.c., fa riferimento alla sfera di offensività interna.

Peraltro, al fine di integrare il reato occorre che venga posta in essere un'azione di disposizione sui beni societari da parte di un soggetto qualificato — *management* — che rappresenta e gestisce la società, nell'ambito della quale, e in presenza di un conflitto di interesse, avvenga una lesione o danno al patrimonio della società.

Per converso, chi esercita il potere gestorio — *management* — è privo dell'intenzione e dell'interesse a querelare una mala gestio riconducibile a sé stesso, in quanto il potere di rappresentare l'ente, compresa la facoltà di far valere i propri interessi mediante la querela, è riconducibile, secondo la giurisprudenza ordinaria, ai poteri gestori.

Ciò posto, si inferisce *per tabulas* che la previsione della procedibilità a querela di parte ha reso difficile l'impulso penale; quindi, risulta controverso il requisito della procedibilità introdotto dal d.lgs. 61 del 2002.

Non può revocarsi in dubbio che nel caso di specie la persona offesa dal reato di cui all'art. 2634 si identifichi con la società; tuttavia, essendo la norma concepita con il fine di tutelare il patrimonio sociale, si può dedurre che il soggetto danneggiato dal reato sia il singolo socio, il quale subisce indirettamente la lesione al patrimonio sociale e direttamente la lesione al proprio patrimonio in correlazione alla quantità delle quote possedute.

Tuttavia i controversi e paradossali aspetti emersi in relazione alla procedibilità a querela della parte offesa possono essere risolti attraverso un ampliamento dei soggetti titolari dell'interesse e della legittimazione attiva; infatti, alcune pronunce della Corte di Cassazione sottolineano che la legittimazione alla pro-

posizione della querela per il reato di infedeltà patrimoniale dell'amministratore spetta non solo alla società nel suo complesso ma anche — e disgiuntamente — al singolo socio:

Sicché in questa prospettiva, si è valorizzata la considerazione che il singolo socio è persona offesa dal reato di infedeltà patrimoniale, e non solo danneggiato dallo stesso, in quanto la condotta dell'amministratore infedele è diretta a compromettere le ragioni della società, ma anche, principalmente, quelle dei soci o quotisti della stessa, che per l'infedele attività dell'amministratore subiscono il depauperamento del proprio patrimonio (Cass. sez. V, 7.5.2014, n. 35080).

Orbene, ulteriori criticità e problematiche di *corporate governance*, vengono attenuate nel caso in cui la legittimazione attiva a proporre la querela appartenga indistintamente sia ai soci che compongono l'assemblea e che hanno eletto il *management*, sia al singolo socio estraneo alle dinamiche di *governance* in quanto solo quest'ultimo sarà più interessato alla critica in sede penale dell'operato del *management*.

Non può essere tralasciata un'analisi sui soggetti titolari della legittimazione attiva a proporre querela nell'ipotesi di cui al secondo comma dell'art. 2634 c.c., ovvero ipotesi finalizzata dal legislatore alla protezione dei patrimoni gestiti. Di talché la più autorevole dottrina ritiene che spetta ai terzi danneggiati il diritto di querela al fine di proteggere il proprio patrimonio. (MUSCO, *I nuovi reati societari*). Difatti l'oggetto giuridico nell'ipotesi di cui all'art. 2634 secondo comma risiede negli interessi patrimoniali dei terzi. (FOFFANI, *Le infedeltà*, in ALESSANDRI, (a cura di) *Il nuovo diritto penale delle società*).