



**UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA**

**Sede Amministrativa: Università degli Studi di Padova
Dipartimento di Storia e Filosofia del diritto e Diritto Canonico**

**SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN GIURISPRUDENZA
INDIRIZZO: UNICO
XXII CICLO**

IL CONFLITTO DI INTERESSI DEGLI AMMINISTRATORI DI SOCIETÀ

LO STATO DELLA QUESTIONE E LE PROSPETTIVE DI RIFORMA

Direttore della Scuola Ch.mo Prof. Francesco CAVALLA

Supervisore: Ch.mo Prof. Enrico Mario AMBROSETTI

Dottoranda: Enrica Piovesan

INDICE SOMMARIO

RINGRAZIAMENTI V

Introduzione

- 1. Premessa 1
- 2. Le problematiche attorno al nuovo diritto penale dell'impresa 4
- 3. Il fine del presente lavoro e l'impostazione metodologica seguita 8

PARTE PRIMA

UN CONFRONTO COMPARATISTICO: L'ESPERIENZA DI TRE DIVERSI ORDINAMENTI EUROPEI

Capitolo I L'ordinamento francese

- 1. Una disciplina integrata 15
- 2. La regolamentazione civilistica 16
- 3. *Abus de biens sociaux* e *abus de pouvoirs*: introduzione 18
 - 3.1. Tipi sociali ed ambito di applicazione della norma 22
- 4. *Abus de biens et du credit social* 25
- 5. Soggetti attivi 26
- 6. L'elemento soggettivo 27
 - 6.1. La malafede 28
 - 6.2. Il dolo specifico 30
 - 6.2.1. La funzione del dolo specifico 32
 - 6.3. Considerazioni critiche 33
- 7. L'uso e l'abuso 34
- 8. La differenza rispetto all'*abus de confiance* 39
- 9. Oggetto del reato: i beni e il credito della società 41
- 10. La nozione di interesse sociale 42
 - 10.1. L'atto illecito e la contrarietà all'interesse sociale 45
 - 10.1.1. L'*arrêt* Carpaye 45
 - 10.1.2. L'*arrêt* Kis 47
 - 10.1.3. L'*arrêt* Carignon 49
 - 10.2. La presunzione di contrarietà all'interesse sociale 50
- 11. Antigiuridicità del fatto e gruppi di società 51
- 12. Il bene giuridico tutelato 55
- 13. Il regime sanzionatorio del reato 57
- 14. La prescrizione 58

Capitolo II L'ordinamento spagnolo

- 1. Introduzione	63
- 2. L'evoluzione del dovere di lealtà nell'ordinamento spagnolo	65
- 3. <i>La Ley de Sociedades Anónimas</i>	67
- 4. L'evoluzione della tutela penale	70
- 5. <i>Administración desleal</i>	72
- 6. Una fattispecie di diritto penale societario	74
- 7. I soggetti attivi	75
- 8. I soggetti passivi	77
- 9. La condotta	80
- 9.1. Il danno	81
- 10. Elemento soggettivo	85
- 11. Il bene giuridico tutelato	87
- 12. Trattamento sanzionatorio e perseguibilità	91
- 13. Rapporti tra <i>administración desleal</i> e <i>apropiación indebida</i>	95
- 13.1. Gli <i>actos dominicales</i>	97

Capitolo III

L'ordinamento inglese

- 1. Premessa	107
- 2. <i>Equity</i>	108
- 3. <i>Constructive trust</i>	110
- 4. <i>No-conflict & no-profit principles</i>	114
- 5. Dovere di non agire in conflitto di interessi?	116
- 6. Le previsioni della <i>Table A</i> del <i>Companies Act 1985</i>	118
- 7 L'utilizzo di sanzioni penali	120
- 8. <i>Companies Act 2006</i>	121
- 8.1. <i>Proper purpose doctrine</i>	123
- 8.2. Principi fondamentali	124
- 8.2.1. Il caso <i>Regal (Hastings) Ltd v Gulliver</i>	125
- 8.3. La dottrina della <i>corporate opportunity</i>	126
- 8.4. L'esistenza di un conflitto di interessi	127
- 8.5. Conseguenze per le violazioni ed efficacia deterrente: <i>Murad v Al Saraj</i>	128
- 9. Sanzioni penali contenute nel <i>Companies Act 2006</i>	130
- 10. <i>Offences against property</i>	131
- 11. <i>Theft</i>	132
- 11.1. <i>Appropriation</i>	133
- 11.1.1. Le critiche all'impostazione giurisprudenziale	142
- 11.2. <i>Appropriation without physical interference</i>	144
- 11.3. <i>Appropriation of company assets</i>	145
- 11.4. <i>Property</i>	147
- 11.5. <i>Belonging to another</i>	149
- 11.6. <i>Lesser proprietary rights or interests</i>	150
- 11.7. Ancora sul <i>constructive trust</i>	151
- 12. <i>Fraud</i>	153
- 12.1. <i>Fraud by failing to disclose information</i>	153
- 12.2. <i>Fraud by abuse of position</i>	155
- 12.2.1. Le relazioni fiduciarie	156

PARTE SECONDA

LA DISCIPLINA NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

Capitolo I

L'evoluzione del diritto societario in tema di conflitto di interessi

Sezione I

Il previgente articolo 2391 del codice civile

- 1. Un precursore nel codice di commercio 161
- 2. Conflitto di interessi 162
- 3. Ambito di applicazione 164
- 4. Informazione e astensione 165
- 5. Il dovere di non agire in conflitto di interessi 168

Sezione II

Il vigente articolo 2391 del codice civile

- 1. Le nuove linee guida in materia di interessi degli amministratori 173
- 2. Il mancato coordinamento con l'articolo 2634 del codice civile 177
- 3. Un interrogativo circa il maggior rigore della nuova disciplina 179
- 4. La *ratio* della norma 180
- 5. La comunicazione di ogni interesse 184
- 6. Quando l'interesse dell'amministratore coincide con quello della società 185
 - 6.1. Permane un obbligo di astensione? 187
- 7. Modelli di tutela preventiva e tutela successiva 188
 - 7.1. Il modello di disciplina del conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni 190
- 8. L'emersione dell'interesse in conflitto 192
- 9. Un particolare fenomeno: gli *interlocking directorates* 194
- 10. Il nesso causale rispetto al danno 196
 - 10.1 Il significato dell'espressione "danno" 197

Capitolo II

L'estensione della tutela penale

Sezione I

Il previgente articolo 2631 del codice civile

- 1. Il precedente modello sanzionatorio 203
- 2. L'ambito di applicazione e i soggetti attivi 205
- 3. La *ratio* dell'incriminazione e il bene giuridico tutelato 207
- 4. Interesse della società e interesse dell'amministratore 212

- 4.1. Interesse per conto di terzi	214
- 4.2. Valutabilità dell'interesse	215
- 5. La situazione di conflitto e suoi limiti di rilevanza	216
- 5.1. L'effettività del conflitto d'interessi	218
- 5.2. L'attualità del conflitto d'interessi	222
- 5.2.1. Fideiussioni e compensi	222
- 5.2.2. La società con un unico socio	224
- 6. Elemento materiale	225
- 6.1. La partecipazione alla deliberazione	226
- 6.2. Rilevanza o meno della direzione del voto	228
- 6.3. L'eccessivo rigore formalistico	230
- 6.4. La discrasia rispetto alla disciplina civilistica	232
- 6.5. L'orientamento giurisprudenziale	234
- 6.5.1. Il requisito della marginalità del voto	235
- 7. Elemento soggettivo	236
- 8. La causazione di un pregiudizio alla società	238

Sezione II

Il ruolo dell'articolo 646 del codice penale

- 1. Brevi cenni in tema di appropriazione indebita	241
- 1.1. Precedenti storici	243
- 2. Descrizione della fattispecie	244
- 2.1. Il presupposto della preesistenza del possesso	247
- 2.2. L'obbligo del possessore	250
- 2.3. La struttura del reato	251
- 2.4. La perseguibilità d'ufficio	254
- 3. La distrazione	256
- 3.1. L'emergere della problematica	258
- 3.2. Appropriazione indebita di beni sociali	261
- 3.3. Il dato comune di appropriazione e distrazione	264

Sezione III

L'infedeltà patrimoniale

- 1. L'introduzione della nuova fattispecie	269
- 2. La scelta compiuta dal legislatore	271
- 2.1. Una fattispecie per la sola materia societaria	273
- 2.2. Un modello di tutela ibrido	274
- 3. La struttura del reato	277
- 3.1. Il conflitto di interessi	279
- 3.1.1. Il collegamento alla disciplina civilistica	281
- 3.1.2. Il preesistente interesse in conflitto	283
- 3.1.3. Considerazioni critiche	286
- 3.1.4. L'identificabilità dell'interesse	290
- 3.1.5. Il disvalore del conflitto di interessi	294
- 3.2. I soggetti attivi	296
- 3.3. La complessità dell'elemento soggettivo	299
- 3.4. La perseguibilità a querela	301
- 4. Le prime applicazioni nella giurisprudenza di legittimità	305

- 4.1. La portata innovativa dell'infedeltà patrimoniale	310
- 4.2. Il rapporto con l'appropriazione indebita	312
- 4.2.1. La specialità dell'infedeltà patrimoniale	317
- 4.3. Nuove conferme	320
- 5. I rapporti tra infedeltà e bancarotta	322
- 6. La pronuncia della Corte costituzionale: un'occasione perduta	325
- 7. Problemi di diritto intertemporale	330
- 7.1. Mancata coincidenza contenutistica	332
- 7.2. La teoria della doppia punibilità	333
- 8. Alcune considerazioni	336

Sezione IV

Il delitto di omessa comunicazione del conflitto di interessi

- 1. La disciplina di cui all'articolo 2629-bis del codice civile	339
- 2. I soggetti attivi e l'ambito di applicazione	342
- 2.1. L'amministratore delegato	345
- 2.2. Il riferimento a grande impresa, banca e assicurazioni	346
- 2.3. Realtà troppo diverse	349
- 3. L'interesse oggetto di comunicazione	351
- 3.1. Riflessi della riforma sulla <i>governance</i>	353
- 3.2. La vicinanza con la disciplina civilistica	358
- 3.3. La rilevanza sociale dell'interesse	363
- 4. Il danno	366
- 4.1. Danno come condizione obiettiva di punibilità?	369
- 4.1.1 Ragioni di opportunità	373
- 4.2. Il danno a terzi	376
- 4.2.1. L'interesse dei creditori	379
- 5. L'elemento soggettivo	381
- 6. Le oggettività tutelate	383
- 7. I rapporti tra infedeltà patrimoniale e omessa comunicazione del conflitto di interessi	386

Conclusioni

- 1. L'emergere di alcuni punti di riflessione	399
- 2. Gli esiti della ricerca comparatistica	400
- 2.1. La disciplina francese	401
- 2.2. La disciplina spagnola	403
- 2.3. La disciplina inglese	406
- 2.4. Alcune osservazioni	410
- 3. Le problematiche insite nella disciplina italiana	411
- 3.1. Il sostrato civilistico	412
- 3.2. L'evoluzione dei modelli di tutela penale conosciuti nell'ordinamento italiano	415
- 3.3. Aspetti problematici e prospettive di riforma	416
- 4. Considerazioni conclusive	421

BIBLIOGRAFIA	425
--------------	-----

Introduzione

1. Premessa. **2.** Le problematiche attorno al nuovo diritto penale dell'impresa. **3.** Il fine del presente lavoro e l'impostazione metodologica seguita

1. Premessa.

Il conflitto di interessi non è un argomento nuovo, né trascurato, come dimostra ampiamente la ricca produzione dottrinale che si è sviluppata nei decenni e della quale è inevitabile tenere adeguatamente conto.

È forse proprio la ricchezza del dibattito sul punto, unitamente alla rilevanza delle, pure esigue, pronunce giurisprudenziali, a mantenere viva l'attenzione sul tema oggetto di questa tesi, al punto che lo stesso legislatore ha ritenuto opportuno provvedere, tra il 2002 e il 2005, all'introduzione di due nuove fattispecie penali, introdotte agli articoli 2634 e 2629-bis del codice civile.

Queste ultime disposizioni, che sono andate in parte a sovrapporsi l'una all'altra, costituiscono l'imprescindibile base del presente lavoro, non solo perché esse rappresentano lo stato dell'arte quanto a normativa vigente, ma anche per i diversi modelli sanzionatori che esse rappresentano.

Occorre, inoltre, tener conto del ruolo rivestito dalla precedente disposizione, di cui all'articolo 2631 del codice civile, la quale si poneva come limite generale e preventivo alle operazioni in conflitto di interessi.

Tale fattispecie era, peraltro, criticata proprio nella misura in cui si poneva come un'incriminazione di pericolo presunto, collegando la sanzione penale alla disciplina civilistica, la quale stabiliva che l'amministratore, che avesse,

in una determinata operazione, un interesse in conflitto con quello della società, avrebbe dovuto darne notizia agli altri amministratori e al collegio sindacale, oltre ad astenersi dal partecipare alle deliberazioni riguardanti l'operazione stessa.

Orbene, al di là di un'attenta analisi tanto della attuale quanto della previgente disciplina civilistica del conflitto di interessi degli amministratori, di cui all'articolo 2391 del codice civile, per comprendere qual è il sostrato di diritto societario nel quale emerge il disvalore che il legislatore penale sanziona, si pone l'interrogativo di comprendere in che misura sia necessaria una tutela penale tanto avanzata da sanzionare *tout court* ogni scostamento dai precetti del diritto commerciale, o se, e con che grado di incisività, possano ritenersi preferibili figure delittuose caratterizzate da un'offesa al patrimonio.

Occorrerà quindi valutare come sia ricostruibile il rapporto tra il delitto di infedeltà patrimoniale e quello di omessa comunicazione del conflitto di interessi, tanto in relazione alla problematica del concorso di reati, quanto con riferimento al diverso ambito di applicazione delle due norme penali, che ad un primo sguardo sembrano rappresentare, in contesti differenziati, i due opposti modelli di tutela. Salvo poi riconoscere che un elemento di danno appare financo all'articolo 2629-bis del codice civile.

È, quindi, per comprendere appieno la misura in cui la disciplina penale italiana in materia di conflitto di interessi attinge a elementi già conosciuti da altri ordinamenti stranieri che verrà esaminata anche una serie di fattispecie, impiegate nella repressione dell'infedeltà dei gestori di società.

Ciò che si cercherà di evidenziare è fino a che punto la disciplina attualmente vigente nel nostro ordinamento sia originale ed idonea ad affrontare la problematica in parola e in quale parte essa è, invece, debitrice nei confronti di modelli, la cui efficacia applicativa può essere valutata alla luce della più risalente introduzione degli stessi.

Si tratta, infine, di verificare se i vuoti di tutela, che appaiono tuttora presenti in questo campo del diritto penale dell'economia, siano attribuibili ad un'eccessiva cautela da parte del legislatore penale societario, ovvero se vi siano dei veri e propri limiti strutturali.

Come peraltro evidenziato, già da tempo, con spunto critico, da parte della dottrina¹, una tale osservazione «si trova in piena sintonia con la diffusa convinzione circa l'impossibilità, o l'estrema difficoltà, di coniugare un rigoroso rispetto del principio di offensività con il conseguimento di utili risultati nella lotta contro forme di criminalità particolarmente sofisticate, quali quelle che si consumano in seno agli organismi societari; cosicché l'accentuazione dell'esigenza primaria di efficacia della tutela penale dovrebbe condurre inevitabilmente a privilegiare modelli di incriminazione costruiti prevalentemente secondo lo schema del pericolo astratto o presunto».

Come possibile alternativa sembra, comunque, potersi porre il ricorso a una figura di reato comune, la quale, in luogo di una specifica fattispecie penal societaria, sappia meglio individuare l'offesa al patrimonio. In particolar modo, il pensiero corre, naturalmente, al delitto di appropriazione indebita, di cui all'articolo 646 del codice penale, il quale, pur non contemplando espressamente una condotta distrattiva, ed anzi facendo espresso riferimento all'appropriazione di un bene altrui, ha visto un notevole sviluppo proprio nell'ambito della gestione di patrimoni.

D'altro lato, sarà opportuno investigare, anche alla luce della disciplina di altri ordinamenti, se sia possibile collegare, alle violazioni del precetto civilistico, una disciplina sanzionatoria rispettosa del principio di necessaria offensività del diritto penale e al contempo in linea con l'avvertita necessità di individuare beni giuridici nuovi, strumentali, a cui ricollegare il presidio

¹ Così si esprimeva, oltre vent'anni orsono, FOFFANI Luigi (1987), *La tutela della società commerciale contro le infedeltà patrimoniali degli amministratori. Prima parte*, in *Giurisprudenza commerciale*, 89.

costituito dal diritto penale dell'impresa.

2. Le problematiche attorno al nuovo diritto penale dell'impresa.

Attenta dottrina ha, in effetti, accolto nelle linee di tendenza del diritto penale contemporaneo l'esigenza di accordare tutela ad una gamma sempre più ampia di beni e tale fenomeno si manifesta in particolare modo in riferimento al diritto penale dell'economia².

In questo ambito si segnala, conseguentemente, una crescente presenza di cosiddetti beni strumentali, la cui integrità è cioè strumento e condizione per la sopravvivenza di beni ulteriori, i beni finali, che restano sullo sfondo, nel senso che la loro lesione o messa in pericolo è irrilevante, richiedendo soltanto, la norma incriminatrice, la lesione o la messa in pericolo del bene intermedio. Tali beni strumentali consisterebbero nelle modalità definite dalla legge per risolvere un conflitto di interessi, ossia per assicurare il rispetto delle prescrizioni imposte per ottenere il contemperamento degli interessi confliggenti³.

Come autorevolmente osservato oltre mezzo secolo fa, occorre guardarsi dal rischio di essere indotti a supporre che il vincolo di fedeltà, che lega l'amministratore alla società possa essere elevato a bene giuridico. Piuttosto, occorre chiarire che sanzionando penalmente l'infedeltà gestoria non si imputa all'amministratore di aver compiuto un atto esorbitante le proprie attribuzioni o ispirato a finalità extrasociali, bensì di avere recato danno alla società con abuso dei suoi poteri⁴.

² V. in proposito ZUCALÀ Giuseppe (2001), *La pretesa lesività delle condotte infedeli come offesa a un c.d. bene strumentale*, in *Il diritto penale dell'impresa*, a cura di CONTI Luigi, Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, diretto GALGANO Francesco, Padova, CEDAM, 351 e seguenti.

³ Su questi concetti, per tutti, MARINUCCI Giorgio e DOLCINI Emilio (1999), Corso di diritto penale, *Le fonti, il reato: nozione, struttura e sistematica*, Milano, Giuffrè, 396 e seguenti.

⁴ Così, PEDRAZZI Cesare (1953), *Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 577; nello stesso senso ROMANO Mario (1967), *Profili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di S.p.A.*, *Raccolta studi di diritto penale*, 132, nota 112, nonché, in una prospettiva *de iure condendo*, MARINUCCI Giorgio e ROMANO Mario (1971), *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in *Diritto*

Questo è sicuramente un imprescindibile punto di partenza per ogni analisi che si proponga l'ambizioso fine di individuare i confini di una fattispecie di infedeltà gestoria idonea a reprimere il fenomeno del conflitto di interessi degli amministratori di patrimoni altrui e nella quale sia al contempo possibile rinvenire un disvalore penalmente rilevante.

Certo, è innegabile come si fosse sviluppata e come non fosse, d'altro canto, priva di fondamento un'opinione dottrinale in base alla quale il termine di riferimento della protezione penale, nel settore dei reati societari, dovesse essere individuato nella "correttezza formale" dei gestori, nel "buon funzionamento" del consiglio di amministrazione, nella "limpidezza" della gestione sociale⁵.

Una simile impostazione, tuttavia, porta a svilire l'autonomo significato dell'offesa, facendone «null'altro che un doppione della tipicità, attraverso la creazione di beni giuridici meramente fittizi⁶».

Non a caso, della norma penale sul conflitto di interessi erano state proposte in dottrina due distinte interpretazioni: da una parte quella sostanzialistica, sostenuta da chi sottolineava la funzione sanzionatoria del diritto penale societario, valorizzandone il rapporto con disciplina civilistica posta dall'articolo 2391 del codice civile e ritenendo che l'apparente contraddizione fra le due disposizioni dovesse essere risolta nel senso di ritenere penalmente rilevante esclusivamente la condotta dell'amministratore che, nell'esercizio del voto in seno al consiglio d'amministrazione, perseguisse per conto proprio o di terzi un interesse in conflitto con quello della società. Dall'altra si poneva un'interpretazione formalistica,

penale delle società commerciali, a cura di NUVOLONE Pietro, Milano, Giuffrè, 117.

⁵ GIULIANI BALESTRINO Ubaldo (1978), *I problemi generali nei reati societari*, Milano, Giuffrè, 28 e 46.

⁶ Si veda ampiamente ancora FOFFANI Luigi (1987), *La tutela della società commerciale contro le infedeltà patrimoniali degli amministratori. Prima parte*, in *Giurisprudenza commerciale*, 93 e seguenti, in particolare 95 e seguenti, dove l'Autore ricorda le diverse impostazioni dottrinali in materia e, comunque, osservava che non fosse facilmente giustificabile la decisione legislativa di costruire la fattispecie incriminatrice del conflitto d'interessi nell'ambito societario secondo il modello del pericolo presunto.

prevalente, che riteneva insuperabile la discrepanza fra la disciplina penalistica e quella civilistica del conflitto di interessi⁷.

Proprio quest'ultima dottrina, tuttavia, pur criticando l'eccessivo rigore formalistico della disposizione di cui all'articolo 2631, evidenziava come essa fosse giustificata da un punto di vista politico criminale, in quanto l'osservanza di «una scrupolosa correttezza nelle forme» dell'amministrazione della società si risolvesse in una «difesa avanzata del patrimonio sociale»⁸, temperabile, semmai, attraverso il principio di necessaria offensività, nella misura in cui fosse ammessa «la prova del carattere non pericoloso del fatto».

Un problema analogo è quello che si presenta oggi quando si voglia cercare di individuare quale sia il bene tutelato dalla fattispecie di omessa comunicazione.

Infatti, pur se nella struttura della fattispecie sembra mancare l'offesa immediata a un bene finale, dal momento che il riferimento alla causazione di un danno patrimonio appare slegato dalla fattispecie di base, tanto da indurre a ritenere che possa trattarsi di una condizione obiettiva di punibilità, potrebbe sussistere l'offesa immediata di un bene cosiddetto strumentale.

Orbene, è dato d'osservare che, pur essendo stata introdotta nel contesto di una legge sulla tutela del risparmio, la disposizione di cui all'articolo 2629-bis non tutela direttamente l'interesse patrimoniale dei singoli risparmiatori, bensì il regolare e trasparente svolgimento dell'attività degli organi sociali, per un corretto impiego del denaro sociale.

⁷ PEDRAZZI Cesare (1953), *Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 580; ANTOLISEI Francesco (1999), *Manuale di Diritto Penale, Leggi complementari*, Volume I, *I reati societari, bancari, di lavoro e previdenza*, undicesima edizione, Milano, Giuffrè, n. 106; CONTI Luigi (1988), *Disposizioni penali in materia di società e consorzi*. Art. 2621-2642, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di GALGANO Francesco, III edizione, Bologna, Zanichelli, sub art. 2631; GIULIANI BALESTRINO Ubaldo (1978), *I problemi generali nei reati societari*, Milano, Giuffrè, 45 e seguenti.

⁸ PEDRAZZI Cesare (1953), *Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 581-582.

Una tutela, quindi, funzionale a interessi che stanno sullo sfondo e legata a formule più ampie, come il regolare funzionamento degli organi sociali e l'equilibrio interno dei poteri⁹.

Sarebbero dunque tali beni strumentali ad assicurare l'offensività dell'illecito penale, laddove se la norma incriminatrice non richiede né danno né pericolo per il bene cosiddetto finale, al quale quello strumentale fondamentalmente si aggancia e si ricollega.

L'assunto, forse, non è completamente persuasivo¹⁰, ma non può essere contestato semplicemente opponendo che c'è distinzione tra tutela di funzioni e tutela di beni. «Invero, se già si ammette - come si ammette in tale contrapposizione - l'esistenza di un "oggetto" tutelato dalla norma, non si comprende perché tale oggetto non debba già configurarsi e sussistere come una situazione di fatto permeata di valore che merita tutela giuridica, cioè come un bene giuridico; e correlativamente non si comprende come al bene si possa contrapporre una situazione (la funzione) che si configura come oggetto di tutela pur senza assurgere a bene giuridico. Se tale situazione di fatto sussiste e merita tutela, essa non può non configurarsi come bene; se non si può configurare come bene, non sussiste l'esigenza di tutela»¹¹.

In questo modo si eviterebbe di introdurre categorie puramente fittizie, che rendono difficoltosa se non addirittura impediscono l'individuazione di ciò che è oggetto di tutela penale.

Ciò che invece va assolutamente evitato è che il cosiddetto bene strumentale risulti direttamente enucleato e desunto solo dagli elementi di struttura indicati dalla norma per la descrizione del singolo fatto criminoso, giacché

⁹ NAPOLEONI Valerio (1992), *I reati societari, II: Infedeltà e abusi di potere*, Milano, Giuffrè, 265 e seguenti.

¹⁰ È significativo che in proposito MUCCIARELLI Francesco (1995), *Speculazione mobiliare e diritto penale*, Milano, Giuffrè, 6, non esiti ad affermare che tale assunto sembra non azzardato.

¹¹ ZUCCALÀ Giuseppe (2001), *La pretesa lesività delle condotte infedeli come offesa a un c.d. bene strumentale*, in *Il diritto penale dell'impresa*, a cura di CONTI Luigi, Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, diretto GALGANO Francesco, Padova, CEDAM, 353.

in tal caso non potrebbe porsi come entità autonoma ed idonea ad assurgere a bene giuridico, ad oggetto di tutela: sarebbe fittizio, mera espressione sintetica della condotta tipica e si finirebbe col confondere due oggetti di valutazione, tipicità e antigiuridicità, che vanno invece mantenuti nettamente distinti¹².

Per questo occorre insistere sulla necessità di ravvisare, specialmente in via interpretativa, un disvalore nell'omessa comunicazione del conflitto di interessi, avendo a mente che sanzionare penalmente il mancato rispetto di una procedura non rende, *rectius* non può rendere, automaticamente tale procedura un bene giuridico.

3. Il fine del presente lavoro e l'impostazione metodologica seguita.

Tanto premesso, sembra opportuno procedere a individuare gli obiettivi che si pone il presente lavoro, nonché il percorso seguito nello sviluppo dello stesso.

In primo luogo, prima di esaminare specificamente le norme di diritto penal societario cui è attualmente affidata la repressione del fenomeno del conflitto di interessi degli amministratori, è parso utile ricostruire come si presenti il quadro normativo della materia in esame in altri ordinamenti europei, sì da poter compiere un'efficace comparazione.

Sì è, pertanto, scelto di esaminare quali fossero le soluzioni offerte dalla disciplina francese, da quella spagnola e da quella inglese, le quali, si vedrà, sono al contempo tanto articolate e complesse quanto sono diversi i modelli di tutela e le problematiche applicative che ne derivano.

Vi è poi da considerare che ciascuno degli ordinamenti analizzati presenta

¹² V. ancora ZUCCALÀ Giuseppe (2001), *La pretesa lesività delle condotte infedeli come offesa a un c.d. bene strumentale*, in *Il diritto penale dell'impresa*, a cura di CONTI Luigi, Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, diretto da GALGANO Francesco, Padova, CEDAM, 354; l'Autore osserva che l'individuazione del bene giuridico negli elementi di struttura della fattispecie legale intacca alla radice la capacità del concetto di bene giuridico di apporre un limite liberale alla politica criminale. Esso così non svolgerebbe più il ruolo di garanzia contro l'arbitrio.

una peculiarità che li rende degni di attenzione per l'interprete italiano e al contempo li distingue tra loro per il tipo di riflessioni che permettono di svolgere.

È, infatti, noto come la Francia abbia conosciuto una lunga prassi applicativa in materia di abusi dei gestori sociali, sfociata in un'evoluzione non solo legislativa, quanto soprattutto giurisprudenziale e dottrinale, il che permetterà di considerare questioni che nell'ordinamento italiano non sono ancora emerse con altrettanto approfondimento. Problematiche simili a quelle conosciute in Italia emergono invece in Spagna, giacché è solo nel 1995 che è stato introdotto, nel riformato codice penale, un delitto che presenta notevoli affinità con l'infedeltà patrimoniale e riguardo al quale la dottrina iberica ha fin da subito lamentato alcune incongruenze del testo della disposizione. Infine, l'esperienza inglese, per la sua straordinaria peculiarità, darà modo di ampliare gli orizzonti dell'analisi, dando al contempo modo di studiare una disciplina costruita sulla prassi, com'è lecito aspettarsi da un ordinamento di *common law*, che è peraltro di recente giunta a confrontarsi con la codificazione di alcune importanti fattispecie a tutela del patrimonio.

Lo studio delle soluzioni normative adottate da altri ordinamenti consente, in ogni caso, di andare oltre a una semplice panoramica dei diversi modelli di disciplina del conflitto di interessi. Piuttosto che limitarsi alla comparazione di soluzioni nate per fronteggiare differenti aspetti problematici si tratterà, quindi, di dare lo spazio necessario all'approfondimento delle tematiche oggetto della presente trattazione, così come emergono in ordinamenti diversi, sviluppandosi in discipline dalle proprie peculiarità e dalle quali, di conseguenza, lo studioso di diritto non può reciderle, senza privarle della loro incidenza e originalità.

Un approccio orientato al problema, anziché all'analisi di soluzioni già presenti negli ordinamenti, riduce infatti il rischio di tralasciare aspetti che,

per la loro distanza da impianti sistematici conosciuti, non appaiono forieri di soluzioni proponibili altrove. È così possibile arricchire il ventaglio di alternative al modello di disciplina italiano, nell'ottica di un suo possibile miglioramento, a livello interpretativo, ma non escludendo neppure l'opportunità di cambiamenti radicali in funzione della sua razionalizzazione.

È, inoltre, importante verificare se le modifiche, apportate nel corso dell'ultimo decennio, alla disciplina penale del conflitto di interessi degli amministratori di società abbiano realmente comportato un deciso miglioramento della stessa, e in che termini.

Al tal fine non si può, peraltro, prescindere da una preliminare analisi rivolta a dar conto dell'evoluzione della disciplina civilistica in materia di conflitto di interessi, segnatamente con riguardo alla disposizione di cui all'articolo 2391 del codice civile, sulla quale ha profondamente inciso la riforma del diritto societario. È necessario, infatti, comprendere la *ratio* di tale normativa e, al contempo, individuare cosa significhi, alla luce della stessa, il concetto di interesse, in che termini esso sia rilevante e, soprattutto, cosa indichi l'espressione conflitto di interessi, ovvero quali siano i due poli che tale locuzione vede contrapposti.

È, infatti, di palmare evidenza come vi sia una strettissima connessione tra le fattispecie penali di cui agli articoli 2629-bis e 2634 del codice civile e la norma in tema di interessi degli amministratori contenuta all'interno della disciplina, di diritto commerciale, della società per azioni. Non si può, comunque, negare come non appaia agevole individuare una nozione di conflitto di interessi ai fini del diritto penale, sicché occorrerà affrontare anche tale, spinosa, questione.

Riguardo alle disposizioni dell'infedeltà patrimoniale e dell'omessa comunicazione del conflitto di interessi, al di là di un'accurata analisi delle stesse, che metta in luce tanto la struttura delle due fattispecie, quanto i non

pochi aspetti problematici ad esse afferenti, occorrerà esplicitare altresì i termini della loro difficile coesistenza. Non è, in effetti, chiaro, data la riconducibilità delle due norme a modelli di tutela sostanzialmente opposti tra loro, quale sia la disciplina che dovrebbe emergere nell'ipotesi in cui entrambe le disposizioni appaiano astrattamente applicabili.

Non da ultimo, occorre verificare se all'interno della complessa normativa attualmente vigente sussistano ancora dei *deficit* di tutela.

In caso di risposta affermativa a quest'ultimo quesito si impone, conseguentemente, la necessità di verificare l'applicazione, nel nostro ordinamento, di norme penali idonee a tutelare il patrimonio sociale, anche se estranee al contesto societario. Il pensiero corre naturalmente alla fattispecie di appropriazione indebita, che già prima dell'entrata in vigore della disposizione in materia di infedeltà patrimoniale poteva vantare lunga esperienza applicativa proprio in materia di abusi dei gestori sociali. Dar conto dell'evoluzione, tanto in dottrina che in giurisprudenza, registratasi in tema di distrazione di beni sociali permetterà dunque di verificare se la fattispecie di appropriazione indebita esca o meno indebolita dalla riformulazione della risposta penale al fenomeno dell'infedeltà gestoria e quali siano, attualmente, gli spazi applicativi della fattispecie di diritto comune.

È secondo questo ambizioso progetto di ricerca che si intende, dunque, intraprendere l'indagine di una materia ancora altamente instabile e dalla quale emergono con dovizia proficui spunti di riflessione.

PARTE PRIMA

***UN CONFRONTO COMPARATISTICO:
L'ESPERIENZA DI TRE DIVERSI ORDINAMENTI EUROPEI***

Capitolo I

L'ordinamento francese

1. Una disciplina integrata. **2.** La regolamentazione civilistica. **3.** *Abus de biens sociaux* e *abus de pouvoirs*: introduzione. **4.** Una pluralità di fattispecie penali. **5.** *Abus de biens et du credit social*. **6.** Tipi sociali ed ambito di applicazione della norma. **7.** Soggetti attivi. **8.** L'elemento soggettivo. 8.1. La malafede. 8.2. Il dolo specifico. 8.2.1. La funzione del dolo specifico. 8.3 La malafede e il disvalore della condotta. **9.** L'uso e l'abuso. **10.** La differenza rispetto all'*abus de confiance*. **11.** Oggetto del reato: i beni e il credito della società. **12.** La nozione di interesse sociale. 12.1. L'atto illecito e la contrarietà all'interesse sociale. 12.1.1. *L'arrêt* Carpaye. 12.1.2. *L'arrêt* Kis. 12.1.3. *L'arrêt* Carignon. 12.2. La presunzione di contrarietà all'interesse sociale. **13.** Antigiuridicità del fatto e gruppi di società. 13.1. *L'arrêt* Agache-Willot. 13.2. *L'arrêt* Rozemblum. **14.** Il bene giuridico tutelato. **15.** Il regime sanzionatorio del reato. **16.** La prescrizione.

1. Una disciplina integrata.

L'ordinamento francese costituisce un esempio interessante di messa in opera delle più significative tra le tecniche di prevenzione e di repressione dei conflitti di interessi¹³.

La disciplina del conflitto di interessi di questo Paese è infatti composta da norme sia civili che penali e si è sviluppata sul tessuto dell'abrogata *loi 24 juillet 1966*, n. 537, sulle *sociétés commerciales*, che comprendeva disposizioni di entrambi i tipi.

Il legislatore francese, con l'*ordonnance* n. 912 del 18 settembre 2000, ha in seguito trasferito nel *Code de commerce* tutte le disposizioni penali riguardanti le società commerciali e il commercio in generale, prima sparse

¹³ Così si esprimeva anche ENRIQUES Luca (2000), *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, Giuffrè, 46.

in numerose leggi speciali¹⁴. Con l'abrogazione della legge sulle società commerciali, inoltre, anche le norme sulla procedura da utilizzare in caso di conflitto di interessi degli amministratori sono andate a confluire nel *Code de commerce*¹⁵.

Già da un primo sguardo a tale disciplina, si comprende come vi siano sostanzialmente due modelli, la cui interazione pressoché corrisponde al rapporto tra fisiologia e patologia.

Il conflitto di interessi non è infatti visto, nell'ordinamento francese, come causa di una necessaria paralisi dell'azione degli amministratori, né come fonte di disvalore. Si vedrà, quindi, come, sul versante civilistico, siano state approntate delle cautele procedurali, mentre su quello penalistico il conflitto di interessi sia stato fatto emergere, soprattutto da parte della giurisprudenza, come presupposto qualificante dell'abuso, dal momento che solo quest'ultimo costituisce illecito penale¹⁶.

2. La regolamentazione civilistica.

Ai sensi dell'articolo L 225-38, ogni *convention* tra la società ed uno dei suoi amministratori (o direttori generali) deve essere preventivamente autorizzata dal consiglio di amministrazione. La stessa procedura è richiesta per le convenzioni in cui l'amministratore sia indirettamente interessato¹⁷.

Si noti che a decidere se una *convention* rientri o meno tra le «*conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions*

¹⁴ GIAVAZZI Stefania (2002), I reati societari in Francia, in *Il nuovo diritto penale delle società* a cura di ALESSANDRI Alberto, Milano, IPSOA, 488-516.

¹⁵ Precisamente al titolo II del libro II, articoli L 225-33 e seguenti. Dal momento che il testo delle disposizioni è rimasto immutato, gli apporti di dottrina e giurisprudenza anteriori al 2000 sono tuttora validi, ma vi è la difficoltà di conciliare i riferimenti alle fattispecie della legge sulle società commerciali rispetto alla nuova collocazione delle disposizioni. Per questa ragione, nell'appendice normativa le disposizioni recano indicazione anche della precedente posizione all'interno della legge 24 luglio 1966.

¹⁶ Il riferimento è alle fattispecie di *abus de biens sociaux* e *abus de pouvoirs*, previste dall'articolo 437 della legge sulle società commerciali e ora contenute all'interno del libro II, titolo IV, del *Code de commerce*, articolo L 242-6.

¹⁷ Si veda, per un maggiore approfondimento, CONSTANTIN Alexis (2007), *Droit des sociétés, Droit commun et droit spécial des sociétés*, 3° edizione, Paris, Dalloz, 235 e seguenti.

normales», e cioè le *conventions* esenti, previste dal successivo articolo L 225-39, sono il presidente del consiglio di amministrazione e l'amministratore interessato e che, ove essi concordino che essa vi rientri, nessuna delle cautele procedurali sarà applicabile¹⁸.

A norma dell'articolo L 225-40, in caso di convenzione rientrante, invece, tra quelle indicate nell'articolo L 225-38, l'amministratore interessato deve informare il consiglio («*dès qu'il a connaissance d'une convention à laquelle l'article L. 225-38 est applicable*») e deve astenersi dal voto nella delibera di autorizzazione.

Il presidente del consiglio di amministrazione deve invece dare notizia ai *commissaires aux comptes* di tutte le convenzioni autorizzate e deve altresì sottoporle all'assemblea. Quest'ultima delibera su ciascuna convenzione, *ex* articolo L 225-41.

Ferma restando la responsabilità di questi soggetti, gli accordi conclusi senza previa autorizzazione del consiglio di amministrazione possono, peraltro, essere annullati solo se hanno prodotto conseguenze dannose per la società¹⁹. L'approvazione della convenzione da parte dell'assemblea ha invece l'effetto di liberare da responsabilità nei confronti della società gli amministratori interessati e quelli che hanno autorizzato la convenzione, sempre che non vi sia stata *fraude*.

Oltre alle regole generali appena descritte, l'ordinamento francese prevede altresì un divieto selettivo: l'articolo L 225-43 vieta agli amministratori, a pena di nullità, di contrarre prestiti, nonché di farsi prestare garanzie per debiti propri²⁰. Il divieto non si applica tuttavia a banche e società finanziarie, ove si tratti di operazioni correnti concluse a condizioni

¹⁸ Si veda più ampiamente ENRIQUES, Luca (2000), *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, Giuffrè, 47.

¹⁹ MAGNO Daniele (2001), *Il conflitto di interessi e l'abus de droit nel diritto societario francese*, in Archivio CERADI <http://www.archivoceradi.luie.seguentit/documenti/archivoceradi/impresa/corporate/confitto_magno.pdf>

²⁰ V. ENRIQUES Luca (2000), *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, Giuffrè, 51 e MAGNO Daniele (2001), *Il conflitto di interessi e l'abus de droit nel diritto societario francese*, in Archivio CERADI, <http://www.archivoceradi.luie.seguentit/documenti/archivoceradi/impresa/corporate/confitto_magno.pdf>.

normali²¹.

3. Abus de biens sociaux e abus de pouvoirs: introduzione.

Venendo, ora, all'analisi delle disposizioni di *droit pénal des affaires*²², occorre evidenziare che un ruolo chiave è rivestito dall'articolo L 242-6 del codice del commercio, il quale punisce con la reclusione fino a cinque anni e con una multa l'amministratore di società anonima²³ che, in malafede, abbia fatto un uso contrario agli interessi della società dei beni o del credito di questa, ovvero dei propri poteri e dei voti di cui disponeva nella propria qualità di amministratore, a fini personali o per favorire altra società o impresa nella quale egli sia direttamente o indirettamente interessato.

Si tratta di una disposizione unitaria, ma che racchiude le due fattispecie di *abus de biens sociaux* e di *abus de pouvoirs*²⁴. Più propriamente si tratterebbe di *abus de biens et du crédit social*, da una parte, e *abus de pouvoirs et des voix*²⁵, dall'altra, tuttavia occorre precisare che la disposizione presenta una struttura non nettamente bipartita e che, nelle stesse pronunce giurisprudenziali che hanno segnato l'evoluzione delle fattispecie, come si vedrà, non è mancata una certa confusione tra le diverse condotte evidenziate dalla norma. D'altro canto, la stessa dottrina francese correntemente utilizza la locuzione *abus de biens sociaux* per indicare indistintamente le diverse fattispecie²⁶.

²¹ Per una trattazione dei divieti posti a carico degli esponenti bancari nella disciplina italiana, v. ZAMBUSI Angelo (2005), *L'infedeltà patrimoniale interna degli operatori bancari*, Padova, CEDAM.

²² BRAUD Alexandre (2005), *Droit pénal des affaires*, Paris, Ellipses, 35, evidenzia che, a seguito delle riforme del 2001 e del 2004, che hanno operato una vasta depenalizzazione e riorganizzazione, le fattispecie di diritto penale societario sono state ridotte e modificate.

²³ Altre disposizioni, analoghe, sono previste per altri tipi di società e altri tipi di soggetti. Agli articoli L 241-3 per le società a responsabilità limitata, L 242-30 per le società anonime con consiglio di sorveglianza, L 247-8 per i liquidatori, L 246-2 per i dirigenti di fatto. Si veda GIUDICELLI-DELAGE Geneviève (2006), *Droit pénal des affaires*, 6^e edizione, Paris, Dalloz, 214, per una chiara classificazione e, più diffusamente, MÉDINA Annie (2001), *Abus des biens sociaux: Prévention, Détection, Poursuite*, Paris, Dalloz, 11 e seguenti.

²⁴ Si rinvia, per un chiarimento, alla sentenza 15 marzo 1972, *Chambre criminelle*, su cui v. *infra*.

²⁵ Per una breve trattazione della stessa, si rinvia a BOSQUET-DENIS Jean-Bernard (1997), *Droit pénal des Sociétés*, Paris, Economica, 51 e seguenti, nonché alla monografia di MÉDINA Annie (2001), *Abus des biens sociaux: Prévention, Détection, Poursuite*, Paris, Dalloz, 55 e seguenti.

²⁶ Lo menziona espressamente ATIBACK Aline (2007), *L'abus de biens sociaux dans le groupe de*

Ciò premesso, è indubbio che tale disposizione sanzionatoria rivesta un ruolo centrale all'interno dei reati societari in Francia, specialmente dopo che con la *loi* 420 del 2001, in ossequio al principio di *extrema ratio* del diritto penale e alla creazione della *injonction de faire*²⁷, il legislatore ha abrogato ogni fattispecie di mera violazione di prescrizioni formali²⁸.

Non si può, peraltro, trascurare il dato che il delitto di abuso di beni e crediti sociali, così come quello di abuso di voti e di poteri, nasce con il *décret-loi* 8 agosto 1935, ovvero sull'onda di una serie di frodi societarie e finanziarie, di fronte alle quali il delitto comune dell'*abus de confiance* si era dimostrato inadeguato²⁹. È, quindi, fin dal 1935, che l'ordinamento francese assegna a queste fattispecie di reato il ruolo di norme cardine di tutto il diritto penale societario³⁰. Come è stato recentemente osservato, si tratta di figure

sociétés, Paris, L'Harmattan, 18; analogo uso, implicitamente, è ravvisabile in LEPAGE Agathe, MAISTRE DU CHAMBON Patrick, SALOMON Renaud (2008), *Droit pénal des affaires*, Paris, LexisNexis Litec, 281. Per un'analisi della disciplina dell'abuso di poteri e di voti, si rinvia all'opera di MÉDINA Annie (2001), *Abus des biens sociaux: Prévention, Détection, Poursuite*, Paris, Dalloz, 55 e seguenti. Si veda, altresì, la distinzione e classificazione operata da LEPAGE Agathe, MAISTRE DU CHAMBON Patrick, SALOMON Renaud (2008), *Droit pénal des affaires*, Paris, LexisNexis Litec, 285 e seguenti.

²⁷ Si tratta di un istituto civilistico, che mira ad ottenere il rispetto di prescrizioni legali.

²⁸ Altre abrogazioni pongono rimedio alla contemporanea presenza di precetti, sostanzialmente identici, nel diritto comune, quali la truffa nella costituzione di società di capitali. Tale legge di riforma, però, contrariamente a quanto avvenuto in Italia, non è andata a incidere autonomamente sulla sostanza del diritto penale societario, ma si limita ad armonizzare i contenuti con le novità introdotte dalla legge in altri settori dell'ordinamento, talora cogliendo l'occasione per migliorare il dato formale. V. sul punto GIAVAZZI Stefania (2002), *I reati societari in Francia*, in *Il nuovo diritto penale delle società* a cura di ALESSANDRI Alberto, Milano, IPSOA, 489. L'autrice mette altresì in evidenza come una vera e propria riforma mirata diritto penale societario deve ancora essere avviata e, allo Stato, non esistano progetti di legge in questo senso: una riforma che sia in grado di rispondere alle istanze di cambiamento che emergono dal vivace dibattito francese sulla modernizzazione del diritto penale dell'economia, che avanza richieste di intervento di ben più ampia portata, soprattutto con riguardo la fattispecie dell'*abus de biens e de credit sociaux*.

²⁹ Il delitto di *abus de confiance*, fino al 1935, costituiva, in effetti, l'unico presidio contro condotte abusive dei gestori e conserva tuttora questa funzione nell'ambito delle società per cui non è applicabile la fattispecie di *abus de biens sociaux*. Si consideri, inoltre, che originariamente la fattispecie di *abus de confiance* era contenuta entro gli stretti limiti di cui all'articolo 408 del codice penale francese, disposizione che faceva espresso riferimento a un elenco di contratti, in base alla quale si aveva la disponibilità dei beni. Inizialmente restia ad applicare la norma ad un ambito societario, la giurisprudenza d'oltralpe si era successivamente inclinata nel senso di considerare come contratto di mandato, quindi ricompreso nel testo della disposizione, il rapporto tra una società e i suoi gestori. Il testo letterale della norma veniva però, in tal modo, innaturalmente dilatato; al tempo stesso, però, la giurisprudenza aveva interpretato estensivamente anche le condotte di *détournement* e *dissipation*, nonché l'oggetto materiale del reato, ovvero le cose mobili. Si veda MÉDINA Annie (2001), *Abus des biens sociaux: Prévention, Détection, Poursuite*, Paris, Dalloz, 2, che menziona come fosse stato assimilato alle cose mobili anche un segreto industriale; nonché VÉRON Michel (2008), *Droit pénal spécial*, 12° edizione, Paris, Dalloz, 296 e seguenti, sulla riforma della fattispecie di *abus de confiance*, in particolare a pagina 300 e seguenti, dove descrive ampiamente il concetto di *détournement* e quello, connesso, di *usage abusif*.

³⁰ Si veda altresì GIAVAZZI Stefania (2002), *I reati societari in Francia*, in *Il nuovo diritto penale*

delittuose ancora di grande attualità e, senza dubbio, dal radioso futuro³¹.

Appare, in effetti, evidente, che si tratta di previsioni ampie, la cui *ratio* è stata ravvisata sia nella protezione di interessi privati, delle società, quanto, anche se forzatamente, di interessi più lati, quali l'economia pubblica.

È, perciò, opportuno che il confronto comparatistico sia orientato precipuamente nei confronti dell'esperienza applicativa in materia di *abus des biens sociaux* e, più precisamente, con riguardo all'elemento della contrarietà all'interesse sociale. La condotta incriminata consiste infatti nell'*usage*, che significa servirsi di qualche cosa, termine molto ampio, e lascia perciò all'espressione «*contraire à l'intérêt social*», che l'accompagna, il ruolo di fulcro del disvalore. È dunque sulla base della contrarietà all'interesse della società³² che l'evoluzione giurisprudenziale ha efficacemente scriminato le condotte punibili³³. La giurisprudenza d'Oltralpe³⁴, inoltre, ha ammesso pacificamente l'equiparazione tra danno e pericolo quanto a offensività della condotta e identifica, perciò, nel criterio

delle società a cura di ALESSANDRI Alberto, Milano, IPSOA, 491.

³¹ CHILSTEIN David (2008), *L'abus de biens sociaux*, in *Les Petites Affiches*, 18 juin 2008 n° 122, 25.

³² Sarebbe questo l'elemento maggiormente qualificante, che distingue la fattispecie francese di abuso dal modello tedesco dell'infedeltà patrimoniale. Questo requisito modale della condotta costituirebbe perciò un passo in avanti; non si può tuttavia trascurare che si tratta di un concetto vago, in mancanza di un substrato normativo extrapenale adeguato. V. in proposito l'opinione di MANNA Adelmo (2004), *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, in *Itinerari di Diritto Penale*, Torino, Giappichelli, 132.

³³ Niente di simile può essere detto a proposito della disposizione italiana, la quale, peraltro, se nella rubrica rende omaggio alla contrapposta tradizione germanica dell'*Untreue*, si dimostra d'altro canto refrattaria ai tentativi di ricondurla a un paradigma già conosciuto. In proposito parla di tre grandi paradigmi di tutela CALÒ Raffaella (2006), *Infedeltà patrimoniale e appropriazione indebita: un problema di delimitazione reciproca*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1074 e seguenti; si tratta di un modello in cui il conflitto di interessi è accompagnato da un atto di disposizione patrimoniale e il reato si configura di pericolo presunto (il riferimento è all'abrogato articolo 2631 del codice civile); un secondo modello in cui l'infedeltà patrimoniale è costruita come un reato di evento, accompagnato da dolo generico, sicché è la condotta stessa a rivestire una connotazione "negativa" (sarebbe il caso dell'*Untreue*); e un terzo modello, incentrato sulla condotta di abuso (il riferimento è al modello francese), per il quale è del tutto irrilevante la causazione o meno di un danno patrimoniale. Ciò che maggiormente sorprende, a detta di questa Autrice, è l'apparente riconducibilità della fattispecie di cui all'articolo 2634 del codice civile a tutti e tre i paradigmi.

³⁴ In effetti, nonostante il testo legislativo non preveda quale elemento costitutivo del reato il verificarsi di un pregiudizio per la società, la nozione di contrarietà all'interesse sociale è unanimemente interpretata nel senso di atto pregiudizievole, che attenta al patrimonio sociale diminuendone la consistenza. Autorevole dottrina ha peraltro precisato che la contrarietà all'interesse sociale si manifesta qualora sia compiuto un «atto che espone la società a rischi anormali e gravi in cui non si sarebbe trovata». Dunque non servirebbe il danno, ma si tratta comunque di una tutela che sanziona ipotesi contrarietà all'interesse. Sul punto cfr. DELMAS-MARTY Mireille (1976), *Nota alla sentenza 16 dicembre 1975*, in *Gazette du Palais*, I, 298.

modale della contrarietà all'interesse sociale il *discrimen* tra condotte punibili o non punibili. Come si vedrà, essa ha, dunque, individuato i limiti all'applicazione della sanzione alle ipotesi in cui, pur ricorrendo solo un pericolo per il patrimonio sociale, fosse evidente la contrarietà all'interesse sociale della condotta dell'agente.

Peraltro, nell'attesa di una riforma³⁵, che limiti talune storture del sistema così formatosi e auspicata, tra gli altri, dal senatore Marini³⁶, si tratta di vedere perché e in che modo l'abuso di beni e quello di poteri, identici quanto a elementi costitutivi, costituiscano, da oltre settanta anni, le fondamenta del diritto penale societario francese³⁷.

Va, inoltre, segnalato che non esiste un'unica fattispecie, bensì più disposizioni, a seconda del tipo di società. I soggetti puniti da ciascuna norma, inoltre, mutano a seconda del tipo di società interessata³⁸. I soggetti attivi di queste fattispecie di reati propri sono, peraltro, accomunati dalla circostanza di operare nelle società, restando escluse altre tipologie di enti.

Si aggiunga che, nonostante l'ordinamento francese ammetta la responsabilità penale delle persone giuridiche³⁹, questa non è prevista in via generale e non esiste alcuna norma che sancisca tale responsabilità per i delitti di abuso di beni e credito, poteri e voti. Le persone giuridiche, in ipotesi di abuso di beni sociali, risponderanno, eventualmente, a titolo di ricettazione, ovvero *recel*⁴⁰, una fattispecie, come si dirà, strettamente

³⁵ «Tuttavia, nessuna delle istanze di riforma si muove nel senso di una eliminazione della fattispecie, nonostante siano venute meno le ragioni all'origine della norma: col nuovo codice penale del 1994, infatti, il campo di applicazione dell'*abus de confiance* è stato allargato permette oggi di pulire anche gli amministratori che hanno distratto un qualunque bene appartenente alla società»: così GIAVAZZI Stefania (2002), I reati societari in Francia, in *Il nuovo diritto penale delle società* a cura di ALESSANDRI Alberto, Milano, IPSOA, 493.

³⁶ MARINI Philippe, *Rapport au Sénat 1997*, in *Journal Officiel*, 15 ottobre 1997, 101.

³⁷ GIAVAZZI Stefania (2002), I reati societari in Francia, in *Il nuovo diritto penale delle società* a cura di ALESSANDRI Alberto, Milano, IPSOA, 492.

³⁸ Per le società anonime, cui si riferisce l'articolo L 242-6, che andremo a esaminare, sono puniti il presidente, i direttori generali e gli amministratori.

³⁹ Introdotta con il nuovo codice penale del 1994 all'articolo 121-2.

⁴⁰ GIAVAZZI Stefania (2002), *I reati societari in Francia*, in *Il nuovo diritto penale delle società* a cura di ALESSANDRI Alberto, Milano, IPSOA, 495. Per un inquadramento sulla figura della ricettazione nel diritto penale dell'economia, si rinvia a BRAUD Alexandre (2005), *Droit pénal des affaires*, Paris, Ellipses, 9 e seguenti, e VÉRON Michel (2008), *Droit pénal spécial*, 12^o edizione, Paris, Dalloz, 317 e

connessa alla problematica in esame.

3.1. Tipi sociali ed ambito di applicazione della norma.

Non ogni gestore di società è sanzionabile ai sensi dell'articolo L. 242-6 del codice di commercio francese.

Già è stato precisato che tale disposizione, precipuo oggetto di questo commento, riguarda il delitto di *abus de biens et du crédit social* in relazione alle sole società anonime. Per quanto riguarda le altre tipologie societarie, gli amministratori e i dirigenti sociali sono comunque assoggettati alla stessa disciplina penale o a norme similari.

La disposizione era, infatti, originariamente applicabile, secondo i decreti legge dell'8 agosto e del 30 ottobre 1935, alle società in accomandita per azioni, alle società anonime e a quelle a responsabilità limitata, nonché ad ogni tipo di organismo d'assicurazione, di capitalizzazione e di risparmio⁴¹. Successivamente all'apparizione, nell'ordinamento francese, di nuove forme sociali, il legislatore penale è intervenuto per estendere anche ad esse l'applicabilità della medesima disciplina penale. Non tutti i testi di legge successivamente introdotti sono, però, perfettamente uguali a quello originale. Esistono, dunque, società alle quali si applica la fattispecie originaria, altre alle quali si applicano testi simili, ancorché non identici, ed altre ancora che risultano non assoggettate ad alcuna tutela e per le quali si ricorre ancora all'*abus de confiance*⁴².

La fattispecie base di *abus de biens sociaux*, come descritta dall'articolo L 242-6 del codice di commercio, estende il proprio ambito di applicazione alle società commerciali, ovvero alle società in accomandita per azioni⁴³,

seguenti.

⁴¹ MEDINA Annie (2001), *Abus des biens sociaux: Prévention, Détection, Poursuite*, Paris, Dalloz, 11 e seguenti.

⁴² Si veda, in proposito, LEPAGE Agathe, MAISTRE DU CHAMBON Patrick, SALOMON Renaud (2008), *Droit pénal des affaires*, Paris, LexisNexis Litec, 279, dove figura una riflessione sulla violazione del mandato sociale di amministrare i beni sociali, ciò che sarebbe alla base anche dell'*abus de confiance*.

⁴³ Si tratta della prima tipologia considerata dalla legge del 24 luglio 1867. Il Codice di commercio,

alle società anonime⁴⁴, alle società per azioni semplificate⁴⁵ e alle società a responsabilità limitata⁴⁶.

Quanto a queste due ultime tipologie, è bene precisare che, rispetto alle altre società commerciali, esse hanno caratteristiche che denotano altresì uno stretto legame con le società di persone. L'applicazione della fattispecie di *abus de biens sociaux* alla società per azioni semplificata, che costituisce un tipo sociale, introdotto dal legislatore francese nel 1994, caratterizzato da un forte *intuitus personae*, è peraltro giustificato dalla grande vicinanza formale con la disciplina propria delle società anonime.

Quanto alle società a responsabilità limitata, che costituiscono una forma generalmente utilizzata per imprese di piccole dimensioni o a carattere familiare, la ragione che giustifica l'estensione della norma è ravvisabile nella circostanza che la società è, comunque, una persona giuridica distinta dai propri soci e gli abusi sul patrimonio sociale non danneggiano solo la società in quanto tale, ma anche i terzi.

Venendo, invece, alle società non commerciali, ad esse non corrisponde la medesima tutela penale nei confronti degli abusi sociali.

In primo luogo, alle società cooperative⁴⁷ si applica una disciplina differente, sia nelle pene previste, sia, soprattutto, nella formulazione della norma. Essa sanziona, in effetti, gli amministratori o i gestori che abbiano fatto dei propri poteri un uso contrario all'interesse della società per fini personali o per favorire un'altra società o impresa nella quale essi abbiano un qualunque interesse ed, in particolare, abbiano disposto in queste

articolo L. 243-1 (previgente articolo 460 L. 24 luglio 1966), dichiara, infatti, applicabile alle società in accomandita per azioni l'articolo L. 242-6 relativo al delitto di *abus de biens et du crédit social* nelle società anonime.

⁴⁴ Il delitto è previsto agli articoli L. 242-6 e L. 242-30 del codice di commercio.

⁴⁵ Questo tipo di società è stato creato in Francia dalla legge n° 94-1 del 3 gennaio 1994. Le norme in materia di *abus de biens et du crédit social* si applicano alle S. A. S. per effetto dell'articolo L. 227-1, 2° c., C. com.

⁴⁶ Il delitto è previsto all'articolo L. 241-3 del codice di commercio. Sono dunque escluse le società in nome collettivo. Si veda, sul punto, LEPAGE Agathe, MAISTRE DU CHAMBON Patrick, SALOMON Renaud(2008), *Droit pénal des affaires*, Paris, LexisNexis Litec, 280.

⁴⁷ Articolo 26, 3° comma, L. 10 settembre 1947, come modificata dalla L. n° 643, 13 luglio 1992.

condizioni dei beni e del credito di questa.

La fattispecie creata per le cooperative non menziona, quindi, alcun abuso dei beni e del credito, bensì fa riferimento ad un abuso di poteri e ad atti di disposizione su beni e credito, che presuppongono azioni più gravi del semplice uso abusivo come la distruzione o l'alienazione di beni⁴⁸. In più le pene corrispondenti sono le stesse previste per la truffa⁴⁹.

Al contrario, le *sociétés civiles de placement immobilier*, ovvero le società di mediazione immobiliare⁵⁰, sono state sottoposte dalla legge del 31 dicembre 1970 alla stessa disciplina prevista per quelle anonime, mentre le imprese d'assicurazione⁵¹ e le casse di risparmio e previdenza godono della originaria tutela penale introdotta sin dal 1935.

Diversa, invece, la disciplina applicata alle società di costruzione⁵², dal momento che l'abuso dei beni e del credito di queste società è sanzionato con una pena pecuniaria, alternativa alla pena detentiva.

In generale, dunque, può rilevarsi che la personalità giuridica è un presupposto per l'applicazione del delitto di abuso dei beni sociali. Conseguentemente, la disciplina che regola il delitto *de quo* non viene applicata in ipotesi di società non registrate⁵³.

In tal caso, la norma applicabile, oltre che quella maggiormente idonea, rimane quella dell'*abus de confiance*.

⁴⁸ Così osserva MEDINA Annie (2001), *Abus des biens sociaux: Prévention, Détection, Poursuite*, Paris, Dalloz, 15.

⁴⁹ Sulla connessione tra le due tipologie, v. *infra*. Si veda, inoltre, in tema di *escroquerie*, VÉRON Michel (2008), *Droit pénal spécial*, 12° edizione, Paris, Dalloz, 275. Si tenga presente che anche nell'ordinamento francese, come quello italiano, il soggetto attivo, *escroc*, induce in errore la vittima del reato con mezzi fraudolenti.

⁵⁰ Articolo 24, 3° comma, L. n°1300 del 31 dicembre 1970.

⁵¹ Già il decreto legge del 30 ottobre 1935 aveva esteso alle società di assicurazione, di capitalizzazione e di risparmio le disposizioni dell'articolo 15 della legge 24 luglio 1867. La disciplina attuale risale alla legge n° 94-5 del 4 gennaio 1994.

⁵² Articolo L. 241-6 del Codice della costruzione, introdotto dalla L. 7 agosto 1957, articolo 59.

⁵³ Fra le società non registrate bisogna considerare tanto le società in formazione e le società apparenti. Le prime si trovano in una situazione provvisoria, durante la quale i rapporti fra gli associati sono retti dal contratto di società e quindi disciplinati dai principi generali dei contratti e delle obbligazioni. Vi sono, infine, le società che sono state registrate, ma che per legge o perché una delle condizioni di validità fa difetto hanno perso la personalità giuridica: è il caso delle società di fatto. La società non esiste più per l'avvenire, ma gli effetti passati sussistono. In mancanza di espressa disposizione legislativa alle società di fatto viene applicato la norma d'*abus de confiance*.

4. Abus de biens et du credit social.

Nell'apprestarsi ad analizzare i punti significativi della disciplina penale degli abusi dei gestori di società nell'ordinamento francese, si impone, dunque, una doverosa premessa. Come si è *supra* accennato, esiste una pluralità di fattispecie, declinate sia in base al tipo di società, sia sulla scorta dell'oggetto dell'abuso perpetrato dagli amministratori ai danni dell'interesse sociale. Tuttavia, gli elementi caratteristici, fondamentali ai fini della presente trattazione, sono tutti rappresentati nella fattispecie di *abus de biens et du credit social*, di cui all'articolo L 242-6, terzo comma, del codice di commercio francese, sicchè oggetto precipuo di analisi sarà essenzialmente questa specifica norma.

L'*abus de biens et du credit social* sanziona il presidente, gli amministratori o i direttori generali di una società anonima che, in malafede, abbiano fatto un uso dei beni o del credito della società che essi sapevano contrario all'interesse di questa, per dei fini personali o per favorire un'altra società o impresa nella quale essi abbiano interessi diretti o indiretti⁵⁴.

Nato, come anticipato, nel 1935, con l'obiettivo di tutelare i privati che investivano i propri risparmi nell'ambito societario, il reato in questione è successivamente diventato una sorta di “*délit fourre-tout*”⁵⁵, ovvero delitto “borsonne”, una “*infraction à tout faire*”⁵⁶, cioè un illecito “tuttofare”, in ragione del suo ampio campo di applicazione.

⁵⁴ Il testo è stato aggiornato dalla legge del 24 luglio 1966 che, rispetto alla formulazione del 1935, si è limitata ad aggiungere all'espressione "per favorire un'altra società" le parole "o impresa". La disposizione, originariamente prevista dal decreto del 1935 e modificata dalla legge del 24 luglio 1966, è stata, come detto, successivamente introdotta nel Codice del commercio francese, alla Sezione 2, capitolo II, titolo IV, libro II del Codice di commercio, parte legislativa, e precisamente dall'ordinanza n° 2000-912 del 18 settembre 2000.

⁵⁵ DE ROUX Xavier & BOUGARTCHEV Kiril (1995), *L'abus de biens sociaux: derniers excès*, Bulletin Joly, n. 372, 1028.

⁵⁶ Espressione contenuta nel *Rapport Marini, La modernisation du droit des sociétés*, rapporto al Primo ministro del 13 luglio 1996. Ne parla, invece, come di una prima donna nel panorama degli strumenti di repressione della corruzione nelle attività imprenditoriali DUCOULOUX-FAVARD Claude, *L'abuso dei beni e poteri sociali nell'ordinamento francese*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1997, I, 973.

La fattispecie di *abus de biens sociaux*, nata per tutelare soggetti privati, ha, infatti, assunto un ruolo di delitto d'interesse pubblico o generale e partecipa persino, come si darà conto, con una posizione di primo piano, ad un ruolo di moralizzazione della vita politica⁵⁷.

5. *Soggetti attivi.*

Ai sensi della legge francese sono suscettibili di incriminazione per *abus de biens sociaux* solo dirigenti, amministratori e direttori generali delle società suindicate. Ne consegue che condotte analoghe, ma poste in essere da soggetti diversi, quali ad esempio i dipendenti o i soci della società, saranno semmai sanzionati in base alla fattispecie comune in tema di *abus de confiance*.

Occorre, comunque, aggiungere che, analogamente a quanto prevede l'articolo 2634 del codice civile italiano, anche il liquidatore di una società può commettere il delitto di *abus de biens et du crédit social*⁵⁸. Peraltro, si segnala che tale soggetto può essere punito per abuso dei beni sociali anche se esercita le proprie funzioni all'interno di una società la cui forma sociale esclude normalmente l'applicabilità del reato di *abus de biens et du crédit social*⁵⁹.

Quanto alla sussistenza di fatto del requisito soggettivo richiesto dalla figura di reato di *abus de biens et du crédit social*, occorre preliminarmente evidenziare che, nell'ordinamento penale francese, il tema della soggettività

⁵⁷ Cfr. BERTREL Jean-Pierre (1995), *Pour une normalisation de l'abus de biens sociaux*, *Droit et patrimoine*, settembre 1995, 4 e DUCOULOUX-FAVARD Claude (1997), *De la corruption par abus de biens sociaux et «recol – consequent»*, in *Les Petites Affiches*, n°20, 14 février, 12.

⁵⁸ L'estensione è prevista all'articolo 247-8 del codice di commercio (modificato ex articolo 488 L. 24 luglio 1966), il quale stabilisce che è punito con l'arresto di 5 anni e un'ammenda di 60.000 franchi il fatto, per un liquidatore, in malafede, di fare, dei beni o del credito della società in liquidazione, un uso che egli sappia contrario all'interesse di questa, per dei fini personali o per favorire un'altra società e impresa nella quale è interessato direttamente o indirettamente. Alla medesima disciplina incriminatrice sono, poi, assoggettate anche le società apparenti, nelle quali nessuna volontà di costituire una società esiste fra gli associati, ma essi vengono dichiarati soci *ex post*, in sede di accertamento giudiziale.

⁵⁹ La fattispecie, da considerarsi autonoma, è infatti estesa a tutte le società commerciali. MEDINA Annie (2001), *Abus des biens sociaux: Prévention, Détection, Poursuite*, Paris, Dalloz, 191 e seguenti.

di fatto non è limitato all'ambito del diritto penale societario⁶⁰, tuttavia non per tutte le società è prevista la responsabilità del dirigente di fatto, bensì solo per tutte le società commerciali e per le società, cosiddette civili, di mediazione immobiliare⁶¹.

Venendo specificamente all'*abus des biens* può, dunque, rendersi colpevole del reato tanto ogni dirigente di diritto, quanto quelli di fatto⁶², cioè coloro che, pur in assenza di un formale mandato, gestiscono la società in maniera attiva, costante e che sia connotata dal prendere parte a decisioni⁶³.

Può essere incriminato anche il presidente della società che, nelle società anonime, è la persona fisica eletta dal consiglio di amministrazione tra i suoi membri e che assicura la direzione generale della società. A loro volta, i direttori generali sono mandatari del consiglio di amministrazione e hanno il compito di assistere il presidente.

Altri articoli del codice di commercio estendono poi l'applicazione del delitto anche ai membri del *directoire*, ovvero il collegio cui è affidata la gestione sociale, e a quelli del consiglio di sorveglianza, che esercita il controllo sulla gestione della società da parte del *directoire*, nell'ambito della società anonime, delle società per azioni semplificate, società a responsabilità limitata e società in accomandita per azioni⁶⁴.

6. L'elemento soggettivo.

Come anticipato, il legislatore francese ha munito il reato di *abus de biens et*

⁶⁰ Poiché si estende anche ai reati fiscali e fallimentari.

⁶¹ MEDINA Annie (2001), *Abus des biens sociaux: Prévention, Détection, Poursuite*, Paris, Dalloz, 194 e seguenti

⁶² Per le società anonime, si veda l'articolo 463 della legge n° 537 del 24 luglio 1966, che ha modificato l'articolo L. 246-2 del codice di commercio.

⁶³ Il *Conseil Constitutionnel* 18 ottobre 1977, aveva formulato la nozione di dirigente di fatto in materia fiscale, ma questa è stata poi estesa al *droit pénal des affaires*. La pronuncia è riportata da MEDINA Annie (2001), *Abus des biens sociaux: Prévention, Détection, Poursuite*, Paris, Dalloz, 190. Si veda anche MESTRE Jacques, VELARDOCCIO Dominique, BLACHARD-SEBASTIEN Christine (2000), *Lamy Sociétés commerciales*, Paris, Lamy, n. 580, 259.

⁶⁴ Si rinvia, per una più chiara panoramica delle varie norme, che nel contesto della presente trattazione occuperebbe troppo spazio, a MÉDINA Annie (2001), *Abus des biens sociaux: Prévention, Détection, Poursuite*, Paris, Dalloz, 182 e seguenti.

du crédit social di un elemento soggettivo duplicemente caratterizzato, da un lato dalla malafede e dall'altro dall'interesse personale del dirigente sociale, ovvero dall'intenzione dell'agente di trarre dall'operazione effettuata un vantaggio direttamente o indirettamente personale⁶⁵.

La scelta legislativa trova giustificazione nel fatto che l'elemento materiale dell'illecito ha, comunque, a differenza dell'infedeltà patrimoniale di cui all'articolo 2634 del nostro codice civile, un ambito d'applicazione ampio, che necessita di essere delimitato.

Una simile descrizione dell'elemento soggettivo permette anche di escludere che possa essere considerato penalmente rilevante l'atto contrario all'interesse sociale che, solo incidentalmente, si riveli vantaggioso per il gestore, senza che risulti evidente il perseguimento di un interesse extrasociale⁶⁶.

L'interesse dell'amministratore, infatti, rientra pienamente nell'elemento soggettivo del reato e deve essere oggetto della volontà dell'agente. In effetti, la dottrina maggioritaria⁶⁷ ritiene l'elemento soggettivo composto da un dolo generale-intenzionale, corrispondente alla malafede, e dal dolo specifico, ovvero l'interesse personale.

6.1. La malafede.

Analogamente al presupposto del conflitto di interessi, conosciuto dall'ordinamento italiano, la malafede serve a qualificare il reato di *abus de biens et du crédit social* come un illecito intenzionale ed esclude pertanto la rilevanza della semplice negligenza o dell'imprudenza. Ciononostante, in materia di *droit des affaires* la *Cour de Cassation*, per lungo tempo,

⁶⁵ La norma fa riferimento al fine di “*favorire un'altra società o impresa nella quale essi abbiano interessi diretti o indiretti*”.

⁶⁶ Si esprime in questi termini MEDINA Annie (2001), *Abus des biens sociaux: Prévention, Détection, Poursuite*, Paris, Dalloz, 207.

⁶⁷ VITU André (1982), *Droit pénal spécial*, Parigi, Cujas, n° 985; JEANDIDIER Wilfrid (2005), *Droit pénal des affaires*, Paris, Dalloz, n°276, 377; e, soprattutto, MEDINA Annie (2001), *Abus des biens sociaux: Prévention, Détection, Poursuite*, Paris, Dalloz, 204 e seguenti.

quantomeno fino agli anni Settanta, non aveva esitato a ritenere spesso valida una presunzione di esistenza di malafede in presenza degli elementi materiali del fatto. Operava, così, di fatto, un'inversione dell'onere della prova che finiva per gravare sul dirigente e poteva bastare anche una mera *faute de gestion* a configurare il reato in parola⁶⁸.

Una questione connessa è se la malafede sussista nell'ipotesi in cui la condotta del dirigente sia ratificata dalla maggioranza dei soci o, *rectius*, della maggioranza espressa in seno agli organi abilitati a dare autorizzazione a determinati atti sociali. In effetti, addurre in simili ipotesi la propria buona fede sembrerebbe una difesa praticabile da parte dei gestori imputati per *abus de biens et du crédit social*.

La giurisprudenza rifiuta nettamente questo tipo di giustificazione⁶⁹. La dottrina francese non condivide, invece, la posizione giurisprudenziale, se non nell'ipotesi in cui il dirigente disponga della maggioranza nell'assemblea dei soci o ne ottenga l'approvazione con la frode. Infatti, quando manchino questi elementi sarebbe molto difficile riconoscere l'esistenza di un'intenzione fraudolenta⁷⁰, a meno di riconoscere esplicitamente, come fa la *Cour de Cassation*, che la norma protegge non solamente gli interessi dei soci e della società, ma anche quelli dei terzi⁷¹.

Non si può, infine, tralasciare l'opinione di coloro, secondo i quali la malafede non servirebbe solo a caratterizzare come intenzionale la condotta di *abus de biens*, ma deve ulteriormente consistere nella consapevolezza da

⁶⁸ Ancora MEDINA Annie (2001), *Abus des biens sociaux: Prévention, Détection, Poursuite*, Paris, Dalloz, 207 e seguenti. Sul punto, fu la sentenza del 19 dicembre 1973 a operare un netto *revirement*, affermando che un non possono bastare a caratterizzare l'infrazione un'imprudenza o una negligenza né la malafede non può essere presunta.

⁶⁹ PEDRAZZI Cesare (1953), *Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 568, nega questa scriminante sulla base dell'assunto che gli amministratori sono organi sociali e non mandatari della maggioranza, per cui questi "*sarebbero tenuti a non porre in essere la delibera*" la cui validità sia inficiata dall'abuso di potere della maggioranza.

⁷⁰ DELMAS-MARTY Mireille (1990), *Droit pénal des affaires, Partie spéciale: infractions*, Tomo 2, Paris, PUF 294 e seguenti; nonché MEDINA Annie (2001), *Abus des biens sociaux: Prévention, Détection, Poursuite*, Paris, Dalloz, 208 si dice perplessa ed esprime riserve sulla possibilità di incriminazione in questi casi.

⁷¹ Cfr. *amplius supra*.

parte dell'agente che l'atto era contrario all'interesse sociale⁷². La giurisprudenza, d'altra parte, una volta che sia accertata la malafede, presume che l'attore sia consapevole della contrarietà della propria condotta all'interesse sociale⁷³.

6.2. Il dolo specifico.

L'uso, da parte del gestore, dei beni o del credito della società deve essere, come detto, contrario all'interesse sociale e deve, inoltre, avere l'obiettivo di perseguire dei fini personali o di favorire un'altra società o impresa nella quale egli sia interessato direttamente o indirettamente.

Tale elemento ha la precisa finalità di evitare che vengano incriminati gli errori di gestione ed evitare di frenare lo spirito imprenditoriale⁷⁴, sicché l'obiettivo di conseguire un risultato direttamente o indirettamente utile costituisce un dolo specifico che si aggiunge al dolo intenzionale della malafede⁷⁵. La presenza del dolo specifico rafforza, quindi, la percezione che non ci troviamo di fronte ad un reato di danno, ma di pericolo.

Si è visto, poi, che il vantaggio ricercato può essere personale o mediato. In realtà, come l'interesse sociale, nemmeno l'interesse personale è definito dal legislatore, sicché si è assistito a una supplenza giurisprudenziale, la quale ha portato a individuare degli indici, in presenza dei quali poter affermare che un gestore abbia perseguito il proprio vantaggio.

In particolare, come emerge dalle vicende Carignon e Carpaye, che verranno meglio esaminate in seguito, la *Court de Cassation* ha mostrato di presumere anche l'esistenza del dolo specifico, in presenza di riserve

⁷² Opinione autorevole di RENUCCI Jean-François & CARDIX Michel (1998), *L'Abus de biens sociaux, Que sais-je?*, Paris, PUF, 42, secondo i quali la consapevolezza della contrarietà dell'atto deve essere oggetto di autonoma verifica sul terreno probatorio da parte del giudice.

⁷³ MEDINA Annie (2001), *Abus des biens sociaux: Prévention, Détection, Poursuite*, Paris, Dalloz, 207.

⁷⁴ Infatti, “nella vita degli affari ogni atto è basato su un interesse personale, ma qui si richiede che la ricerca di un vantaggio personale non risulti controcorrente rispetto all'interesse sociale”, secondo la considerazione di VITU André (1982), *Droit pénal spécial*, Parigi, Cujas, n° 984.

⁷⁵ Così la dottrina dominante, per cui v. *ex plurimis*, MEDINA Annie (2001), *Abus des biens sociaux: Prévention, Détection, Poursuite*, Paris, Dalloz, 213.

occulte, affermando il principio che, a meno che il dirigente non provi che i fondi sono stati utilizzati per dei fini sociali, questi non potrà sfuggire ad una condanna per *abus de biens sociaux*⁷⁶.

Quanto alla natura dell'interesse personale, si può trattare di un interesse di tipo materiale, ad esempio pecuniario, ma anche morale o professionale come la ricerca di prestigio o notorietà⁷⁷. Si segnala, tuttavia, come non tutti siano favorevoli a una simile impostazione e venga prospettata altresì un'interpretazione più restrittiva della sua natura⁷⁸.

Sulla stessa linea si pone un *arrêt*⁷⁹, con il quale la *Chambre criminelle* ha dichiarato punibile l'abuso di poteri commesso dal presidente del consiglio di amministrazione di una società, il quale, per salvaguardare la propria reputazione e quella della propria famiglia, aveva volontariamente e fraudolentemente fatto correre al patrimonio sociale un rischio al quale non avrebbe dovuto esporlo. Si può notare come l'interesse dell'amministratore chiaramente non fosse di natura patrimoniale, ma ciò nonostante esso venga in rilievo in quanto contrario all'interesse sociale.

È quindi dimostrato non corretto l'assunto che in caso di conflitto di interessi, tanto quello della società che quello dell'amministratore debbano essere patrimoniali⁸⁰.

⁷⁶ MEDINA Annie (2001), *Abus des biens sociaux: Prévention, Détection, Poursuite*, Paris, Dalloz, 225 e seguenti, la quale parla di presunzione "irréfragable". Chi accoglie questa posizione asserisce infatti che "la clandestinité, intégrée dans la nature même de certaines infractions, ne peut servir à l'impunité": così DUCOULOUX-FAVARD Claude (1996), *Caisses noires et abus de biens sociaux*, in *Les Petites Affiches*, n.° 41, 03 avril, 23.

⁷⁷ In dottrina, BOSQUET-DENIS Jean-Bernard (1997), *Droit pénal des Sociétés*, Paris, Economica, 49; EYRIGNAC Loïc (2007), *La protection penal du patrimoine de le société*, con prefazione di BOULOC Bernard e di JEANDIDIER Wilfrid, Paris, L.G.D.J., 195, riassume le posizioni assunte dalla giurisprudenza in materia, come pure LEPAGE Agathe, MAISTRE DU CHAMBON Patrick, SALOMON Renaud(2008), *Droit pénal des affaires*, Paris, LexisNexis Litec, 290.

⁷⁸ Jean Pual SAILLARD nel suo *Rapporto a nome della Commissione giuridica, "Pour une réforme de l'abus de biens sociaux"*, 1995, critica la "conception abusivement large" adottata dai tribunali che ritengono la nozione di interesse personale comprensiva "non solo di un profitto o di una prospettiva di profitto materiale, ma anche di ogni vantaggio morale o professionale, quale la salvaguardia della reputazione familiare o la partecipazione di intrattenere delle relazioni con persone influenti".

⁷⁹ Sentenza 3 maggio 1967, in *Bulletin criminel*, n. 148.

⁸⁰ Vedremo perciò come gli sforzi di limitare la previsione dell'articolo 2391 del codice civile, che pone l'obbligo di comunicare ogni interesse, non possano avere successo fintanto che si concentrano sulla necessaria patrimonialità. È infatti ben possibile, e quello francese è solo un esempio, che un interesse non patrimoniale dell'amministratore vada a cozzare con quello della società.

6.2.1. La funzione del dolo specifico.

Vi è, poi, parte della dottrina che è favorevole ad un'interpretazione estensiva di questo elemento⁸¹ e che approva, in particolare, una decisione della Corte di Cassazione, che ha rilevato l'interesse personale nel fatto, per il dirigente, di voler favorire il beneficiario dell'abuso in ragione del legame di amicizia che li univa.

Atteso che la natura dell'interesse personale ha, in giurisprudenza, un'accezione estremamente ampia, alcuni Autori contestano la stessa esigenza del dolo specifico all'interno della fattispecie.

Di fronte ad una così larga interpretazione di questo elemento del delitto alcuni Autori⁸² s'interrogano sulla razionalità dell'esigenza di un dolo specifico per l'abuso dei beni sociali. La stessa dottrina favorevole a un'interpretazione estensiva sottolinea il carattere inutile e inefficace di questo elemento dell'infrazione⁸³. Per giunta, sopprimere questo elemento dell'infrazione vorrebbe dire mettere l'accento sull'atto materiale, costituito dall'uso dei beni o del credito della società, quale che sia il fine perseguito dal dirigente, come è stato per lungo tempo fatto dalla giurisprudenza.

All'opposto, altri Autori, appartenenti ad una corrente minoritaria in dottrina, sottolineano che il dolo specifico è fondamentale per non frenare lo spirito d'impresa⁸⁴, dal momento che, senza un elemento soggettivo rinforzato da un movente specifico, rischierebbero di essere sanzionati anche errori di gestione.

⁸¹ Note a Cassation Criminelle, 8 dicembre 1971 in *Revue des Sociétés* 1972, 514.

⁸² JEANDIDIER Wilfrid (2005), *Droit pénal des affaires*, Paris, Dalloz, n. 264, in particolare, afferma che l'interesse personale è spesso di tipo morale ed è stato in giurisprudenza rinvenuto come reputazione familiare, relazioni personali di amicizia, considerazioni elettorali, conforto personale. Per tale Autore l'esame di queste decisioni porta a dubitare sulla razionalità dell'esigenza di un dolo specifico. Vedi anche, in questo senso, DELMAS-MARTY Mireille (1990), *Droit pénal des affaires, Partie spéciale: infractions*, Tomo 2, Paris, PUF, 296.

⁸³ BOULOC Bernard (1995), *Le dévoiement de l'abus de biens sociaux*, in *Revue de jurisprudence commerciale*, 311.

⁸⁴ VITU André (1982), *Droit pénal spécial*, Parigi, Cujas, n° 986, 780.

6.3. Considerazioni critiche.

Affinché si concretizzi il reato di *abus de biens et du credit social*, è espressamente stabilito che l'agente debba aver agito in malafede, facendo un uso dei beni o del credito della società consapevolmente contrario all'interesse di questa, nonché rivolto al soddisfacimento di fini personali o al fine di favorire un'altra società o impresa nella quale aveva interessi diretti o indiretti. Ne deriva che le fattispecie di *abus de biens, du credit, des pouvoirs et des voix sociaux* discendono tutte dalla categoria generale del *détournement de pouvoir*, incentrata sul rapporto di amministrazione e il conseguente obbligo di fedeltà nei confronti della società amministrata, il che fa dell'*abus de biens sociaux*, come evidenziato dalla dottrina italiana⁸⁵, una figura *sui generis* di infedeltà patrimoniale costruita sull'abuso di potere. In proposito, va segnalato che l'*ordonnance* 912 del 2000 ha eliminato dal testo di legge l'avverbio *sciemment*, perché ritenuto sovrabbondante, ma ha mantenuto l'espressione *mauvaise foi* proprio per sottolineare l'importanza del carattere intenzionale del reato. All'intenzionalità dell'azione si aggiunge, poi, la finalità, richiesta dalla norma, di perseguire un fine personale, che può consistere in un interesse egoistico o in quello di un'altra impresa o società in cui l'agente ha un interesse diretto o indiretto⁸⁶.

Una parte della dottrina francese contesta l'irrazionalità di un dolo specifico di tal fatta, reputandolo onnicomprensivo e perciò inutile ed inefficace⁸⁷. Le proposte di riforma in effetti sono tutte nel senso di limitare la portata del dolo, caratterizzandolo maggiormente. Primo sostenitore di questa tesi è stato il senatore Marini che, nel proprio rapporto, propose di sostituire l'espressione «per fini personali», contenuta nell'attuale testo, con quella di

⁸⁵ FOFFANI Luigi (1992), *Infedeltà patrimoniale in diritto comparato*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, Utet, 415.

⁸⁶ GIAVAZZI Stefania (2002), *I reati societari in Francia*, in *Il nuovo diritto penale delle società* a cura di ALESSANDRI Alberto, Milano, IPSOA, 503.

⁸⁷ Chiunque agisca volontariamente, infatti, lo fa perché spinto da qualche interesse. Si veda, *melius*, DELMAS-MARTY Mireille (1976), *Nota alla sentenza 16 dicembre 1975*, in *Gazette du Palais*, I, 296.

«per un arricchimento personale»⁸⁸.

La dottrina francese, d'altra parte, non appare favorevole alla proposta trasformazione dell'*abus de biens et du crédit social* da reato di pericolo a reato di danno, nella consapevolezza che, in tal caso, molte condotte sarebbero già coperte dall'*abus de confiance* e, soprattutto, che nella maggior parte dei casi, non sarebbe più possibile condannare un dirigente per abuso del credito sociale⁸⁹.

In effetti, per come è formulata la norma, risulta chiaro che ci si trova di fronte a un reato di condotta, giacché non è necessario che l'utilizzo dei beni di proprietà della società abbia prodotto un risultato vantaggioso per il soggetto agente, né tanto meno che la società abbia subito un danno. È sufficiente che la volontà dell'agente fosse rivolta, al momento dell'azione, alla realizzazione di un proprio interesse e che, in concreto, questo interesse risulti contrario a quello della società. In tali casi si verifica un abuso dei beni o del credito sociale penalmente perseguibile.

7. L'uso e l'abuso.

Quanto alla condotta, *usage*, che significa «servirsi di qualche cosa», è evidente che si tratta di un termine molto ampio, che lascia perciò all'espressione «*contraire à l'intérêt social*», che l'accompagna, il ruolo di fulcro del disvalore. È infatti sulla base della contrarietà all'interesse della società⁹⁰ che la giurisprudenza della *Cour de cassation* ha efficacemente scriminato le condotte punibili⁹¹. In sintesi, si può affermare che se l'uso dei

⁸⁸ MARINI Philippe, *Rapport au Sénat 1997*, in *Journal Officiel*, 15 ottobre 1997, 113.

⁸⁹ Si tratta, infatti, di un elemento aggiuntivo, la cui introduzione stravolgerebbe non poco l'ambito di applicazione della norma, e che il Rapporto Marini indica tra le necessarie riforme.

⁹⁰ Sarebbe questo l'elemento maggiormente qualificante, che distingue la fattispecie francese di abuso dal modello tedesco dell'infedeltà patrimoniale. Questo requisito modale della condotta costituirebbe perciò un passo in avanti; non si può tuttavia trascurare che si tratta di un concetto vago, in mancanza di un substrato normativo extrapenale adeguato. V. in proposito l'opinione di MANNA Adelmo (2004), *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, in *Itinerari di Diritto Penale*, Torino, Giappichelli, 132.

⁹¹ Come osservato da BOSQUET-DENIS Jean-Bernard (1997), *Droit pénal des Sociétés*, Paris, Economica, 45, la contrarietà all'interesse sociale non è comunque sufficiente: serve un vantaggio per

beni sociali è contrario all'interesse della società, esso diviene abusivo⁹², ovvero «*l'usage dégénère en abus lorsqu'il est contraire à l'intérêt social*»⁹³.

La dottrina francese effettua, dunque, un peculiare inquadramento del concetto di *usage*. «*L'usage est une notion qui se suffit à elle-même, en ce sens qu'elle n'implique aucune appropriation de la chose utilisée. C'est pourquoi le délit d'abus de biens sociaux existe indépendamment de toute appropriation. Cette solution ressort, il est vrai, explicitement des incriminations des différents abus, qui sanctionnent un simple usage sans exiger qu'il ait occasionné un préjudice à la société. Il est donc naturel que sa consommation soit acquise de seul fait de l'usage sans qu'il soit nécessaire que cet usage ait provoqué un autre résultat que lui-même.*»⁹⁴.

È ora proprio a una sentenza della *Cour de cassation*, cui occorre richiamare l'attenzione. Si tratta della sentenza 15 marzo 1972, *Chambre criminelle*⁹⁵.

La decisione è di un certo rilievo anche perché la Corte di cassazione dimostra in tale occasione come distinguere l'*abus de pouvoirs* dall'*abus de biens sociaux*. Infatti, la distinzione teorica non era mai stata messa in dubbio, poiché appariva chiaro che se l'abuso di beni sociali ha come obiettivo di sanzionare le minacce nei confronti del patrimonio sociale, l'abuso di poteri permette, invece, di reprimere gli abusi, commessi dagli amministratori, dei propri poteri legali o statutari, anche qualora il patrimonio della società non abbia a subirne alcuna perdita. I problemi tuttavia derivavano dall'altrettanto logica considerazione che un abuso di

il soggetto attivo. Inoltre, l'Autore sottolinea che la conformità all'interesse sociale deve essere valutata al momento in cui viene attuata la condotta, sicché un atto inizialmente idoneo a perseguire l'interesse sociale, che si riveli successivamente deleterio per lo stesso, non identificherebbe una condotta punibile come abuso.

⁹² MEDINA Annie (2001), *Abus des biens sociaux: Prévention, Détection, Poursuite*, Paris, Dalloz, 31.

⁹³ REBUT Didier (2002), *Abus de biens sociaux*, in *Répertoire Dalloz de droit pénal*, 2, paragrafo 15.

⁹⁴ Ancora REBUT Didier (2002), *Abus de biens sociaux*, in *Répertoire Dalloz de droit pénal*, 2, paragrafo 17.

⁹⁵ Si veda BOULOC Bernard (1973), *Note à Cour de Cassation (Chambre criminelle) 15 mars 1972*, in *Revue des sociétés*, 1973, 357-363.

beni sociali è la conseguenza di un abuso di poteri e che un abuso di poteri può costituire il preludio ad un abuso di beni sociali, con la conseguenza che assai spesso i tribunali dei gradi inferiori non distinguevano tra le due qualificazioni⁹⁶.

La seconda ragione per cui questa decisione è particolarmente importante riguarda il secondo motivo d'impugnazione, riferito al contenuto dell'imputazione. Essenzialmente, infatti, in *Cour d'appel* si era contestato agli imputati di essersi astenuti dal richiedere il pagamento di alcune merci, consegnate da un'altra società e questo nonostante ci si trovasse di fronte a un *délit de commission*. La *Cour de Cassation*, tuttavia, rigettava un tale motivo di ricorso, constatando «*d'une part que le dirigeant social avait fait usage de ses pouvoirs dans un intérêt contraire aux intérêts sociaux, et d'autre part qu'il avait par son comportement, entendu favoriser une autre société dans laquelle il était directement intéressé*».

Il punto merita attenzione⁹⁷: l'*usage*, che caratterizza l'*abus des biens*, comporterebbe un atto positivo. La dottrina dominante, in effetti, ritiene che se l'astensione volontaria dal compiere atti conformi all'interesse sociale non può rientrare nell'ambito di applicazione dell'abuso di beni, tale condotta possa comunque integrare la fattispecie di abuso di poteri⁹⁸. Il vincolo di

⁹⁶ In questo stesso caso, il giudice di primo grado aveva qualificato la violazione come *délit d'abus de biens sociaux*, ma già la *Cour d'appel* aveva provveduto a cambiare il *nomen iuris* della fattispecie in *délit d'abus de pouvoirs*, con l'effetto di far decorrere la prescrizione del reato dal giorno della cessazione dalla carica. Si rinvia, poi, agli esempi proposti da VERDIER Jean Maurice, in *Le droit pénal spécial des sociétés anonymes*, diretto da HAMEL Joseph, Paris, Dalloz, 1955, 181 e 207. Sottolinea che la stragrande maggioranza dei casi di abuso di poteri è assorbita dalla fattispecie di abuso dei beni JEANDIDIER Wilfrid (2005), *Droit pénal des affaires*, Paris, Dalloz, 369.

⁹⁷ Specialmente perché apre la possibilità di un confronto con la condotta, attiva, del 2634 del codice civile

⁹⁸ Si veda il paragrafo precedente, a proposito della sentenza della *Cour de Cassation (Chambre criminelle)* 15 mars 1972, la quale ha accolto l'impostazione in parola. Per una pronuncia più recente, anche se non innovativa, si veda Didier REBUT (2006), *Infractions relevant du droit des sociétés*, in *Revue de Science criminelle et de droit Pénal Comparé (RSC)*, Dalloz, n. 2, 331 e seguenti, nonché lo stesso Didier REBUT (2005), *L'abus de biens sociaux par abstention*, *Recueil Dalloz*, 1290-1293, secondo cui la sentenza del 28 gennaio 2004 della Cassazione, ivi commentata, fornisce un chiarimento, in quanto distingue le omissioni che di per sé costituiscono un illecito, da quelle che sono essere considerate di per sé illecite solo perché non impediscono la commissione di un illecito: anche queste, infatti costituiscono un abuso.

fedeltà può, in effetti, venire certamente spezzato da un'omissione⁹⁹ e ben tre sentenze della *Cour de cassation* hanno equiparato l'omissione dal richiedere pagamenti dovuti alla società a un atto positivo di *usage*¹⁰⁰, condannando per abuso dei beni e del credito della società dirigenti che, avendo accordato ad altre società, alle quali erano legato da interessi personali, un prestito, avevano poi trascurato di riscuoterlo. In tal caso è stato ritenuto un abuso anche il comportamento omissivo rispetto all'obbligo di riscossione¹⁰¹.

Tale interpretazione gode, dunque, di un autorevole avallo, a dispetto delle diverse opinioni minoritarie, espresse anteriormente in dottrina, secondo cui per abuso di poteri si sarebbero intesi unicamente l'abuso compiuto dagli amministratori dei poteri loro conferiti dagli associati in vista della loro rappresentanza¹⁰², o una forma particolare di abuso di beni sociali¹⁰³.

La citata decisione della Corte di cassazione francese è infine da salutare come positiva per il modo in cui prende in considerazione il collegamento con l'elemento soggettivo. L'imputato, nella fattispecie concreta, aveva volontariamente inteso favorire un'altra società, nella quale egli aveva un interesse diretto: *«le but d'intérêt personnel et la volonté frauduleuse du dirigeant social n'étant pas contestés, la prétendue abstention ne pouvait pas être considérée comme une simple négligence exclusive de toute responsabilité pénale»*¹⁰⁴.

⁹⁹ LEPAGE Agathe, MAISTRE DU CHAMBON Patrick, SALOMON Renaud (2008), *Droit pénal des affaires*, Paris, LexisNexis Litec, 282-283, osservano che se un'omissione può essere rilevante, non può, tuttavia, essere ritenuta tale qualsiasi forma di astensione, dal momento che serve, pur sempre, una partecipazione personale nel reato.

¹⁰⁰ REBUT Didier (2002), *Abus de biens sociaux*, in *Répertoire Dalloz de droit pénal*, 4, paragrafo 19; e MEDINA Annie (2001), *Abus des biens sociaux: Prévention, Détection, Poursuite*, Paris, Dalloz, 32. REBUT osserva come tale giurisprudenza riguardi solo l'abuso di poteri, ma tale limitazione si spieghi *«parce qu'il s'agit du seul délit capable de donner lieu a une commission par omission»*.

¹⁰¹ Si veda in particolare il commento a Cassation Criminelle 5 giugno 1997 in MÉDINA Annie (2001), *Abus des biens sociaux: Prévention, Détection, Poursuite*, Paris, Dalloz, 31.

¹⁰² TCHERNOFF Juda, (1937) *Traité de droit pénal financier*, Paris, Dalloz, 1937 n. 68; BOULOC Bernard (1995), *Le dévoiement de l'abus de biens sociaux*, in *Revue de jurisprudence commerciale*, 302.

¹⁰³ VERDIER, Jean Maurice, in *Le droit pénal spécial des sociétés anonymes*, sous la Direction de HAMEL Joseph, Paris, Dalloz, 1955, 205.

¹⁰⁴ Limoges, 21 novembre 1963, *Revue des sociétés*, 1964, 196 con nota di Charles PINOTEAU.

L'interesse sociale costituisce, dunque, la bussola che indica agli organi societari la condotta che essi devono seguire e che consente di individuare le deviazioni e gli abusi nello svolgimento della vita della società¹⁰⁵.

Si tratta però indubbiamente dell'elemento costitutivo più difficile da definire, essendo la nozione vaga, di incerti confini e poco compatibile con la determinatezza richiesta dalle norme penali¹⁰⁶. La dottrina e la giurisprudenza hanno, quindi, come accennato, tentato di stabilire dei criteri guida. Il termine sociale può essere inteso, in senso restrittivo, come l'interesse degli azionisti, o, secondo la dottrina francese oggi dominante, come l'interesse, oltre che dei soci, anche della società e dei terzi¹⁰⁷.

Inoltre, nonostante il testo legislativo non preveda quale elemento costitutivo del reato il verificarsi di un pregiudizio per la società, la nozione di contrarietà all'interesse sociale è unanimemente interpretata nel senso di atto pregiudizievole, che attenta al patrimonio sociale diminuendone la consistenza. Autorevole dottrina ha, peraltro, precisato che la contrarietà all'interesse sociale si manifesta qualora sia compiuto un «atto che espone la società a rischi anormali e gravi in cui non si sarebbe trovata»¹⁰⁸. Dunque non servirebbe il danno, ma si tratta comunque di abuso in caso di contrarietà all'interesse¹⁰⁹. In effetti, «*la consommation des délits d'abus des biens et du crédit n'est nullement astreinte à une condition de préjudice ou de spoliation effective du patrimoine social. Ceux-ci punissent seulement son utilisation dans des conditions où elle est contraire à l'intérêt social.*

¹⁰⁵ Mette in luce che l'*intérêt social* domina il funzionamento della società e la sua violazione comporta la reazione dell'autorità giudiziaria e la sua inevitabile immissione nella vita della società MAGNO Daniele (2001), *Il conflitto di interessi e l'abus de droit nel diritto societario francese*, in Archivio CERADI <http://www.archivoceradi.it/ie/seguenti/documenti/archivoceradi/impresa/corporate/confitto_magno.pdf>

¹⁰⁶ GIAVAZZI Stefania (2002), *I reati societari in Francia*, in *Il nuovo diritto penale delle società* a cura di ALESSANDRI Alberto, Milano, IPSOA, 498.

¹⁰⁷ MESTRE Jacques, VELARDOCCHIO Dominique, BLACHARD-SEBASTIEN Christine (2000), *Lamy Sociétés commerciales*, Paris, Lamy, 579.

¹⁰⁸ DELMAS-MARTY Mireille (1976), *Nota alla sentenza 16 dicembre 1975*, in *Gazette du Palais*, I, 298.

¹⁰⁹ Si tratterà quindi di vedere, nell'interpretare l'articolo 2629-bis, che prevede il danno, se l'interesse che l'amministratore ha l'obbligo, sanzionato, di comunicare, sia esclusivamente quello in conflitto e cioè contrario all'interesse sociale; oppure, secondo la lettera dell'articolo 2391, a cui il 2629-bis rinvia, ogni interesse, cui però va ricollegato il danno.

Cette indifférence au préjudice, qui fait que la consommation des abus des biens sociaux n'est pas subordonnée à l'existence d'une appropriation d'une partie du patrimoine social, révèle la nature exacte de ces délits qui sanctionnent un acte de gestion défini comme contraire à l'intérêt social et non un acte identifié comme matériellement préjudiciable à la société¹¹⁰».

8. La differenza rispetto all'abus de confiance.

Si è accennato a come, a differenza dell'*abus de confiance*, che corrisponde, grossomodo, alla nostra appropriazione indebita, e che presuppone lo spossessamento del bene¹¹¹, l'abuso dei beni sociali possa configurarsi anche al di fuori di ogni appropriazione definitiva e finanche nell'ipotesi in cui si dia in prestito o si noleggi qualcosa: è sufficiente, infatti, che la società venga privata del godimento dei beni¹¹².

È stato osservato, infatti, che l'*abus des biens* altro non è che un'ipotesi di *abus de confiance* caratterizzata dal verificarsi nel contesto dell'amministrazione societaria¹¹³, il che pone altresì la questione se tale fattispecie delittuosa, così come attualmente formulata, non ricomprenda, in sé, anche l'*abus de biens*, che originariamente ne costituiva un derivato.

Si ritiene, infatti, ormai superato l'ostacolo costituito dall'elemento della consegna, ovvero *remise*, dei beni, intesa come atto materiale. La *remise* può infatti pacificamente consistere anche in un atto puramente giuridico,

¹¹⁰ REBUT Didier (2002), *Abus de biens sociaux*, in *Répertoire Dalloz de droit pénal*, 3, paragrafo 12.

¹¹¹ BRAUD Alexandre (2005), *Droit pénal des affaires*, Paris, Ellipses, 7 e seguenti, il quale evidenzia che le ipotesi di *détournement* sono essenzialmente tre: la mancata restituzione; l'abbandono della cosa; l'uso abusivo della stessa. Inoltre, come per Italia e Spagna, non possono essere oggetto di appropriazione indebita i beni immobili. Si veda altresì BOSQUET-DENIS Jean-Bernard (1997), *Droit pénal des Sociétés*, Paris, Economica, 40.

¹¹² Si veda, ampiamente, GODON Laurent (1997), *Abus de confiance et abus des biens et du crédit social*, in *Revue des sociétés*, aprile-giugno, 290 e seguenti, il quale, oltre a ripercorre le tappe evolutive della fattispecie di appropriazione indebita, al suo allargamento e alla nozione di *remise*, si interroga sulla natura dell'obbligazione di fare un uso determinato del bene e la finalità del potere di gestione. Infine, a pagina 303 e seguenti, oggetto di analisi sono soprattutto i casi in cui l'abuso di beni sociali potrebbe essere ricompreso già all'interno dell'*abus de confiance*.

¹¹³ GODON Laurent (1997), *Abus de confiance et abus des biens et du crédit social*, in *Revue des sociétés*, aprile-giugno, 291; questo Autore procede, poi, a comparare il previgente articolo 408 del codice penale francese, con la nuova disposizione, di cui all'art. 314-1, la quale ha modificato lo stesso ambito di applicazione del reato di *abus de confiance*, ampliandolo anche a ricomprendere, pacificamente, ipotesi di abuso nel contesto dell'amministrazione societaria.

senza un vero e proprio trasferimento materiale di cose¹¹⁴, tanto che non vi è da dubitarsi che l'affidamento dell'incarico gestorio comporti la consegna agli amministratori di tutti i beni che compongono il patrimonio sociale.

In secondo luogo, dal momento che l'*abus de confiance* consiste oggi nel distrarre, con altrui pregiudizio, dei fondi, dei valori o qualunque bene che sia stato consegnato con l'obbligo di restituirli, amministrarli o di farne un uso determinato¹¹⁵, è altresì evidente che gli amministratori infedeli possano compiere condotte suscumbibili alla fattispecie generale.

Se, dunque, la fattispecie di *abus des biens* e quella di *abus de confiance* si dimostrano estremamente vicine, parte della dottrina d'oltralpe¹¹⁶ si domanda perché il legislatore francese, dopo essere intervenuto sulla fattispecie comune, ampliandola, non abbia ritenuto opportuno di ricondurre ad essa anche la fattispecie di *abus de biens sociaux*.

Già nel quadro normativo vigente, in effetti, sembrerebbe possibile ricondurre alla fattispecie di *abus de confiance* pressoché ogni ipotesi di abuso dei beni sociali, ivi compresi i casi in cui tali beni siano immobili o, all'opposto, immateriali¹¹⁷, in virtù del riferimento a generici valori o all'elemento del fare un uso determinato, contenuti nella disposizione comune in tema di appropriazione indebita.

Secondo la dottrina francese è, dunque, da ritenersi, nel complesso, tranne per una peculiarità di cui si dirà a breve, che non vi sia alcuna specifica ragione per la quale debba sussistere una specifica incriminazione in materia

¹¹⁴ Si veda più ampiamente GODON Laurent (1997), *Abus de confiance et abus des biens et du crédit social*, in *Revue des sociétés*, aprile-giugno, 297.

¹¹⁵ Le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé

¹¹⁶ GODON Laurent (1997), *Abus de confiance et abus des biens et du crédit social*, in *Revue des sociétés*, aprile-giugno, 302 e seguenti. Si vedano anche le riflessioni di LARGUIER Jean e LARGUIER Anne-Marie (1996), *Droit pénal spécial*, Paris, Dalloz, 117.

¹¹⁷ Ancora GODON Laurent (1997), *Abus de confiance et abus des biens et du crédit social*, in *Revue des sociétés*, aprile-giugno, 307-308, il quale, come esempio, adduce l'uso di un immobile sociale come abitazione da parte di un amministratore. Questa particolare concezione del delitto comune contro il patrimonio ci riavvicina all'esperienza inglese, che tanto appare, invece, lontana, dall'ordinamento penale italiano.

societaria, dal momento che l'ambito di applicazione delle due disposizioni qui esaminate ha finito per coincidere¹¹⁸.

Una tale constatazione, tuttavia, non conduce ancora a ritenere superflua la norma in materia di *abus de biens*, dal momento che il delitto societario si connota, pur sempre, per un regime sanzionatorio maggiormente severo.

9. Oggetto del reato: i beni e il credito della società.

Il legislatore francese, anziché servirsi della generica nozione di patrimonio sociale, riferendosi ai beni e al credito della società, opera una specificazione, su cui vale la pena di spendere una breve riflessione.

I beni sociali, quale che sia la loro natura, costituiscono tutto l'attivo della società. Si può trattare di beni mobili o immobili, corporali o incorporali, fungibili o infungibili¹¹⁹.

Una differenza dell'*abus de biens et du crédit social* rispetto all'*abus de confiance*, la quale sul punto si mostra analoga alla figura italiana dell'appropriazione indebita, è il fatto che oggetto dell'atto fraudolento può essere un bene immobile¹²⁰.

In giurisprudenza, è stata altresì considerata come bene sociale anche la clientela della società in quanto suscettibile di valore patrimoniale¹²¹. Gli stessi i diritti di credito, poi, costituiscono beni intangibili, ma ancora più controverso è il cosiddetto credito sociale, ovvero la capacità finanziaria

¹¹⁸ GODON Laurent (1997), *Abus de confiance et abus des biens et du crédit social*, in *Revue des sociétés*, aprile-giugno, 321, il quale conclude la propria riflessione appoggiando le proposte di riforma perorate dal senatore Marini, nel senso di un restringimento della fattispecie societaria, nel senso di richiedere un fine di arricchimento personale, ed estendendo invece la fattispecie comune ad ogni altra ipotesi, in cui un tale dolo specifico, maggiormente caratterizzato, non sia ravvisabile.

¹¹⁹ BOULOC Bernard (1995), *Le dévoiement de l'abus de biens sociaux*, in *Revue de jurisprudence commerciale*, 301.

¹²⁰ Non mancano, però, quanti sottolineano la rarità di ipotesi di abuso su beni immobili. V. MEDINA Annie (2001), *Abus des biens sociaux: Prévention, Détection, Poursuite*, Paris, Dalloz, 40-1.

¹²¹ È stato ritenuto colpevole di abuso dei beni sociali un dirigente che aveva trasferito il principale cliente dalla società che amministrava ad un'altra in cui era interessato, creata con l'obiettivo esclusivo di svolgere la medesima attività della prima, come riporta MÉDINA Annie (2001), *Abus des biens sociaux: Prévention, Détection, Poursuite*, Paris, Dalloz, 43.

della società, che permette di concedere prestiti e contrarre debiti¹²². Se un amministratore abusa del credito sociale, in realtà, materialmente, non avviene alcuna sottrazione di denaro, tuttavia si compromette l'attivo della società, la quale potrebbe essere costretta a pagare delle somme delle quali non è la reale debitrice e viene coinvolta, senza adeguata contropartita¹²³, in operazioni nelle quali non ha alcun interesse.

Con riferimento all'oggetto materiale del reato, dunque, si può evidenziare una peculiarità del delitto di *abus de biens et du crédit social*, e la distanza rispetto alla fattispecie di appropriazione indebita.

10. La nozione di interesse sociale.

Si è anticipato come, per capire quando l'atto del dirigente sia contrario all'interesse sociale, occorra *in primis* chiarire cosa si intenda per interesse sociale.

Il concetto di interesse sociale, in assenza di una definizione normativa è, anche nell'esperienza francese, il risultato della riflessione produzione dottrinale e giurisprudenziale¹²⁴. La difficoltà nell'individuare una nozione fruibile di interesse sociale è radicata precipuamente nella necessità di lasciare ampia discrezionalità agli amministratori nel perseguire il bene della società, nella consapevolezza, però, che, anche di fronte ad un'operazione concretamente pregiudizievole per il patrimonio sociale, non è agevole accertare se l'amministratore abbia evitato di perseguire l'interesse della società o se abbia, invece, scelto un mezzo inopportuno nel

¹²² Un dirigente abusa del credito sociale quando impegna la società ad un pagamento non dovuto a prescindere che questo esborso si concretizzi o meno: si tratta di tutte le operazioni che sottopongono la società ad un alea indebita, all'eventualità che il patrimonio di questa venga intaccato. BOULOC Bernard (1995), *Le dévoiement de l'abus de biens sociaux*, in *Revue de jurisprudence commerciale*, 301 e seguenti.

¹²³ Il caso più frequente è quello in cui il dirigente impegna la firma della società per l'accettazione di cambiali o tratte (Cassation criminelle 8 dicembre 1971, in *Revue des Sociétés* 1972, 514.

¹²⁴ Si veda ATIBACK Aline (2007) *L'abus de biens sociaux dans le groupe de sociétés*, Paris, L'Harmattan, 17 e seguenti, che riflette su come sia possibile ravvisare un disvalore solo in operazioni che pongano in pericolo la società e ripercorre le varie posizioni della dottrina francese.

perseguirlo¹²⁵. Già nel 1953, Pedrazzi, che nella propria opera attingeva copiosamente alla ricca esperienza francese in tema di abusi gestori, evidenziava esattamente tale problema, osservando come sia palese che il dirigente d'impresa farà correre dei rischi alla società e al suo patrimonio, ma non soltanto per questo egli debba essere penalmente perseguito¹²⁶.

Quella di interesse sociale, però, è una nozione di grande importanza per il *droit pénal des affaires*, perché esso costituisce, per il dirigente, una bussola che traccia la rotta da seguire nella gestione, la sua stella polare¹²⁷.

In questo contesto, la giurisprudenza francese, per applicare la norma di *abus de biens et du crédit social*, si è trovata costretta a creare una propria definizione di atto contrario all'interesse sociale, in primo luogo evidenziando che l'interesse sociale non va confuso con il solo interesse degli azionisti. La giurisprudenza d'oltralpe è infatti costante nel ritenere che un voto preliminare espresso dall'assemblea generale degli azionisti, che autorizzi l'uso dei beni, del credito, dei poteri o dei voti non costituisca causa di giustificazione per gli amministratori¹²⁸.

In secondo luogo, si deve tener conto che la dottrina francese considera contraria all'interesse sociale, non solo ogni modalità di gestione che causa un pregiudizio alla società, ma anche l'atto che espone la società, senza che sia per questa necessario, a dei rischi anormali e gravi¹²⁹ e che la stessa

¹²⁵ FOFFANI Luigi (1997), *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, Giuffrè, 303.

¹²⁶ PEDRAZZI Cesare (1953), *Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 560 e seguenti.

¹²⁷ Si vedano in proposito: JAEGER Pier Giusto (1963), *L'interesse sociale*, Giuffrè, Milano, 13 e seguenti, per l'Italia; per la Francia MÉDINA Annie (2001), *Abus des biens sociaux: Prévention, Détection, Poursuite*, Paris, Dalloz, se ne occupa, in relazione al reato in questione, a pagina 88 e seguenti, ma anche BERTREL Jean-Pierre (1997), *L'intéret social, in Droit et patrimoine*, come citato, senza indicare la pagina, da D'AULA Fabio, *L'abus de biens et du crédit social: analisi comparatistica*, tesi di laurea inedita, relatore Armando Bartulli..

¹²⁸ DELMAS-MARTY Mireille & SERVIDIO DELABRE Eileen (1988), *Il diritto penale delle società commerciali in Francia*, nella traduzione di G. Toso, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 612, per cui “*a fortiori* è chiaro che l'autorizzazione del Consiglio d'amministrazione non giustifica l'abuso”. Si veda anche EYRIGNAC Loïc (2007), *La protection penal du patrimoine de le société*, con prefazione di BOULOC Bernard e di JEANDIDIER Wilfrid, Paris, L.G.D.J., n. 117, 196, il quale, nella medesima opera compie, a pagina 99, un'interessante osservazione sulla natura del patrimonio sociale.

¹²⁹ DELMAS-MARTY Mireille (1990), *Droit pénal des affaires, Partie spéciale: infractions*, Tomo 2,

Cour de Cassation ritiene contraria all'interesse sociale ogni azione che abbia esposto l'attivo della società a rischi di perdita ai quali l'attivo non doveva essere esposto¹³⁰.

Inoltre, secondo la dottrina prevalente la scelta lasciare ai giudici ampia discrezionalità nell'identificazione della contrarietà all'interesse sociale è giustificata dalla necessità di creare un illecito penale, i cui elementi costitutivi siano sufficientemente flessibili da permettere una repressione efficace delle ipotesi¹³¹.

Non mancano, tuttavia, altri Autori¹³² che preferirebbero una definizione certa di interesse sociale a salvaguardia del principio di legalità.

D'altro lato, non bisogna dimenticare che la sanzionabilità dell'assunzione di rischi anormali e gravi è subordinata ad altri due fattori, già esaminati: che l'atto sia stato compiuto con dolo e che concorra un interesse personale del dirigente¹³³, ciò che dovrebbe consentire di evitare una eccessiva penalizzazione¹³⁴.

Paris, PUF, 289.

¹³⁰ DELMAS-MARTY Mireille & SERVIDIO DELABRE Eileen (1988), *Il diritto penale delle società commerciali in Francia*, nella traduzione di G. Toso, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 612.

¹³¹ Cfr. ancora DELMAS-MARTY Mireille (1990), *Droit pénal des affaires, Partie spéciale: infractions*, Tomo 2, Paris, PUF, 289 e seguenti.

¹³² Si veda, ad esempio il Rapporto presentato da Saillard a nome della Commissione giuridica nel 1995 intitolato *Pour une réforme de l'abus de biens sociaux*.

¹³³ Ancora PEDRAZZI Cesare, che ben conosceva la disciplina francese, cui espressamente rinvia nella propria analisi, del 1953, *Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 560 e seguenti, osservava che «ciò che caratterizza l'abuso del patrimonio sociale dovrebbe in ogni caso essere il rischio in quanto corso a beneficio di interessi che non sono quelli sociali, per raggiungere scopi che non sono l'utile della società. In caso contrario, nonostante la consapevolezza di un rischio eccessivo, avremmo in sostanza un errore di gestione che sarebbe probabilmente esagerato incriminare». L'Autore riconosce l'ordinamento francese si dimostra ampiamente repressivo, ma ciò non costituisce sempre un pregio. Pedrazzi propone, infatti, l'esempio dell'amministratore che, voglioso di aumentare i propri compensi a titolo di partecipazione o i propri utili di socio, si lanci in operazioni speculative che pongono a repentaglio il patrimonio della società. Questa linea di gestione, punibile in Francia perché sussistono i tre requisiti del dolo, del rischio anormale e grave, nonché dell'interesse personale, sarebbe di certo in contrasto con le regole di una sana gestione, ma è, comunque, lontana dalle manovre degli amministratori che mirano ad arricchirsi a spese della società, perché, al contrario, l'amministratore lega le proprie sorti a quelle della società. Mancherebbe, sostanzialmente, il presupposto del conflitto di interessi, cui, tuttavia, la disciplina francese non compie alcun riferimento. Si veda anche JEANDIDIER Wilfrid (2005), *Droit pénal des affaires*, Paris, Dalloz, 371 e seguenti.

¹³⁴ Si noti, infine, che analogamente alla posizione espressa da PEDRAZZI, nel 1995 anche SAILLARD (nel Rapporto Saillard a nome della Commissione giuridica, "Pour une réforme de l'abus de biens sociaux", 1995) contestava il fatto che l'interesse sociale sia sottoposto alla esclusiva valutazione del giudice, al punto che non è ritenuto scriminato nemmeno l'atto del dirigente, previamente approvato

10.1. L'atto illecito e la contrarietà all'interesse sociale.

Uno degli aspetti maggiormente importanti e delicati, in tema di *abus de biens et du crédit social* è quello delle operazioni, di per sé illecite, commesse del gestore e asseritamente nell'interesse della società. Il riferimento è, in particolare, alle ipotesi di corruzione, naturalmente poste in essere attingendo al patrimonio sociale. Proprio questo costituisce, in effetti, il campo in cui si è più ampiamente dimostrata la *vis expansiva* dell'interpretazione giurisprudenziale a proposito dell'*abus de biens sociaux*¹³⁵.

Vale, dunque, qui considerare le tappe più significative di un percorso che, anche in tempi recenti, ha significativamente influito sull'applicazione della fattispecie in esame.

10.1.1. L'arrêt Carpaye.

Una prima tappa è certamente rappresentata dalla sentenza della *Cour de Cassation* del 22 aprile 1992, nota come *arrêt Carpaye*¹³⁶.

Il principio enunciato in questa sentenza, è che «*l'usage des biens d'une société est nécessairement abusif lorsqu'il est fait dans un but illicite*¹³⁷».

L'atto illecito corruttivo sarebbe contrario all'interesse sociale perché un

all'unanimità dall'assemblea degli azionisti. Lo studioso francese invitava, dunque, ad accogliere la proposta di legge Taittinger (Proposta presentata alla Presidenza del Senato il 17 giugno 1995 dal Senatore Taittinger) nella quale si contestava la nozione giurisprudenziale di rischio anormale e invitava a punire solo l'utilizzo dei beni sociali manifestamente contrario all'interesse sociale e per fini esclusivamente personali.

¹³⁵ Quanto alle critiche alla larghezza interpretativa della giurisprudenza, si rinvia ancora al Rapporto presentato da Jean Paul SAILLARD a nome della Commissione giuridica "*Pour une réforme de l'abus de biens sociaux*", 1995.

¹³⁶ Cassation Criminelle 22 aprile 1992, in *Revue des sociétés* 1993, 124 e seguenti, con commento di BOULOC Bernard; si trattava di una tangente di un milione di franchi per vincere una gara bandita dall'amministrazione dei trasporti pubblici. L'imprenditore imputato, condannato dal Tribunale e dalla Corte di Appello, aveva proposto ricorso in Cassazione, motivando che i fondi sociali usati per pagare la tangente non erano stati spesi nell'interesse proprio, ma della società, alla quale era stato concesso l'appalto e che ne aveva quindi tratto profitto, così come riferito da DUCOULOUX-FAVARD Claude (1997), *L'abuso dei beni e poteri sociali nell'ordinamento francese*, in *Rivista di diritto commerciale*, I, 973, che riproduce la conferenza svolta presso l'Università di Roma il 4 marzo 1997.

¹³⁷ Tale principio, secondo DUCOULOUX-FAVARD Claude (1997), *L'abuso dei beni e poteri sociali nell'ordinamento francese*, in *Rivista di diritto commerciale*, 973 e seguenti, è giusto, ma enunciato con una motivazione troppo concisa. Si veda anche JEANDIDIER Wilfrid (2005), *Droit pénal des affaires*, Paris, Dalloz, 372, ove commenta l'*arrêt Carpaye*.

versamento a fronte del quale non sia stata corrisposta una prestazione reale dà luogo, per la società, ad un impoverimento senza contropartita; e ciò anche quando la tangente, in francese *pot-de-vin*, sia stata pagata per far ottenere dei favori alla società. Il vantaggio illecito spesso non è, dunque, stato considerato come una contropartita esistente.

Si tratta di un'interpretazione estensiva della nozione di atto contrario all'interesse sociale ed è perciò stata anche molto criticata¹³⁸.

In particolare, con riferimento al problema della corruzione e quello, connesso, delle riserve occulte, si è detto che tale “cattiva gestione”, sebbene moralmente riprovevole, non dovrebbe essere punibile per abuso del patrimonio sociale, come non lo dovrebbe essere neanche a titolo di appropriazione indebita, qualora la condotta dell'amministratore, che, ad esempio, finanzia partiti politici con denari sociali, non sia diretto a procurarsi personali benemerienze, bensì a creare attorno alla società un ambiente benevolo¹³⁹.

Eppure, in Francia, l'*arrêt* Carpaye non risulta una decisione isolata. In effetti, il motivo della scelta interpretativa operata dai giudici francesi nasce dalle difficoltà riscontrabili nell'applicazione del reato di corruzione. In particolare, due sono i fattori problematici che vengono così ovviati: da un lato, la prescrizione del reato di abuso dei beni sociali è più lunga rispetto al termine triennale, che decorre dal momento consumativo, previsto per la corruzione; dall'altro, si aggira il problema di provare il *pactum sceleris*, necessariamente preesistente allo scambio illecito, tra corrotto e corruttore.

In seguito, la *Cour de Cassation* è giunta ad affermare, nel cosiddetto *arrêt* Rosemain¹⁴⁰ del 1996, la presunzione, secondo cui «*s'il n'est pas justifié*

¹³⁸ Si veda la posizione di BOULOC Bernard (1993), in *Revue des sociétés* 1993, 124 (citato anche da D'AULA Fabio, *L'abus de biens et du crédit social: analisi comparatistica*, tesi di laurea inedita, relatore Armando Bartulli), secondo il quale usare fondi per realizzare un atto di corruzione non è morale, ma non è, per ciò solo, incriminabile per *abus de biens sociaux*.

¹³⁹ PEDRAZZI Cesare (1953), *Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 563 e seguenti.

¹⁴⁰ Si veda DUCOULOX-FAVARD Claude (1996), *Caisses noires et abus de biens sociaux*, in *Les*

*qu'ils ont été utilisés dans le seul intérêt de la société, les fonds sociaux prélevés dans manière occulte par un dirigeant social l'ont nécessairement été dans son intérêt personnel*¹⁴¹». In pratica le riserve occulte, i fondi neri, sarebbero sempre accantonati nell'interesse personale dell'agente, salvo che si dimostri il contrario. Si tratta di una presunzione di arricchimento, cioè di un'inversione dell'onere della prova, molto contestata¹⁴².

10.1.2. L' arrêt Kis.

Una diversa fase dell'evoluzione giurisprudenziale inizia, peraltro, nel 1997, con l'*arrêt* Kis¹⁴³.

La Suprema Corte era chiamata a pronunciarsi su una vicenda che vedeva coinvolto un amministratore della KIS France, reo di aver corrisposto una cospicua somma a favore di una società, diretta dal genero del Ministro del commercio, senza che fosse prevista alcuna contropartita. In realtà, il genero sarebbe poi intervenuto presso il Ministro per fare ottenere una riduzione sulla somma che la società KIS doveva versare al Tesoro a titolo di sanzioni fiscali.

Non potendogli essere contestato il reato di corruzione, caduto in

Petites Affiches, n.° 41, 03 avril, 23 e seguenti; la vicenda riguardava il caso di un dirigente di fatto di una S.r.l. che gestiva i fondi di un hotel-ristorante e aveva costituito dei "fondi neri" prelevando quotidianamente somme dagli incassi del bar e del ristorante. Il 25% dei fondi così raccolti era stato utilizzato per pagare in nero dei salari; nessuna prova era stata portata dal convenuto sulla destinazione del restante 75%.

¹⁴¹ Cioè, «se non è dimostrato che i fondi sono stati utilizzati nel solo interesse della società, i fondi sociali prelevati in maniera occulta da un dirigente sociale sono stati presi necessariamente nell'interesse personale»; il medesimo principio è stato riaffermato il 18 giugno 1998 in RENUCCI Jean-François (1998), *Abus de biens sociaux*, in *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 775.

¹⁴² Un'opinione in senso contrario è riscontrabile in RENUCCI Jean-François (1998), *Abus de biens sociaux*, in *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 775-6 in cui si afferma, a proposito di una sentenza nel cui dispositivo viene riconfermato lo stesso principio, che questa decisione non è scioccante malgrado un'inversione dell'onere della prova perché l'atteggiamento del dirigente non può non essere preso in considerazione, ma, contestualmente, si raccomanda di mostrarsi molto prudenti perché i pericoli di *derapage* sono sempre presenti e qui si rischiano di intaccare i diritti fondamentali degli imputati. La traduzione è di D'AULA Fabio, *L'abus de biens et du crédit social: analisi comparatistica*, tesi di laurea inedita, relatore Armando Bartulli.

¹⁴³ Cassation Criminelle 6 febbraio 1997, in *Revue des sociétés* n°1 Gennaio/marzo 1997, 146 e seguenti nota di BOULOC Bernard, (opera citata da D'AULA Fabio, *L'abus de biens et du crédit social: analisi comparatistica*, tesi di laurea inedita, relatore Armando Bartulli) e DUCOULOUX-FAVARD Claude (1997), *De la corruption par abus de biens sociaux et «recol – consequent»*, in *Les Petites Affiches*, n°20, 14 février, 12. Si trattava di una sentenza attinente a una vicenda giudiziaria seguita con notevole interesse dall'opinione pubblica.

prescrizione, l'imputato contestava la sentenza d'appello, che lo condannava comunque per *abus de biens et du crédit social*, adducendo la mancanza di un interesse personale del dirigente o il beneficio per altra società o impresa nella quale egli avesse interessi diretti o indiretti. La difesa aggiungeva, altresì, come la mancanza di interesse per la società al pagamento di una somma non implicasse necessariamente la sussistenza della ricerca di un interesse personale e che l'atto, sebbene illecito, non costituisse abuso dei beni sociali.

In accoglimento delle difese dell'imputato, la Suprema Corte francese provvide, in effetti, a cassare la sentenza d'appello, affermando, sia pure laconicamente, che «*la cour d'appel n'a pas mis la Cour de cassation en mesure de s'assurer de la légalité de sa décision*».

Orbene, questa decisione appare, così, in contrasto con il precedente orientamento maggioritario, nella misura in cui essa afferma il principio di stretta legalità nell'utilizzazione della figura di *abus de biens et du crédit social*. Parte della dottrina, nel commentare la sentenza, parlò pertanto di un passo avanti della giurisprudenza¹⁴⁴. Tuttavia, è stato altresì osservato che la Corte di Cassazione si sarebbe, di fatto, limitata a censurare la sentenza di secondo grado perché insufficientemente motivata¹⁴⁵.

A sostegno di quest'ultima interpretazione e negando, al contempo, la possibilità che il perseguimento dell'interesse sociale fosse privo di ogni

¹⁴⁴ BOULOC Bernard, in *Revue soc.* n.1 Gennaio/Marzo 1997, 146 e seguenti., come citato da D'AULA Fabio, *L'abus de biens et du crédit social:analisi comparatistica*, tesi di laurea inedita, relatore Armando Bartulli.

¹⁴⁵ DUCOULOUX-FAVARD, nella sua nota *all'arrêt Kis*, ammette che un atto di gestione che impoverisce la società attraverso il pagamento di una fattura fittizia non è, di per sé, costitutivo di *abus de biens sociaux*, ma che, d'altra parte, l'*arrêt Kis* si limita a rilevare l'insufficienza di motivazione della sentenza d'appello, non a enunciare un principio generale secondo cui pagare una tangente non è incriminabile ai sensi della norma di *abus de biens et du crédit social*. Un'interpretazione del genere sarebbe, a suo dire, «totalmente deviata», tanto più che «*on ne voit pas comment la magistrature ou le peuple français au nom duquel les jugements sont rendus pourraient tolérer que seuls ceux qui sont susceptible de commettre des abus de biens sociaux [...] pourraient obtenir par versement de pots-de-vin, en toute impunité, des remises fiscales*». Sarebbe come ammettere che «*l'intérêt social est exempt de toute moralité*» secondo DUCOULOUX-FAVARD Claude (1997), *De la corruption par abus de biens sociaux et «recel – consequent*», in *Les Petites Affiches*, n°20, 14 février, 21 e seguenti.

sorta di moralità, vi era chi attribuiva piuttosto alla sentenza Kis il merito di aver specificato che la ricettazione, reato autonomo rispetto a quello da cui si è tratto il profitto illecito, è connessa consequenzialmente al reato originario, legando, dunque, indissolubilmente all'imprenditore il politico¹⁴⁶.

10.1.3. L'arrêt Carignon.

La tappa successiva dell'evoluzione giurisprudenziale è costituita dall'*arrêt* Carignon del 27 ottobre 1997, nel quale si statuisce che «*quel que soit l'avantage à court terme qu'elle peut procurer l'utilisation des fonds sociaux ayant pour seul objet de commettre un délit tel que la corruption est contraire à l'intérêt social en ce qu'elle expose la personne morale au risque anormal de sanctions pénales ou fiscales contre elle-meme ou ses dirigeants et porte atteinte à son crédit et à sa réputation*¹⁴⁷».

Se tale sentenza sembra porsi nel solco dell'*arrêt* Kis, perché non fa più menzione della presunzione di contrarietà all'interesse sociale, una simile lettura non è unanimemente condivisa. Al contrario, autorevole dottrina¹⁴⁸ vede in tale pronuncia quasi un ritorno all'*arrêt* Carpaye perché essa precisa che un delitto, anche commesso nell'interesse della società, costituisce un abuso dei beni sociali nella misura in cui esso espone la società a delle sanzioni e ne mina la reputazione.

D'altra parte, è innegabile che l'*arrêt* Carignon, a differenza dell'*arrêt* Carpaye, non preveda automaticamente che l'atto illecito sia abusivo dei beni sociali. Come è stato osservato, quello che secondo l'*arrêt* Carignon è

¹⁴⁶ DUCOULOUX-FAVARD Claude (1997), *L'abuso dei beni e poteri sociali nell'ordinamento francese*, in *Rivista di diritto commerciale*, I, 973 e seguenti.

¹⁴⁷ Cioè, "quale che sia il vantaggio che nel breve termine può procurare l'utilizzazione di fondi sociali, avente come unica finalità quella di commettere un reato come la corruzione, è contraria all'interesse sociale esponendo la persona morale al rischio anormale di sanzioni penali o fiscali nei confronti di lei e dei suoi dirigenti e attenta al suo credito e alla sua reputazione".

¹⁴⁸ Questa dottrina è divisa fra chi considera l'*arrêt* Carignon una vera e propria inversione di tendenza dopo una giurisprudenza che aveva illuso di essere orientata verso una più limitata applicazione della norma di *abus de biens et du crédit social* (in questo senso BERTREL Jean-Pierre (1997), *Abus de bien sociaux: la leçon de l'affaire Carignon*, in *Le Revenu Français*, 21 novembre 1997, 17) e altri che assumono una posizione meno decisa, quali DUCOULOUX-FAVARD Claude (1997), *L'arrêt Carignon dans la ligne d'une jurisprudence sans revirement, ni devoiement*, in *Les Petites Affiches*, n°134, 07 novembre; RENUCCI Jean-François (1998), *Abus de biens sociaux*, in *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 337.

contrario all'interesse sociale e, dunque, costitutivo dell'abuso di beni sociali, è l'utilizzazione di fondi sociali avente per solo obiettivo la commissione di un delitto ed è il termine “solo” a distinguere in modo decisivo la nuova sentenza dall'*arrêt* Carpaye¹⁴⁹.

10.2. La presunzione di contrarietà all'interesse sociale.

In tema di contrarietà all'interesse sociale, è opportuno evidenziare, il ricorso, da parte della giurisprudenza¹⁵⁰, a una tripla presunzione che, in presenza del prelevamento occulto di fondi, dispensa la pubblica accusa dal provare il carattere contrario all'interesse sociale degli atti, ma anche il fine personale perseguito dal dirigente e la malafede di quest'ultimo. Lo stesso *arrêt* Rosemain¹⁵¹ del 1996 statuiva che qualora non fosse giustificato il loro impiego nell'esclusivo interesse della società, la creazione di fondi occulti, effettuata attraverso il prelievo di beni sociali, costituisca pacificamente una fattispecie di *abus des biens sociaux*.

Una simile tendenza non va certo immune da critiche, che contestano l'utilizzo di simili presunzioni di fatto, nella consapevolezza che gli organi giudicanti si trovano di fronte ad una disposizione incriminatrice dal testo impreciso, nato in un particolare contesto di scandali finanziari, creato per assicurare il pubblico risparmio e, perciò, di per sé già concepito per

¹⁴⁹ RENUCCI Jean-François (1998), *Abus de biens sociaux*, in *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 337 e seguenti, asserisce che, in definitiva, si è abbastanza vicini alla soluzione del 1997 che, in realtà, condannava unicamente la suddetta automaticità senza per questo vietare una incriminazione per abuso di beni quando le condizioni siano riunite.

¹⁵⁰ Il riferimento è, in particolare, a Cassation Criminelle del 14 maggio 1998, in MÉDINA Annie (2001), *Abus des biens sociaux: Prévention, Détection, Poursuite*, Paris, Dalloz, 117; nel caso in specie un dirigente di fatto era imputato di aver beneficiato di commissioni occulte provenienti da fondi neri. Contro la condanna in Appello, nell'impugnazione, la difesa contestava che la condanna per *abus des biens sociaux* si fondasse sulla semplice provenienza occulta delle somme, invertendo l'onere della prova e violando la presunzione d'innocenza. Nella sentenza la Cassazione francese si pronuncia esplicitamente nel senso di una inversione giurisprudenziale dell'onere della prova affermando che dal momento che i fondi sociali prelevati in maniera occulta dai dirigenti lo sono stati necessariamente nel loro interesse diretto o indiretto, salvo stabilirne la prova, non apportata nel caso in specie, della loro utilizzazione nel solo interesse della società, la Corte d'appello ha dimostrato la propria decisione senza incorrere nelle lagnanze allegate.

¹⁵¹ Si veda il già citato DUCOULOUX-FAVARD Claude (1996), *Caisses noires et abus des biens sociaux*, in *Les Petites Affiches*, n.° 41, 03 avril, 23 e seguenti.

permettere una larga repressione¹⁵².

A essere contestato, in effetti, è non solo l'uso talora distorto della fattispecie, con la quale sono state sanzionate anche ipotesi in cui altre erano, propriamente, le condotte illecite¹⁵³, e che può agevolmente compiersi proprio in ragione dell'ampiezza del campo applicativo della norma; quanto piuttosto la natura stessa del delitto, la formulazione dello stesso, la sua caratterizzazione soggettiva improntata a criteri incerti.

11. Antigiuridicità del fatto e gruppi di società.

Il problema dell'applicazione della fattispecie di *abus de biens sociaux* sui gruppi di società è argomento che meriterebbe una trattazione di ampio respiro¹⁵⁴, che tuttavia esula dai propositi della presente analisi. Si impone, però, la necessità di evidenziare una serie di punti, non tanto per compiere una digressione su un tema così interessante, quanto piuttosto per dare conto della stretta connessione tra la fattispecie in parola e l'evoluzione giurisprudenziale che la caratterizza e che, invece, manca rispetto ad altri illeciti, oggetto della presente trattazione.

Relativamente all'ordinamento positivo francese, l'unico spiraglio normativo riguardante i gruppi si ricava dallo stesso articolo L. 242-6, laddove il legislatore si preoccupa di individuare l'elemento soggettivo caratterizzante il reato nella sussistenza, in alternativa ai «fini personali» dei soggetti attivi, della finalità di «favorire un'altra società o impresa nella quale essi abbiano interessi diretti o indiretti».

Il delitto di abuso di beni o di poteri sociali è, in effetti, strutturato in modo tale da poter essere integrato da comportamenti posti in essere all'interno

¹⁵² MEDINA Annie (2001), *Abus des biens sociaux: Prévention, Détection, Poursuite*, Paris, Dalloz, 227 e seguenti.

¹⁵³ Si veda, in particolare, quanto detto *supra* a proposito della corruzione.

¹⁵⁴ Secondo FOFFANI Luigi (1997), *Infedeltà patrimoniale e conflitto di interessi nella gestione d'impresa. Profili penalistici. Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Giuffrè, Milano, 314, si tratta de "l'aspetto certamente più originale e approfondito, oltre che più complesso e controverso, dell'esperienza francese in materia di abuso dei beni sociali".

dei gruppi. Tale collegamento emerge in due aspetti della fattispecie, ovvero sul terreno dell'interesse sociale, che nell'ipotesi di un gruppo assume un diverso rilievo, e su quello della mancanza di antigiridicità del fatto¹⁵⁵, cioè della giustificazione dei comportamenti astrattamente abusivi all'interno di un gruppo¹⁵⁶.

Nella giurisprudenza francese, fino agli anni Settanta, veniva, in effetti, rilevata la sussistenza dello stato di necessità in talune ipotesi, caratterizzate dall'abuso dei beni sociali nell'ambito di un gruppo sociale. Conseguentemente, la causa di giustificazione incideva sulla fattispecie concreta facendone venir meno, però, l'elemento soggettivo¹⁵⁷, e non già l'antigiridicità, nella misura in cui l'amministratore di una società controllante ordinasse un sacrificio alla controllata e questo fosse il solo modo per far fronte a importanti difficoltà in cui si trovasse la controllante¹⁵⁸. Come chiarisce un'Autrice, di fronte a una pressione in tal senso, l'amministratore della società controllata avrebbe infatti dovuto

¹⁵⁵ Già secondo MILITELLO Vincenzo (1989), *Gruppi di società e diritto penale nell'esperienza francese*, in *Rivista delle Società*, 4, 729-798, che si occupa dell'abuso dei beni sociali con riferimento al problema dei gruppi perché, benché questo non contempli espressamente un riferimento ai gruppi di società, la giurisprudenza francese sull'argomento desta, molto interesse. Infatti, egli osserva che il fallimento delle iniziative volte ad una specifica e distinta regolamentazione d'insieme dei gruppi economici e dei relativi profili « commerciali, sociali, fiscali e penali » ha costretto la giurisprudenza ad una attenta ricostruzione delle fatti specie che potevano comprendere comportamenti realizzati da società in gruppo, ritagliandosi quasi su questo nuovo soggetto gli ambiti di illiceità penale esistenti nell'originario impianto della legge del 1966 sulle società commerciali. Secondo tale Autore "il caso più palese è quello in cui dei dirigenti investano beni della propria società per prestarli ad altre società appartenenti al medesimo gruppo; ma sono configurabili casi ben più sfumati, come quello in cui i dirigenti forniscano a garanzia di prestiti ottenuti da altre società del proprio gruppo il credito della società di cui sono organi".

¹⁵⁶ Circa l'analogo problema dell'interpretazione del terzo comma dell'articolo 2634 del codice civile quale generale causa di giustificazione, applicabile anche al contesto penal fallimentare o a ipotesi di appropriazione indebita, si rinvia alla trattazione della specifica fattispecie, laddove sono presenti anche ampi riferimenti bibliografici.

¹⁵⁷ MILITELLO Vincenzo (1989), *Gruppi di società e diritto penale nell'esperienza francese*, in *Rivista delle Società*, 4, 766, spiega che l'aver agito nell'interesse di un'altra società è stato considerato la prova della mancanza del dolo specifico richiesto al perfezionamento del reato, ma che, a ben vedere, tale conclusione è affrettata perché sarebbe necessario l'ulteriore accertamento se questo agire nell'interesse di altra società "rientri o meno nell'elemento"interesse diretto o indiretto per il soggetto attivo in un'altra società".

¹⁵⁸ In particolare, secondo LÉAUTÉ Jacques (1973), *La reconnaissance de la notion de groupe en droit pénal des affaires*, *La semaine juridique JCP*, I 2551, n°2 (come riportato da D'AULA Fabio, *L'abus de biens et du crédit social: analisi comparatistica*, tesi di laurea inedita, relatore Armando Bartulli, 104), l'amministratore di una società del gruppo non può rifiutarsi di eseguire un ordine che comporti dei sacrifici per la controllata nell'interesse del gruppo, perché, appunto, l'interesse sociale acquista in tali situazioni una valenza molto diversa da quella che ha nel caso di una società isolata.

scegliere se seguire o disattendere le istruzioni ricevute, con il fondato timore, in quest'ultimo caso, di perdere il proprio posto¹⁵⁹. Questo porta a ritenere che sia più la pressione morale esterna che non lo stato di necessità della società controllante ad esercitare un influsso sull'amministratore della controllata. Peraltro, secondo tale Autrice se anche si considerasse di trovarsi di fronte a uno stato di necessità, per applicare la causa di giustificazione occorrerebbe comunque verificare la proporzione tra il pericolo di revoca dell'incarico e il rischio che si fa correre alla società controllata, giacché non appare scriminabile la condotta di un amministratore che, di fatto, antepone il proprio interesse a quello della società gestita.

Con queste precisazioni, tuttavia, commettere un abuso dei beni sociali in seno ad un gruppo di società era talora considerato una causa di giustificazione¹⁶⁰. Tale posizione, avvallata dalla giurisprudenza francese, era stata, però, da più parti criticata e venne infine abbandonata a partire dal 1974, quando il Tribunale di Parigi¹⁶¹, in occasione dell'*affaire* Agache-Willot, compì il tentativo di ritagliare uno spazio di liceità per le operazioni infragrupo, basato non già sulla teoria delle cause di giustificazione, ma su un'interpretazione evolutiva del criterio della contrarietà all'interesse sociale. La vicenda vedeva coinvolti i fratelli Willot, i quali nel 1969, in qualità di amministratori della *holding* Agache-Willot, pianificarono di assumere il controllo della società Saint Frères. A tal fine, acquisirono un cospicuo numero di azioni di questa dalla famiglia Saint, che ne deteneva la maggioranza. Tuttavia, per saldare il debito relativo all'acquisto di tali azioni, essi avevano posto in essere delle operazioni finanziarie, congregate

¹⁵⁹ MEDINA Annie (2001), *Abus des biens sociaux: Prévention, Détection, Poursuite*, Paris, Dalloz, 167.

¹⁶⁰ RENUCCI Jean François & CARDIX Michel (1998), *L'abus de biens sociaux, Que sais-je?*, Parigi, PUF, 13.

¹⁶¹ Tribunal correctionnel de la Seine, Parigi, 16 maggio 1974, *Revue des sociétés* 1975, p. 657, che ha emesso una sentenza sulle spregiudicate politiche economico-finanziarie realizzate dai fratelli Willot, a capo di un forte gruppo economico dell'industria tessile.

in modo tale che il pagamento della somma dovuta avvenisse con fondi provenienti da cespiti patrimoniali della stessa società Saint Frères. Da notare che, nella fattispecie, non rilevava alcun interesse di gruppo, perché le operazioni erano a profitto personale esclusivo dei Willot. A questi ultimi, ad ogni modo, venivano contestate delle operazioni sul patrimonio della società Saint Frères, attuate nel momento in cui questa stava entrando a far parte del gruppo Agache-Willot.

Si trattava di verificare, come invocato dalla difesa, se tali operazioni, di per sé non vantaggiose economicamente, fossero giustificate alla luce dell'interesse della Saint Frères ad entrare nel gruppo. La sentenza del Tribunale si pronunciò, in effetti, favorevolmente¹⁶².

In particolare, il caso Willot porta, dunque, in evidenza quali siano i presupposti, in presenza dei quali anche operazioni pregiudizievoli per il patrimonio della singola società non sono ritenute contrarie all'interesse sociale, con specifico riguardo all'esistenza di un gruppo di società.

Primo presupposto perché l'abuso dei beni sociali, all'interno di un gruppo, non costituisca reato è la presenza di un raggruppamento economico reale, ovvero saldamente strutturato e non meramente fittizio¹⁶³. In secondo luogo, i sacrifici imposti ad una società devono essere fondati sull'interesse di gruppo e finalizzati al perseguimento di una politica societaria globale dello stesso, e giammai dell'interesse personale dei gestori. Infine, questi sacrifici non devono far correre alla società controllata un rischio eccessivamente elevato, ovvero il sacrificio economico richiesto non può superare le possibilità finanziarie della società stessa.

I presupposti enunciati dal caso Willot si trovano riproposti in altre

¹⁶² La vicenda *Agache-Willot* è riportata da MILITELLO Vincenzo (1989), *Gruppi di società e diritto penale nell'esperienza francese*, in *Rivista delle Società*, 4, 777 e seguenti; si veda anche DELMAS-MARTY Mireille (1990), *Droit pénal des affaires, Partie spéciale: infractions*, Tomo 2, Paris, PUF, 291.

¹⁶³ Secondo la citata sentenza, le società componenti il gruppo devono, peraltro, concorrere alla realizzazione di un oggetto sociale proprio, mentre l'oggetto sociale del raggruppamento può sostituirsi, solo provvisoriamente, all'oggetto sociale delle diverse società che lo compongono.

pronunce di merito e, soprattutto, in una pronuncia della Corte di cassazione francese, la cosiddetta sentenza Rozenblum¹⁶⁴, intervenuta undici anni più tardi, il 4 febbraio 1985.

Quale elemento innovativo della stessa può rilevarsi come avvenga un ampliamento dell'interesse comune del gruppo, il quale, si precisa, può essere non solo prettamente economico, ma anche sociale o finanziario¹⁶⁵. Ciò è significativo del peso della supplenza giurisprudenziale operata sul punto, dal momento che tale pronuncia finisce per tracciare i confini del concetto stesso di identità dei gruppi di società.

L'opera della giurisprudenza francese su questo versante appare, tuttavia, ancora incompiuta e in parte insoddisfacente, soprattutto dal punto di vista della certezza del diritto. Inoltre, è rimasta inadeguata la riflessione sull'altrettanto rilevante questione della definizione dei limiti scriminanti dell'attività di gruppo¹⁶⁶.

12. Il bene giuridico tutelato.

Se dalla disciplina di Italia¹⁶⁷ e Spagna, oltre che della Germania, emerge una qual certa concordanza nell'individuare il patrimonio sociale come bene giuridico tutelato, quantomeno sullo sfondo, nelle ipotesi di infedeltà dei dirigenti sociali, la dottrina francese svolge, invece, una serie di diverse

¹⁶⁴ Cassation criminelle, 4 febbraio 1985, da cui il seguente principio: «*Qu'en effet, pour échapper aux prévisions des articles 425 (4°) et 437 (3°) de la loi du 24 juillet 1966 [abus de biens et du crédit social], le concours financier apporté par les dirigeants de fait ou de droit d'une société à une autre entreprise d'un meme groupe dans laquelle ils sont intéressé directement ou indirectement, doit être dicté par un intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble de ce groupe, et ne doit ni être démunie de contrepartie ou rompre l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés concernées, ni excéder les possibilités financières de celle qui en supporte la charge; que tel n'étant pas le cas en l'espèce, les moyens réunis doivent être écartés*».

¹⁶⁵ Così secondo MILITELLO Vincenzo (1989), *Gruppi di società e diritto penale nell'esperienza francese*, in *Rivista delle Società*, 4, 783, per cui la valutazione dell'interesse di gruppo coinvolge quello della maggioranza di controllo, degli azionisti di minoranza, dei dipendenti, dei creditori. Si veda anche GIUDICELLI-DELAGÉ Geneviève (2006), *Droit pénal des affaires*, 6° edizione, Paris, Dalloz, 214 e seguenti.

¹⁶⁶ Si rinvia ancora a MILITELLO Vincenzo (1989), *Gruppi di società e diritto penale nell'esperienza francese*, in *Rivista delle Società*, 4, 783.

¹⁶⁷ Il riferimento è, in particolare, alla fattispecie di infedeltà patrimoniale.

considerazioni¹⁶⁸.

In primo luogo, viene osservato che se il delitto di *abus de biens sociaux* trovasse la sua ragion d'essere nella protezione del pubblico risparmio, non solo perché investito nelle attività d'impresa, ma anche in quanto motore, in generale, dell'intero mercato, sarebbe comprensibile perché tale reato non riguardi le società semplici e le società di persone, dal momento che per queste ultime sussiste la piena e illimitata responsabilità patrimoniale dei soci, o quantomeno di quelli che hanno funzioni di amministrazione attiva¹⁶⁹.

Se, tuttavia, fosse questo il criterio adottato dal legislatore francese, non dovrebbero ricadere nell'ambito di applicazione dell'*abus de biens sociaux* nemmeno altri tipi sociali come, ad esempio, le società a responsabilità limitata unipersonali¹⁷⁰ perché, in tali ipotesi, l'esistenza di soci illimitatamente responsabili fungerebbe quale idonea garanzia. Ciò dimostra che questo criterio di selezione dell'interesse protetto non è completamente valido.

Si è, quindi, ipotizzato che l'obiettivo della norma in questione sia, precipuamente, la protezione dei soci. In tal caso, si osserva, non dovrebbero, tuttavia, rimanere al di fuori dell'ambito di applicazione della fattispecie incriminatrice nemmeno i gestori delle società di persone, perché i soci di queste ultime sono anche più esposti di quelli delle società di capitali, proprio in quanto responsabili con il proprio patrimonio in caso di insolvenza sociale¹⁷¹.

Da ultimo, è stata prospettata un'interpretazione che veda tutelata principalmente la posizione dei terzi creditori. Questi sono, infatti,

¹⁶⁸ Si veda quanto efficacemente esposto da MEDINA Annie (2001), *Abus des biens sociaux: Prévention, Détection, Poursuite*, Paris, Dalloz, 23 e seguenti.

¹⁶⁹ Ci si riferisce, in modo particolare, alle società in accomandita semplice.

¹⁷⁰ In Francia E.U.R.L., cioè *entreprises unipersonnelles à responsabilité limitée*.

¹⁷¹ MEDINA Annie (2001), *Abus des biens sociaux: Prévention, Détection, Poursuite*, Paris, Dalloz, 23.

maggiormente tutelati nei confronti delle società di persone piuttosto che delle società di capitali, perché nel primo caso possono agire contro gli stessi soci. Potrebbe, dunque, sembrare che l'obiettivo dell'*abus de biens sociaux* sia quello di garantire una protezione più forte, qual è quella penale, ai terzi, laddove questi sono meno tutelati¹⁷². A una simile ricostruzione potrebbe, però, obiettarsi che la legge francese impedisce ai terzi di costituirsi parte civile nel procedimento instaurato per abuso dei beni sociali contro un gestore¹⁷³.

La ricostruzione più convincente sembra, dunque, essere quella secondo cui il reato è destinato a proteggere la società stessa e non i terzi¹⁷⁴, anche considerato che, se solo la società e i soci possono essere reputati persone offese dal reato, non può che discendere che l'interesse sociale è solo quello dei soci in quanto tali¹⁷⁵.

13. Il regime sanzionatorio del reato.

Il reato di *abus de biens et du crédit social* commina la pena dell'arresto fino a cinque anni. Manca, perciò, un limite minimo di pena, il che, secondo la dottrina francese, sarebbe giustificato dall'esigenza di lasciare una maggiore discrezionalità ai giudici.

La pena detentiva può, poi, essere accompagnata da un'ammenda che, peraltro, può essere anche applicata alternativamente all'arresto. Anche qui è previsto solo un limite massimo.

La pena originariamente prevista per il reato di abuso dei beni sociali era,

¹⁷² Si veda la posizione di DELMAS-MARTY Mireille (1990), *Droit pénal des affaires*, Paris, PUF, 416; *contra*, MEDINA Annie (2001), *Abus des biens sociaux: Prévention, Détection, Poursuite*, Paris, Dalloz, 24, cita JEANDIDIER Wilfrid, il quale, in *Juris Classeur, Sociétés*, fascicolo 132-B, n. 2, evidenzia che non si tratti di un elemento distintivo determinante.

¹⁷³ Il pregiudizio deve, infatti, essere personale e diretto. Si rinvia, per una più ampia trattazione sul punto, a MEDINA Annie (2001), *Abus des biens sociaux: Prévention, Détection, Poursuite*, Paris, Dalloz, 304 e seguenti, nonché GODON Laurent (1997), *Abus de confiance et abus des biens et du crédit social*, in *Revue des sociétés*, aprile-giugno, 315-316.

¹⁷⁴ MEDINA Annie (2001), *Abus des biens sociaux: Prévention, Détection, Poursuite*, Paris, Dalloz, 24.

¹⁷⁵ Come osserva DELMAS-MARTY Mireille (1990), *Droit pénal des affaires, Partie spéciale: infractions*, Tomo 2, Paris, PUF, 290.

d'altro canto, stabilita attraverso un espresso rinvio alle sanzioni del delitto di truffa, ciò che con tutta probabilità è avvenuto sulla scorta della considerazione che le vittime dei due delitti sono accomunate dal fatto di essere state defraudate ma che, ad una più attenta osservazione, non ha alcuna base logica, se non la volontà di punire le condotte di abuso in ambito societario con pene più gravi di quelle contemplate dalla fattispecie di *abus de confiance*¹⁷⁶. Il delitto di *abus de biens et du crédit social* è, in effetti, ben più simile all'*abus de confiance* che alla truffa. È, infatti, innegabile che il dirigente sociale che abusa dei beni sociali approfitti della propria posizione all'interno della società e che, quindi, possa dirsi che, in senso lato, raggiri coloro ai quali è legato da un vincolo di fedeltà, ma l'abuso dei beni e del credito sociale, in linea di principio, incrimina condotte che, come visto, presentano maggiori analogie con l'*abus de confiance*.

Altri regimi speciali sono, poi, previsti a seconda dei tipi di società nell'ambito delle quali è stata commessa l'infrazione.

14. La prescrizione.

Per concludere, va evidenziata una peculiarità del delitto in esame, relativa al regime della sua prescrizione.

Come accade in Francia per tutti i delitti¹⁷⁷, l'azione relativa all'*abus de biens et du crédit social*, si prescrive, per legge, in tre anni. Il computo di questo termine dovrebbe, poi, decorrere *ex lege* dal giorno in cui è stato commesso l'illecito. Sennonché questo principio è stato, di fatto, ritenuto inoperante per il delitto in parola¹⁷⁸, dal momento che si tratta di un reato

¹⁷⁶ MÉDINA Annie (2001), *Abus des biens sociaux: Prévention, Détection, Poursuite*, Paris, Dalloz, 282, la quale osserva, altresì, che la riforma del 1966, pur avendo introdotto un regime sanzionatorio autonomo, comunque stabiliva pene analoghe a quelle proprie della *escroquerie*.

¹⁷⁷ Gli articoli, rispettivamente, 7, 8 e 9 del codice penale francese stabiliscono che si prescrivono i dieci anni i crimini, in tre i delitti e in un anno le contravvenzioni.

¹⁷⁸ Dedicò ampia parte della propria trattazione al tema della prescrizione MÉDINA Annie (2001), *Abus des biens sociaux: Prévention, Détection, Poursuite*, Paris, Dalloz, 235-280 e GODON Laurent

che generalmente si manifesta all'esterno solo molto tempo dopo che è stato posto in essere. Infatti, i dirigenti sociali si trovano in una posizione tale da permettere loro di occultare facilmente le tracce dei propri abusi e far operare il principio generale in tema di prescrizione significherebbe, pertanto, impedire la punibilità del delitto in esame. Nella giurisprudenza è, quindi, emerso, e si è via via consolidato, un diverso principio.

In un primo tempo¹⁷⁹, la giurisprudenza aveva esteso al delitto di abuso dei beni sociali la regola già forgiata per l'*abus de confiance*, cioè che il punto di partenza della prescrizione dell'azione penale poteva essere ritardato fino al giorno in cui il delitto si fosse manifestato all'esterno e si fosse potuto constatare. Questo orientamento, sviluppatosi nel XIX secolo, era stato considerato favorevolmente da parte della dottrina perché il termine prescrizionale che ne risultava era, comunque, considerato ragionevole¹⁸⁰.

In un secondo tempo¹⁸¹ la Corte di cassazione ha, tuttavia, modificato il proprio orientamento, precisando che il punto di partenza della prescrizione deve essere fissato nel giorno in cui il delitto è apparso e ha potuto essere constatato in condizioni tali da permettere l'esercizio dell'azione pubblica, il che, in pratica indica come *dies a quo* quello in cui pubblico ministero o la persona offesa abbiano avuto conoscenza dei fatti. Come sottolineato da diversi Autori¹⁸², la conseguenza di tale impostazione è la quasi totale imprescrittibilità del delitto.

(1997), *Abus de confiance et abus des biens et du crédit social*, in *Revue des sociétés*, aprile-giugno, 317 e seguenti.

¹⁷⁹ A partire dalla sentenza della Cassation Criminelle del 7 dicembre 1967 fino al 1970 e, in qualche sentenza isolata, anche dopo: si veda la nota di BOULOC Bernard a Cassation criminelle del 13 ottobre 1999 in *Revue des Sociétés*, 2000, II, 363.

¹⁸⁰ VERON Michel (2008), *Droit pénal spécial*, 12° edizione, Paris, Dalloz, 306 e seguenti; JEANDIDIER Wilfrid (2005), *Droit pénal des affaires*, Paris, Dalloz, n. 272, 371.

¹⁸¹ *Ex plurimis*, Cassation Criminelle 10 agosto 1981, e Cassation criminelle 27 luglio 1993, che di fatto aveva reso imprescrittibile la fattispecie: cfr. DUCOULOUX-FAVARD Claude (1996), *Abus de biens sociaux, Une prescription butoir pour qui, pour quoi?*, in *Les Petites Affiches*, n°20, 14 février. Si veda, poi, per una panoramica giurisprudenziale, WILFRID Jeandidier (2005), *Droit pénal des affaires*, Paris, Dalloz, 379 e seguenti.

¹⁸² DELMAS-MARTY Mireille (1990), *Droit pénal des affaires*, Paris, PUF, 238 e 241 e seguenti; ATIBACK Aline (2007) *L'abus de biens sociaux dans le groupe de sociétés*, Paris, L'Harmattan, 15; riguardo alla sola appropriazione indebita, invece, VERON Michel (2008), *Droit pénal spécial*, 12° edizione, Paris, Dalloz, n. 427, 289.

Una *normalisation de la prescription*¹⁸³ si è avuta più di recente in giurisprudenza, in occasione della sentenza Schmitt del 13 ottobre 1999¹⁸⁴. In tale occasione la *Cassation criminelle* ha annullato con rinvio una sentenza della Corte d'Appello di Colmar, con cui venivano condannati dei dirigenti sociali che, tra il 1986 e il 1991, avevano fittiziamente assunto due persone, che dunque figuravano come dipendenti, e alle quali venivano versati stipendi senza contropartita. La *notitia criminis* era stata iscritta il 10 giugno 1993, a proposito di fatti anteriori al 10 dicembre 1990.

La questione relativa alla decorrenza del termine di prescrizione è stata risolta, secondo la Cassazione, nel senso che sia necessario verificare «à compter de la présentation des comptes annuels¹⁸⁵», a differenza di quanto ritenuto dalla Corte d'Appello che considerava i fatti contestati come «*ne pas notoires*» e quindi non manifestatisi all'esterno, nonostante la presentazione agli organi sociali delle scritture contabili.

L'*arrêt* Schmitt afferma, dunque, il principio in base al quale, in caso di dissimulazione del delitto, la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui la vittima è stata in grado di constatare i fatti suscettibili di caratterizzare il delitto e non più dal momento in cui la Procura ne abbia avuto notizia, diretta o indiretta¹⁸⁶, ciò che, precedentemente, induceva a considerare

¹⁸³ Espressione di RENUCCI Jean-François (1998), *Abus de biens sociaux*, in *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 410 secondo cui, dopo questa sentenza, "le délit d'abus de biens sociaux n'est donc plus quasi imprescriptible".

¹⁸⁴ In *Revue des Sociétés*, II, 2000, 360 e seguenti, con nota di BOULOC Bernard, nonché MEDINA Annie (2001), *Abus des biens sociaux: Prévention, Détection, Poursuite*, Paris, Dalloz, 243.

¹⁸⁵ Ancora BOULOC afferma che "implicite, mais nécessairement, la Cour de cassation admet qu'en l'absence de dissimulation d'un acte de gestion ne peut plus donner prise à une poursuite pour abus de biens sociaux trois ans après la présentation des comptes annuels aux associés".

¹⁸⁶ RENUCCI Jean-François (1998), *Abus de biens sociaux*, in *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 412 e seguenti, ritiene che l'unica questione che rimane pendente in seguito all'*arrêt* Schmitt è la questione del momento di consumazione dell'abuso dei beni sociali, se, cioè, questo sia identificabile, nel caso in specie, nel giorno della firma del contratto fittizio o in quello del pagamento dell'ultimo salario. L'Autore è propenso a risolvere il dubbio avallando nettamente la prima ipotesi perché l'abuso si commetterebbe con la stipulazione del contratto, essendo gli altri dei semplici atti di esecuzione. In seguito all'*arrêt* Schmitt è stato confermato da un'altra sentenza del 19 ottobre 1999, cioè di solo qualche giorno successiva e si è, quindi, parlato di volontà della *Chambre criminelle* di *normalisation* della prescrizione, mettendo un freno all'idea di *quasi-imprescriptibilité* del delitto. Si veda anche la riflessione di D'AULA Fabio, *L'abus de biens et du crédit social: analisi comparatistica*, tesi di laurea inedita, relatore Armando Bartulli, 130 e seguenti.

imprescrittibile il reato di *abus des biens sociaux*¹⁸⁷.

¹⁸⁷ Si ricordi, infatti, che la prescrizione penale conosciuta dall'ordinamento francese attiene o alla prescrizione della pena, ma non è questo l'ambito che riguarda la presente riflessione, o alla prescrizione dell'azione penale. Riguardo a questa, ne consegue che, una volta che l'azione penale sia stata esercitata, non si avrà più prescrizione del reato.

Capitolo II

L'ordinamento spagnolo

1. Introduzione. 2. L'evoluzione del dovere di lealtà nell'ordinamento spagnolo. 3. *La Ley de Sociedades Anónimas*. 4. L'evoluzione della tutela penale. 5. *Administración desleal*. 6. Una fattispecie di diritto penale societario. 7. I soggetti attivi. 8. I soggetti passivi. 9. La condotta. 9.1. Il danno. 10. Elemento soggettivo. 11. Il bene giuridico tutelato. 12. Trattamento sanzionatorio e perseguibilità. 13. Rapporti tra *administración desleal* e *apropiación indebida*. 13.1. Gli *actos dominicales*

1. Introduzione.

Disposizione fondamentale, alla base dell'intera disciplina del conflitto di interessi nell'ordinamento spagnolo è l'articolo 1719 del *código civil*, ovvero una norma dettata in tema di mandato, la quale stabilisce che, nella esecuzione del proprio incarico, il mandatario debba agire secondo le istruzioni del mandante e che, in mancanza di esse, dovrà fare quello che, secondo la natura del negozio, farebbe un buon padre di famiglia.

Con una formulazione estremamente sintetica, la disposizione detta essenzialmente due basilari obbligazioni proprie del mandatario, dalle quali dottrina e giurisprudenza spagnole hanno ricavato tanto i criteri di valutazione dell'attività dello stesso, quanto delle specifiche regole di condotta.

La previsione è stata richiamata dallo stesso Tribunale Supremo Penale¹⁸⁸, proprio con riferimento al delitto di *administración desleal*. Il rimprovero mosso dal diritto penale sarebbe, infatti, radicato essenzialmente nell'abuso delle funzioni proprie dell'incarico ricevuto, dal momento che agire

¹⁸⁸ Sentenza 867/2002 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) 29.7.2002, RJA 6357, sul cosiddetto caso Banesto, su cui ampiamente *infra*.

slealmente significa infedeltà rispetto alle obbligazioni che incombono su un amministratore, tanto di fatto che di diritto, in generale ai sensi dell'articolo 1719 del *Código Civil* e più specificamente in ragione dell'articolo 127 del testo novellato della *Ley de Sociedades Anónimas*.

L'esperienza penalistica spagnola risente, poi, della relativa novità di una fattispecie incriminatrice, l'*administración desleal*, destinata specificamente ai soggetti operanti nell'ambito delle società commerciali e sconosciuta sino all'entrata in vigore del nuovo codice penale. Peraltro, la dottrina spagnola, come quella italiana, aveva a lungo studiato il modello tedesco dell'*Untreue*, giungendo alla conclusione che nell'ordinamento spagnolo fossero innegabilmente presenti dei vuoti di tutela, tanto più che neppure le fattispecie generali di *estafa* e *apropiación indebida* erano in grado di far fronte alle esigenze sanzionatorie sollevate dalle ipotesi concrete di amministrazione infedele.

Non si ha infatti *estafa* qualora non ci sia inganno e per giunta in caso di amministrazione infedele colui che dovrebbe ingannare è poi lo stesso soggetto che realizza l'atto di disposizione patrimoniale. D'altro canto era pacificamente esclusa altresì l'applicazione della fattispecie di appropriazione indebita, dal momento che l'amministrazione infedele implica un pregiudizio per il patrimonio in generale e non riguardante la proprietà di cose determinate.

Nel diritto spagnolo, peraltro, l'introduzione di una fattispecie penale di amministrazione infedele era ritenuta "*prácticamente imprescindible*¹⁸⁹" a partire dal 1983, anno in cui era stata riformulata la fattispecie di *estafa*. Prima, infatti, la configurazione del delitto di truffa aveva un'ampiezza tale da poter ricomprendere quasi tutti i fatti di amministrazione infedele, dal momento che l'inganno non costituiva un elemento essenziale e la condotta

¹⁸⁹ BACIGALUPO ZAPATER Enrique (1995), *La problemática de la administración desleal en el Derecho Penal español*, in *Hacia un derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann, 14-17 de octubre 1992*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 387.

consisteva semplicemente nel *defraudar a otro*. Di fronte a una previsione così poco tassativa, la riforma della *estafa* era stata avvertita come necessaria e venne accolta come un miglioramento; tuttavia ben presto cominciò a diventare evidente come vi fossero dei comportamenti che in tal modo era stati involontariamente depenalizzati.

Con il delitto di *administración desleal*, di cui all'articolo 295 del *codigo penal*, viene, dunque, introdotta una fattispecie caratterizzata per la rottura della speciale relazione di fiducia esistente fra l'autore e colui che subisce la lesione del patrimonio¹⁹⁰. Rispetto al modello tedesco ha, però, poco d'altro in comune e al confronto anzi appare come una costruzione "barocca"¹⁹¹.

In effetti, a parte l'abuso del potere di disporre di beni altrui o contrarre obbligazioni a carico di altri, che costituiscono la condotta fondamentale di entrambe le fattispecie di infedeltà, la norma spagnola presenta tutta una serie di peculiarità, che le conferiscono un carattere un po' confuso, o meglio: la formulazione della norma presenta non poche imperfezioni, tali da suscitare notevoli difficoltà interpretative¹⁹².

2. L'evoluzione del dovere di lealtà nell'ordinamento spagnolo.

Il dovere di lealtà sorge nell'esperienza spagnola come lo sviluppo naturale di una regola generale dell'ordinamento, diretta alla protezione del cosiddetto titolare del rapporto in caso di produzione di conflitti d'interesse

¹⁹⁰ FERNÁNDEZ TERUELO Javier Gustavo (1998), *Los delitos societarios en el Código penal español*, Madrid, 329.

¹⁹¹ FOFFANI Luigi (1999), *I reati societari nel nuovo codice penale spagnolo del 1995*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 76.

¹⁹² Tanto per esemplificare, notevoli perplessità suscita l'osservazione che tra i soggetti passivi non sia inclusa la società, il che è tanto più strano proprio perché oggetto della tutela sembrerebbero essere i beni della società, dal momento che proprio su di essi va a incidere la condotta infedele. V. in proposito MARTÍNEZ BUJAN PEREZ Carlos (1998), *Derecho penal económico*, Valencia, 270. Sintetico, ma particolarmente incisivo anche DEL ROSAL BLASCO Bernardo (1998) *Los delitos societarios en el código penal de 1995*, Valencia, Tirant lo Blanch, 137: «El legislador de 1995 no ha cuidado suficientemente su tipificación, cometiendo errores tan absurdos como, por ejemplo, la referencia a los "depositarios" que, necesariamente, habrá de entenderse a los "depositantes", o dejando sin aclarar si el delito se comete sólo perjudicando el patrimonio de los socios o, también, el patrimonio social real y optando, además, de forma inexplicable, por un tipo de lesión que, con toda probabilidad, será muy difícil de aplicar».

nelle relazioni di gestione. Di fronte all'inesistenza di una previsione generale che stabilisse un espresso meccanismo di tutela, si è, infatti, ritenuto che il fondamento normativo del dovere di lealtà risieda negli stessi principi generali dell'ordinamento.

In questo senso, è il principio di buona fede a dimostrarsi idoneo a ricoprire una simile funzione, nella misura in cui esso può essere considerato fonte di veri e propri doveri di comportamento¹⁹³, che regolino anche i conflitti di interessi nelle relazioni gestorie¹⁹⁴.

La lealtà si manifesta, dunque, come diretta esplicazione del principio di buona fede, di cui costituisce contenuto fondamentale, e da esso discendono norme generali di condotta, che ogni gestore deve seguire, al pari di qualsivoglia soggetto che sia parte di un rapporto giuridico.

Nello specifico ambito della disciplina dell'attività gestoria, recentemente la dottrina ha, poi, contribuito a fornire un livello notevole di autonomia al cosiddetto dovere di lealtà, per distinguerlo dal dovere di diligenza, nel senso di evidenziare che entrambi costituiscono le due fondamentali categorie di doveri di comportamento degli amministratori di patrimoni altrui¹⁹⁵.

Il punto di partenza è che la relazione gestoria si caratterizza per l'attribuzione al gestore di poteri diretti a realizzare manifestazioni di volontà per conto del titolare. In tali termini la prestazione del gestore si

¹⁹³ Sul fondamento della responsabilità degli amministratori di società, si veda diffusamente ARROYO MARTÍNEZ Ignacio (1998), *La responsabilidad de los administradores en la sociedad de responsabilidad limitada*, in *Estudios de derecho mercantil homenaje al Profesor Justino Duque Domínguez*, Valladolid, Secretariado de Publicaciones e intercambio científico, vol. I, 167 e seguenti.

¹⁹⁴ RIBAS FERRER Vicenç (2004), *Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades*, tesi di dottorato, inedita, 293.

¹⁹⁵ RIBAS FERRER Vicenç (2004), *Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades*, tesi di dottorato, inedita, 306, nota 1145, laddove appaiono citati, tra gli altri, CORTÉS Luis Javier (1991), *Notas sobre la reforma de la legislación mercantil en materia de sociedades mercantiles (Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directrices de la comunidad económica europea en materia de sociedades)*, in *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea: estudios en homenaje a José Girón Tena*, 205-218; LLEBOT MAJÓ José Oriol (1996), *Los deberes de los administradores de la Sociedad Anónima*, Civitas, 32 e seguenti; ALVAREZ CAPEROCHIPI José Antonio (1997), *El mandato y la comisión mercantil*, Comares, 189, dove l'Autore significativamente si esprime nel senso che i doveri di condotta del mandatario possono riassumersi in due: lealtà e diligenza.

sviluppa in un ambito nel quale egli acquisisce una certa autonomia giuridica per regolare gli interessi del soggetto gestito. Per sua natura, l'autonomia gestoria comporta, poi, una certa discrezionalità e a sua volta questa comporta la necessità di un controllo diretto del titolare sull'attività del gestore¹⁹⁶.

Il conflitto di interessi appare, infatti, come un rischio di lesione degli interessi del titolare, che può realizzarsi senza che questi possa conoscerne ed evitarne le conseguenze immediate. È, quindi, questa la ragione per cui l'ordinamento spagnolo stabilisce uno specifico contenuto del dovere di diligenza attraverso le regole sul dovere di lealtà, al fine di regolare i conflitti di interesse che si presentano nelle relazioni gestorie. La funzione di questa disciplina consiste, dunque, nella tutela degli interessi del titolare, in relazione all'obbligo del gestore di perseguire l'interesse di questi e non il proprio. Allo stesso modo, nel diritto societario il perseguimento dell'interesse sociale è un criterio che regola il comportamento dei gestori ed è il punto di convergenza dei doveri di diligenza e lealtà¹⁹⁷.

3. La Ley de Sociedades Anónimas.

In questo ordine di idee può comprendersi il riferimento che il diritto societario compie alla figura del rappresentante, quando stabilisce, come fa l'articolo 127 della *ley de las sociedades anonimas*, che gli amministratori

¹⁹⁶ RIBAS FERRER Vicenç (2004), *Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades*, tesi di dottorato, inedita, 314 e seguenti.

¹⁹⁷ RIBAS FERRER Vicenç (2004), *Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades*, tesi di dottorato, inedita, 316, 1187. questo è l'orientamento seguito dalla riforma della legge Ley de sociedades anonimas operata dalla Ley de transparencia de las sociedades cotizadas del 2003 che ha introdotto l'articolo 127 bis LSA, il quale stabilisce che gli amministratori sono tenuti a compiere i propri doveri con fedeltà all'interesse sociale, inteso come interesse della società. Si vedano anche CHULIÁ VICENT Francisco (2008), *Introducción al derecho mercantil*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 470 e seguenti; e GARRIDO Antonio Millán (2008), in JÍMENEZ SÁNCHEZ Guillermo J., *Nociones de derecho mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 48. Si tenga altresì presente che, normalmente, la dottrina spagnola di stampo commercialistico esamina la responsabilità degli amministratori di società a responsabilità limitata, ma la disciplina di queste è espressamente richiamata altresì da quella in tema di società anonime: si veda ARROYO MARTÍNEZ Ignacio (1998), *La responsabilidad de los administradores en la sociedad de responsabilidad limitada*, in *Estudios de derecho mercantil homenaje al Profesor Justino Duque Domínguez*, Valladolid, Secretariado de Publicaciones e intercambio científico, vol. I, 163 e seguenti.

devono comportarsi con la diligenza di un rappresentante leale.

Il rappresentante raffigura infatti il paradigma della figura del gestore e la sua posizione di conflitto è, al tempo stesso, quella maggiormente pericolosa, dal momento che egli può intervenire direttamente sul patrimonio del titolare.

In questo specifico contesto, è agevole comprendere come la regola generale, oltre a recare in sé il contenuto del dovere di lealtà, venga declinata nel senso di stabilire la necessità che ogni gestore di un patrimonio altrui, in caso di conflitto di interessi, agisca nell'interesse del titolare e anteponga, perciò, l'interesse altrui al proprio¹⁹⁸.

Il successivo articolo 127-bis, sotto la rubrica del dovere di fedeltà, esplicita, quindi, che gli amministratori dovranno assolvere ai doveri imposti dalle leggi e dagli statuti con «fedeltà all'interesse sociale, inteso come interesse della società».

La subordinazione degli interessi si manifesta, poi, in negativo, sotto forma di dovere di astensione o divieto di agire in conflitto di interessi. Questo principio è stato espressamente riconosciuto nel 2003 con l'introduzione dell'articolo 127-ter della *ley de las sociedades anonimas*¹⁹⁹.

Tale disposizione stabilisce, infatti, in primo luogo, che gli amministratori non possano spendere il nome della società, né invocare il proprio ruolo di amministratori della stessa al fine di realizzare operazioni per conto proprio o di persone a essi legate da vincoli. In seguito, al secondo comma, si dispone che nessun amministratore possa realizzare, a beneficio proprio o di persone a lui legate, alcun tipo di investimenti o altre operazioni relative a beni della società, dei quali abbia conoscenza in ragione del proprio incarico, quando l'investimento o l'operazione sia stata proposta alla società o la società ne abbia interesse, sempre che la società non abbia scartato tale

¹⁹⁸ RIBAS FERRER Vicenç (2004), *Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades*, tesi di dottorato, inedita, 321 e seguenti

¹⁹⁹ ALONSO UREBA Alberto (2006), *Las leyes generales, la Ley*, 1379.

investimento o operazione senza che l'amministratore abbia influenzato tale decisione.

Si tratta certo, come appare chiaro, di una regolamentazione estremamente articolata e dettagliata, che trova poi un altrettanto importante corollario nel dovere di comunicazione, imposto dal successivo comma terzo²⁰⁰, congiuntamente al dovere di astensione.

Un'altra delle applicazioni del divieto di agire in conflitto di interessi risiede, poi, nella proibizione di ottenere vantaggi o benefici da parte del gestore. Infatti, i benefici ottenuti in virtù della gestione devono essere attribuiti al titolare, nel cui interesse il gestore agisce. Questa regola trova altresì espressione nell'articolo 1720²⁰¹ del del codice civile spagnolo, che obbliga il mandatario a dare al mandante quanto pervenutogli in virtù del mandato.

Quanto al contenuto positivo del dovere di lealtà, esso consiste propriamente nella già menzionata esigenza di informazione circa la situazione di conflitto del gestore²⁰².

Va segnalato, tuttavia, che, nell'ambito del diritto societario, tale dovere di *disclosure* non era stato espressamente contemplato fino alla recente riforma del 2003, la quale ha introdotto come regola generale, al citato articolo 127-ter della *ley de las sociedades anonimas*, che gli amministratori debbano comunicare al consiglio di amministrazione ogni situazione di conflitto che possano avere con l'interesse sociale. Con l'ulteriore precisazione, non di poco momento, che in ogni caso, le situazioni di conflitto di interessi nelle quali si trovano agli amministratori della società dovranno essere oggetto di informazione nella relazione annuale sul governo societario.

²⁰⁰ «Los administradores deberán comunicar al consejo de administración cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que pudieran tener, con el interés de la sociedad. En caso de conflicto, el administrador afectado se abstendrá de intervenir en la operación a que el conflicto se refiera. En todo caso, las situaciones de conflicto de intereses en que se encuentren los administradores de la sociedad serán objeto de información en el informe anual de gobierno corporativo».

²⁰¹ ALONSO UREBA Alberto (2006), *Las leyes generales*, la Ley, 471.

²⁰² RIBAS FERRER Vicenç (2004), *Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades*, tesi di dottorato, inedita, 324, nota 1214

4. L'evoluzione della tutela penale.

Già si è detto che, tradizionalmente, la condotta infedele dell'amministratore è stata perseguita nell'ordinamento spagnolo attraverso le sanzioni penali a tutela del patrimonio e, in particolare, mediante le incriminazioni di *estafa*, ovvero truffa, e *apropiación indebida*²⁰³.

Le difficoltà applicative derivanti dall'uso queste fattispecie delittuose a casi di condotte infedeli hanno, tuttavia, indotto la dottrina spagnola a richiedere l'introduzione di un illecito specifico, che sanasse le lacune evidenziate nella pratica e che, al contempo, risultasse idoneo a sanzionare determinati comportamenti infedeli²⁰⁴. Si era, pertanto, ritenuto che tali esigenze avessero trovato soddisfazione con riformulazione del delitto di *apropiación indebida* e con la introduzione della nuova fattispecie di *administración desleal*, di cui all'articolo 295 del *código penal* del 1995.

La dottrina spagnola²⁰⁵ guardava, infatti, con interesse al modello tedesco dell'*Untreue* e lo raffrontava con le fattispecie di *estafa* e *apropiación indebida*. Da tale confronto emergeva che nell'ordinamento spagnolo erano presenti dei vuoti di tutela. Non si ha infatti *estafa* qualora non ci sia inganno; per di più in caso di amministrazione infedele colui che dovrebbe ingannare è poi lo stesso soggetto che realizza l'atto di disposizione patrimoniale, il che esclude del tutto la tipicità della fattispecie di truffa.

Si era altresì ipotizzato, ma com'è logico infruttuosamente, che potesse essere qualificato come truffa il comportamento degli amministratori

²⁰³ Sullo sviluppo giurisprudenziale in tema di distrazione di denaro si rinvia a Ancora BACIGALUPO ZAPATER Enrique (2007), *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, Barcellona, Marcial Pons, 220 e seguenti, in particolare pagina 230.

²⁰⁴ Si vedano, in proposito, le riflessioni di FARALDO CABANA Patricia (1996), *Los delitos societarios*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 528 e seguenti; MARTÍNEZ BUJAN PEREZ Carlos (2001), *El delito societario de administración desleal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 29. Per un approfondimento sui progetti di riforma che si sono succeduti, v. BACIGALUPO ZAPATER Enrique (2007), *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, Barcellona, Marcial Pons, 201.

²⁰⁵ V. su tutti BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (1995), *La problemática de la administración desleal en el Derecho Penal español*, in *Hacia un derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann, 14-17 de octubre 1992*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 387 e seguenti.

infedeli, argomentando che ci fosse inganno in quanto essi tengono un comportamento fraudolento, che però in realtà non è tale fino al momento della violazione del rapporto fiduciario. Inoltre tale infedeltà non assume, in realtà, la connotazione dell'inganno, dal momento che non comporta l'affermazione di un fatto falso quale vero, destinata a causare un errore nel titolare del patrimonio o in chi lo rappresenta.

D'altro canto, si escludeva altresì l'applicazione generalizzata della fattispecie di appropriazione indebita, dal momento che l'amministrazione infedele non sempre implica l'appropriazione di denaro o cose mobili, detenute con l'obbligo di restituirle o cederle, bensì un pregiudizio per il patrimonio in generale e non riguardante la proprietà di cose determinate²⁰⁶.

Alla medesima conclusione si giunge considerando la struttura della fattispecie di *apropiación indebida*, ovvero la realizzazione di un comportamento proprietario illecito e l'esistenza di un inadempimento definitivo dell'obbligazione di consegnare o restituire il bene ricevuto in gestione o altrettanto della stessa specie²⁰⁷. Ne consegue che un uso temporaneo, pur illecito, ma che non implichi un inadempimento definitivo, non potrebbe rientrare nell'ambito di applicazione della norma²⁰⁸. La norma esistente non poteva quindi adeguarsi a ricomprendere ogni ipotesi di infedeltà gestoria.

²⁰⁶ BACIGALUPO ZAPATER Enrique (1995), *La problemática de la administración desleal en el Derecho Penal español*, in *Hacia un derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann, 14-17 de octubre 1992*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 387.

²⁰⁷ MARTÍNEZ BUJAN PEREZ Carlos (2001), *El delito societario de administración desleal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 28 e GOMEZ BENITEZ José Manuel (1997), *El delito de administración desleal: criterios diferenciadores con la apropiación indebida y los ilícitos mercantiles*, in *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. 1, 2053 e seguenti.

²⁰⁸ Ancora MARTÍNEZ BUJAN PEREZ Carlos (2001), *El delito societario de administración desleal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 29-30, indica che, nella "costellazione di condotte che non potrebbero essere sussunte nel tipo dell'apropriación indebida", possono ritenersi particolarmente esemplificative le condotte che implicano crediti della società nei confronti dell'amministratore o dei suoi congiunti; la prestazione di garanzie con beni della società per il finanziamento di debiti contratti dagli amministratori; e infine l'acquisto di azioni della società con fondi della stessa, così mantenendo inalterato il capitale sociale e al tempo stesso innalzando surrettiziamente le quotazioni delle azioni stesse.

5. Administración desleal.

Con il *codigo pénal* del 1995 entrano per la prima volta nell'ordinamento spagnolo delle fattispecie volte a sanzionare condotte fraudolente²⁰⁹ compiute all'interno delle società.

In questo il codice penale spagnolo del 1995²¹⁰ si distingue rispetto alle altre codificazioni europee contemporanee, dimostrando una spiccata tendenza "interventista" sul terreno della disciplina dell'economia²¹¹. Non si può infatti trascurare che il diritto penale economico negli ordinamenti contemporanei si è per lo più sviluppato, rigogliosamente, nelle leggi complementari e, quando presente nelle codificazioni, non in quelle penali, rimanendo sempre nei territori di confine con altri settori di disciplina²¹² e presentandosi, spesso, come una selva oscura e inestricabile.

Ebbene, sotto questo aspetto, il codice spagnolo del 1995 segna un'autentica inversione di tendenza²¹³, e tuttavia si tratta di comprendere la reale portata

²⁰⁹ Sul significato del termine fraudolento si rinvia a QUINTERO OLIVARES Gonzalo (2006), *Fraudes y defraudaciones ante una reforma del código penal*, in *La reforma del Código Penal tras 10 años de Vigencia*, Aa.Vv., Centro de Estudios Jurídicos, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 82 e seguenti, il quale precisa che si tratta di un elemento comune a fattispecie delittuose tra loro molto diverse, anche se non ne esiste nessuna qualificata espressamente quale frode. Semmai, tale denominazione atecnica spetterebbe al delitto di *estafa*, ovvero la truffa.

²¹⁰ BACIGALUPO ZAPATER Enrique (2007), *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, Barcellona, Marcial Pons, 113, lamenta che il codice penale del 1995 abbia subito, in una così breve vigenza, il susseguirsi di diciotto leggi di riforma, una delle quali, relativa a oltre 180 articoli.

²¹¹ Come messo in evidenza da FOFFANI Luigi (1999), *I reati societari nel nuovo codice penale spagnolo del 1995*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 65. Nelle pagine successive, peraltro, l'Autore mette in evidenza come il legislatore spagnolo abbia optato per una penalizzazione molto più limitata e selettiva di quello italiano, il che ha portato all'introduzione di sanzioni penali per un diritto penale economico di stampo tutto sommato classico, tendenzialmente concentrato sulla tutela dei rapporti di potere interni alla società e sulla garanzia della fedeltà degli organi sociali. Non emergono invece, fra le scelte di criminalizzazione operata dal legislatore spagnolo, la tutela dell'integrità del capitale sociale e a tutela dell'informazione societaria che ha per destinatarie le autorità di controllo. È facile notare che si tratta proprio delle materie maggiormente investite da quel processo di armonizzazione europea che si è andato realizzando negli ultimi anni - e che tuttora in piena avanzamento - attraverso lo strumento delle direttive comunitarie; tali materie sembrano essere state destinate dal legislatore spagnolo accanto esclusivo di esercizio della sanzione amministrativa.

²¹² Rarissime le eccezioni: Belgio (articolo 207 del codice penale), Paesi Bassi (articolo 336 del codice penale), Norvegia (articolo 264 del codice penale), Svizzera (artt. 152 e 158 del codice penale), Repubblica di San Marino (articolo. 314-317 del codice penale), Ungheria (§ 298/A-299/A), Principato di Andorra (artt. 134-138 del codice penale), come riportate da FOFFANI.

²¹³ Definita "centripeta" da FOFFANI Luigi (1999), *I reati societari nel nuovo codice penale spagnolo del 1995*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 66 e seguenti

di questa collocazione. Gli aspetti maggiormente positivi sono certamente il recupero della centralità del codice e l'affermazione in tale contesto di una nuova tavola di beni giuridici, da cui discende una loro maggiore valorizzazione. Il rischio maggiore²¹⁴ è, d'altro canto, quello di sradicare delle fattispecie «innestate nella complessa matrice normativa civilistica, che ne costituisce l'indispensabile e non surrogabile retroterra»²¹⁵.

Il legislatore spagnolo, che ha inteso così svincolare il diritto penale dell'impresa dalle nozioni più rigorose elaborate nel diritto commerciale, ha però creato notevoli incertezze interpretative²¹⁶, dal momento che «in materia societaria la disciplina penalistica, anche quando si serve di norme costruite secondo schemi originali e non ricalcati su modelli attinti dal diritto privato, funziona necessariamente come disciplina di secondo grado, soggetta alle limitazioni e ai condizionamenti che le vengono dalla regolamentazione primaria del fenomeno, di pertinenza del diritto commerciale»²¹⁷.

Certo, accanto alla sussistenza di problemi di coordinamento, non si può sottovalutare il dato che il legislatore del *codigo* ha avuto l'opportunità di muoversi su un terreno sgombro da precedenti. Occorre, infatti, ribadire che, fino all'entrata in vigore del nuovo codice penale, la Spagna non possedeva nessuna fattispecie incriminatrice destinata specificamente ai soggetti operanti nell'ambito delle società commerciali, né, come visto, le fattispecie generali di diritto penale erano in grado di far fronte alle esigenze sanzionatorie che si sollevavano.

²¹⁴ Come ha messo in evidenza ALESSANDRI Alberto (1992), *I reati societari: prospettive di rafforzamento e di riformulazione della tutela penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 491.

²¹⁵ FOFFANI Luigi (1999), *I reati societari nel nuovo codice penale spagnolo del 1995*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 70.

²¹⁶ MIEDICO Melissa (2002), *I reati societari nel codice penale spagnolo del 1995*, in *Il nuovo diritto penale delle società* a cura di Alberto ALESSANDRI, Milano, IPSOA, 560.

²¹⁷ PEDRAZZI Cesare (1979), *Problemi di tecnica legislativa*, in *Comportamenti economici e legislazione penale*, Milano, Giuffrè, 31.

6. Una fattispecie di diritto penale societario.

Procedendo dunque all'analisi della fattispecie, è bene precisare che l'articolo 295 del *codigo penal*, offre molte questioni all'interprete.

Da una prima lettura la disposizione si presenta autonoma nella sua formulazione letterale e leggibile senza l'aiuto della disciplina societaria di riferimento. Ma l'autonomia linguistica, naturalmente, non significa ancora autonomia di contenuti²¹⁸.

Come nel delitto di *Untreue* tedesco, la fattispecie si caratterizza per la rottura della speciale relazione di fiducia esistente fra l'autore e colui che subisce la lesione del patrimonio²¹⁹. Va considerato, altresì, che l'ambito delle condotte punibili attraverso la fattispecie di *administración desleal* è limitato al contesto societario, il che denota come manchi, nell'ordinamento penale spagnolo, una figura generale di gestione infedele²²⁰.

Il delitto di *administración desleal* riduce, quindi, il proprio ambito applicativo all'amministrazione societaria, ovvero con specifico riferimento alle società commerciali, a mutue e cooperative, nonché ad altri enti di natura analoga, che per il perseguimento dei propri scopi sono attive sul mercato in modo permanente, come le fondazioni, ai sensi dell'articolo 297 del *código penal*²²¹. D'altro canto, al di fuori dei delitti societari e

²¹⁸ FOFFANI Luigi (1999), *I reati societari nel nuovo codice penale spagnolo del 1995*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 71.

²¹⁹ FERNÁNDEZ TERUELO Javier Gustavo (1998), *Los delitos societarios en el Código penal español*, Madrid, 329.

²²⁰ Come si vedrà in seguito, circa i rapporti tra la fattispecie societaria e l'appropriazione indebita comune, l'esatto ambito di applicazione del delitto di *administración desleal* non è del tutto pacifico. Una conclusione condivisa è, tuttavia, che "la finalidad del artículo 295 no es la de desplazar la del artículo 252 cuando estemos en el ámbito societario, ya que la apropiación indebida debe seguir siéndolo aunque el delito se verifique en el ámbito societario". Si veda LUZÓN PEÑA Diego-Manuel & ROSO CAÑADILLAS Raquel (2008b), *Concurso entre apropiación indebida y administración desleal*, in BOIX REIG Javier (Dir.) & LLORIA GARCÍA Paz (Coord.), *Diccionario de Derecho Penal económico*, Madrid, Iustel, 202, che rinvia all'Opera di QUINTERO OLIVARES e MORALES PRATS, *Comentario al art. 295*, in QUINTERO (direttore), MORALES (coordinatore), *Comentarios al Nuevo Código penal*, 3ª edizione, Aranzadi, Navarra, 2004, 1465-1474.

²²¹ Si veda in proposito DEL ROSAL BLASCO Bernardo (1998), *Los delitos societarios en el código penal de 1995*, Valencia, Tirant lo Blanch, 74, il quale, per fugare ogni dubbio sulla natura di norma penale in bianco del suddetto articolo 297 del codice penale, ritiene sia necessario affermare la fondamentale autonomia del diritto penale, sicché non è con il ricorso a norme di diritto commerciale

all'interno, invece, del capo dedicato dei delitti relativi alla proprietà intellettuale e industriale, al mercato e ai consumatori, sono poi stati enucleati alcuni illeciti relativi all'uso di informazioni societarie²²². L'esclusione di siffatta condotta dai tipi tanto dell'appropriazione indebita, quanto dell'amministrazione infedele si giustifica, in effetti, per la fondamentale differenza che l'uso di informazioni non richiede né una condotta appropriativa, né la causazione di un danno alla società²²³.

7. I soggetti attivi.

Dal momento che si tratta di un delitto proprio, possono essere soggetti attivi²²⁴ del reato di *administración desleal* solo gli amministratori²²⁵, di diritto o di fatto²²⁶, della società, oltre ai suoi soci.

L'estensione del novero dei soggetti attivi con riferimento a figure analoghe a quelle degli amministratori, sulla base della loro capacità di gestire il patrimonio sociale, ha posto, peraltro, alcune controversie²²⁷.

che viene integrata la norma, bensì è essa stessa che contiene tutti gli elementi necessari per una corretta interpretazione.

²²² Il gestore di beni altrui che usi informazioni proprie del titolare può, in effetti, essere sanzionato ai sensi dell'articolo 279 del codice penale spagnolo, il quale punisce la condotta di diffusione, rivelazione o cessione di un segreto di impresa, tanto quanto l'utilizzazione di tale segreto a proprio vantaggio, qualora sussista un obbligo di riservatezza, in forza di legge o di contratto. Nell'ambito del mercato azionario, poi, anche l'ordinamento spagnolo conosce la fattispecie di *insider trading*, di cui all'articolo 285 del codice. Si veda, più ampiamente, GOMEZ INIESTA Diego J. (1997), *La utilización abusiva de información privilegiada en el mercado de valores*, McGraw-Hill Interamericana de España e GOMEZ INIESTA Diego J. (2006), *Fraudes en el mercado de valores*, a cura di ARROYO ZAPATERO Luis e NIETO MARTIN Adán, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 159-204; RUBIO LARA Pedro Ángel (2006), *Parte especial de derecho penal económico español (una aproximación al estado de la cuestión en la Doctrina y Jurisprudencia españolas)*, Madrid, Dykinson, 69 e seguenti.

²²³ RIBAS FERRER Vicenç (2004), *Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades*, tesi di dottorato, inedita, 357 e seguenti, nonché 556. Questa impostazione, perfettamente in linea con le fattispecie conosciute dall'ordinamento spagnolo, può comunque essere considerata alla luce della teoria delle *corporate opportunities* sviluppatasi nel contesto anglosassone.

²²⁴ Si veda per un approfondimento sul tema dei soggetti attivi nei reati societari nell'ordinamento spagnolo FERRÉ OLIVÉ Juan Carlos (1998), *Sujetos responsables en los delitos societarios*, in *Revista penal*, 22 e seguenti.

²²⁵ MARTÍNEZ BUJAN PEREZ Carlos (2001), *El delito societario de administración desleal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 81, osserva che la costruzione del delitto come reato proprio non implica, però, in alcun modo, che si tratti di una fattispecie sanzionatoria della mera violazione di un dovere. Si veda anche MOYA JIMÉNEZ Antonio (2007), *La responsabilidad penal de los administradores: delitos societarios y otras formas delictivas*, Barcellona, Bosch, 139.

²²⁶ Sul punto si rinvia alla riflessione di GUTIERREZ ZARZA Angeles (2006), *Espagne*, in *Droit pénal des affaires en Europe*, a cura di GIUDICELLI-DELAGE Geneviève, Paris, PUF, 134.

²²⁷ Si veda, diffusamente, LUZÓN PEÑA Diego-Manuel & ROSO CAÑADILLAS Raquel (2008a),

In primo luogo, ci si domanda se debbano equipararsi agli amministratori anche i direttori generali, in quanto titolari del potere di disporre di beni societari e di contrarre obbligazioni, con la possibilità di cagionare pregiudizio alla società a seguito di loro eventuali abusi²²⁸.

In secondo luogo, poi, si rileva che la disposizione non indica nemmeno se l'amministratore giudiziario o il liquidatore, in virtù della posizione da essi rivestita, possano essere soggetti attivi del delitto, al pari degli amministratori da essi sostituiti²²⁹.

Orbene, se il riferimento all'amministratore di diritto va letto alla luce della legislazione commerciale, comunque non sollevando particolari problemi interpretativi, già il riferimento esplicito all'amministratore di fatto ha suscitato dubbi in dottrina, sempre in ordine al coordinamento con la disciplina civilistica. Il diritto commerciale prevede, infatti, una specifica definizione di tale figura, che si riferisce unicamente a coloro il cui mandato è scaduto o la cui nomina presenta regolarità formali²³⁰. L'accoglimento di tale nozione anche nel diritto penale potrebbe perciò creare vuoti di tutela, tali per cui è forse preferibile il ricorso ad un'interpretazione autonoma dell'espressione "amministratore di fatto" agli effetti penali, che comprenda tutti i soggetti che esercitano *de facto* le funzioni proprie dell'amministratore.

Inoltre, tra i soggetti attivi del reato compaiono, come evidenziato, anche i

Administración Desleal, in BOIX REIG Javier (Dir.) & LLORIA GARCÍA Paz (Coord.), *Diccionario de Derecho Penal económico*, Madrid, Iustel, 39 e seguenti.

²²⁸ A favore di questa estensione soggettiva si segnalano SÁNCHEZ ALVAREZ Manuel Esteban (1996), *Los delitos societarios*, Pamplona, Aranzadi, 64 e 180, nella misura in cui i direttori esercitano funzioni tali da farli qualificare come amministratori di fatto; MARTÍNEZ BUJAN PEREZ Carlos (2001), *El delito societario de administración desleal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 67, in termini analoghi; mentre DEL ROSAL BLASCO Bernardo (1998) *Los delitos societarios en el código penal de 1995*, Valencia, Tirant lo Blanch, 65-66, evidenzia come i direttori siano privi di poteri di rappresentanza organica.

²²⁹ In senso favorevole all'estensione, FARALDO CABANA Patricia (1996), *Los delitos societarios*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 135, laddove l'Autrice argomenta che gli amministratori giudiziari hanno le stesse attribuzioni del consiglio di amministrazione o degli amministratori, e DEL ROSAL BLASCO Bernardo (1998) *Los delitos societarios en el código penal de 1995*, Valencia, Tirant lo Blanch, 62, nota 113.

²³⁰ MIEDICO Melissa (2002), *I reati societari nel codice penale spagnolo del 1995*, in *Il nuovo diritto penale delle società* a cura di Alberto ALESSANDRI, Milano, IPSOA, 563.

soci. Si tratta di un'estensione soggettiva della quale non è affatto agevole comprendere il significato e la portata, trattandosi di una fattispecie che presuppone l'esercizio di poteri di gestione dei beni sociali e l'abuso delle funzioni proprie di tale incarico. Che incarico ha un socio, in quanto tale, per poter, con abuso delle sue funzioni, disporre dei beni della società o contrarre obbligazioni a carico di questa? Né sembra convincente la tesi secondo la quale il legislatore avrebbe inteso fare riferimento ai soci esercenti funzioni amministrative all'interno delle società di persone²³¹, dal momento che a tale categoria di soggetti è già pacificamente riferibile la qualifica di amministratori di diritto.²³²

8. I soggetti passivi.

Venendo dunque all'identificazione dei soggetti passivi del delitto, non può tacersi che la previsione normativa provochi notevoli difficoltà all'interprete, ove si consideri l'oggetto della condotta.

Il pregiudizio economicamente valutabile può infatti essere arrecato ai soci, ai depositari, ai compartecipi o ai titolari di beni, valori o capitali amministrati. Sono piuttosto chiare le ragioni che hanno indotto il legislatore spagnolo a quest'estensione: si trattava di intervenire non soltanto sul fronte dei conflitti di interessi interni fra società e amministratori, bensì anche sul fronte dei possibili conflitti esterni tra la società e particolari categorie di terzi che abbiano affidato a questa la gestione dei loro beni²³³. Fin qui non ci sarebbe, dunque, nulla di strano, se solo si trascurasse l'invece tutt'altro che irrilevante dato normativo che gli atti di disposizione compiuti dai soggetti attivi devono riguardare i beni

²³¹ Così invece NIETO MARTÍN Adán (1996), *El delito de administración fraudulenta*, Barcelona, Praxis, 268, come riportato da FOFFANI, v. nota successiva.

²³² FOFFANI Luigi (1999), *I reati societari nel nuovo codice penale spagnolo del 1995*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 77, nota 37.

²³³ FOFFANI Luigi (1999), *I reati societari nel nuovo codice penale spagnolo del 1995*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 78

della società. È, infatti, ben difficile che un'azione sul patrimonio sociale abbia ripercussioni economicamente pregiudizievoli sui beni, valori o capitali dei terzi.

D'altro canto, fatto ben più grave, tra i soggetti passivi non è inclusa la società, il che è tanto più strano proprio perché oggetto della tutela sembrerebbero essere i beni della società, dal momento che proprio su di essi va a incidere la condotta infedele. A questa carenza non può soccorrere neppure un'operazione di ortopedia interpretativa e l'incongruenza dovrebbe piuttosto essere risolta dal legislatore.²³⁴ Non vi è infatti bisogno di accedere ad una concezione istituzionalistica dell'interesse sociale per riconoscere l'autonomia della tutela di quest'ultimo, rispetto a quella degli interessi individuali dei soci²³⁵.

D'altra parte, nell'ambito dei *delitos societarios* in generale si può rilevare che, se non può essere posto in dubbio il fatto che i soci possano ritenersi offesi, quando soggetto passivo del delitto societario sia la società commerciale cui partecipano, ciò non dipende tanto dal fatto che i soci subiscono una ripercussione indiretta sul loro patrimonio, causata dall'alterazione del valore delle loro partecipazioni, quanto piuttosto dal fatto che nei delitti societari il legislatore ha menzionato espressamente sia la società che i soci tra le possibili persone offese²³⁶. Tuttavia, nello specifico, per l'*administración desleal*, il discorso in parte cambia. La distinzione tra i due interessi è infatti qui accentuata dal fatto che il pregiudizio ai soci deve essere provocato "direttamente" e questa espressione non sembra avere altro verosimile significato che non sia quello di affermare la necessità, ai fini della consumazione del reato, di un pregiudizio ulteriore e diverso rispetto alla pura e semplice perdita di valore

²³⁴ MARTÍNEZ BUJAN PEREZ Carlos (1998), *Derecho penal económico*, Valencia, 270

²³⁵ FOFFANI Luigi (1999), *I reati societari nel nuovo codice penale spagnolo del 1995*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 79.

²³⁶ MIEDICO Melissa (2002), *I reati societari nel codice penale spagnolo del 1995*, in *Il nuovo diritto penale delle società* a cura di Alberto ALESSANDRI, Milano, IPSOA, 566 e seguenti.

della partecipazione sociale derivante dalla lesione del patrimonio dell'ente giacché, in questo caso, non si tratterebbe di pregiudizio diretto dei soci, bensì di un pregiudizio indiretto, perché direttamente pregiudicata sarebbe solo la società.

Dovrà trattarsi, cioè, di un pregiudizio che investe immediatamente la particolare posizione del socio o più soci, comunque *uti singuli*²³⁷. D'altro canto, tale pregiudizio dovrà, per di più, essere del tutto a prescindere dalle eventuali ripercussioni sul patrimonio sociale dal momento che la società, in questa particolare fattispecie, non è presente tra i soggetti passivi, sicché non solo nulla impone di andare alla ricerca di un pregiudizio per la società, ma a rigore quest'ultima potrebbe risultare addirittura avvantaggiata dall'illecito atto di gestione²³⁸.

In questo modo, tuttavia, ci si allontana radicalmente dal modello di infedeltà nella gestione societaria da cui si erano prese le mosse e soprattutto l'estensione della capacità di tutela della fattispecie all'esterno del rapporto sociale risulta di fatto compromessa - se non completamente paralizzata - dalla discrasia fra bene giuridico e oggetto materiale dell'azione, tenuto conto che i beni dei terzi²³⁹ non divengono in nessun caso beni della società, stante il fondamentale principio di rigida separazione fra patrimonio dell'ente e patrimonio della clientela²⁴⁰.

In dottrina si ritiene, comunque, che il soggetto passivo sia costituito dalla società amministrata, in quanto titolare del bene giuridico protetto, oltre che in quanto titolare dei beni oggetto del reato, nonostante l'articolo 295 non

²³⁷ FOFFANI Luigi (1999), *I reati societari nel nuovo codice penale spagnolo del 1995*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 79.

²³⁸ FOFFANI Luigi (1999), *I reati societari nel nuovo codice penale spagnolo del 1995*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 80. Questo Autore mette peraltro in evidenza come si tratti, in fondo, di una trasformazione (consapevole o meno che essa sia, dal punto di vista dei compilatori del codice) tutto sommato coerente con l'assetto complessivo dei *delitos societarios*, dove la tutela delle minoranze azionarie e dei diritti individuali dei soci sembra aver esercitato una sensibile forza di attrazione nei confronti del legislatore.

²³⁹ Riguardo ai terzi, i cui beni sono affidati alla gestione della società, vedremo i problemi sollevati dal nuovo articolo 2629-bis del codice civile.

²⁴⁰ FOFFANI Luigi (1999), *I reati societari nel nuovo codice penale spagnolo del 1995*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 81.

faccia alcun espresso riferimento ad essa e menzioni invece dei soggetti che vengono pregiudicati solo indirettamente dalla condotta infedele²⁴¹.

9. La condotta.

Sul versante della condotta tipica, la formulazione della norma incriminatrice pare eccessivamente carica di elementi idonei a polarizzare il disvalore: l'atto dispositivo dei beni della società, o dal quale deriva un'obbligazione a carico di quest'ultima, deve infatti caratterizzarsi come abuso di funzioni, ma anche come comportamento fraudolento.

A parte quanto già detto sulle funzioni dei soci, è il secondo requisito ad apparire di particolarmente ardua interpretazione.

Già abbiamo visto l'atteggiamento tenuto dalla dottrina spagnola²⁴² riguardo alla sussumibilità delle condotte di abuso alla fattispecie di truffa, ma d'altro lato alcuni Autori rilevano che l'avverbio fraudolentemente permetterebbe di restringere l'operatività della norma in esame, escludendo la punibilità delle condotte di semplice *mala gestio* o delle mere infrazioni²⁴³ oppure ancora sancendo l'inammissibilità del dolo eventuale²⁴⁴.

²⁴¹ FARALDO CABANA Patricia (1996), *Los delitos societarios*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 563, nel senso che soggetto passivo sia la società; SÁNCHEZ ALVAREZ Manuel Esteban (1996), *Lo delitos societarios*, Pamplona, Aranzadi, 181, precisa che secondo il riferimento normativo soggetti passivi sono quelli espressamente menzionati; MARTÍNEZ BUJAN PEREZ Carlos (2001), *El delito societario de administración desleal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 34 e seguenti, che argomenta come il legislatore avrebbe dovuto indicare la società quale soggetto passivo, ma non l'ha fatto.

²⁴² V. *supra* BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (1995), *La problemática de la administración desleal en el Derecho Penal español*, in *Hacia un derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann, 14-17 de octubre 1992*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 387 e seguenti.

²⁴³ MARTÍNEZ BUJAN PEREZ Carlos (2001), *El delito societario de administración desleal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 43.

²⁴⁴ FERNÁNDEZ TERUELO Javier Gustavo (1998), *Los delitos societarios en el Código penal español*, Madrid, 347. Nel complesso, però, nulla vieterebbe di concludere che in questo contesto si tratti di un'espressione meramente pleonastica, anche se si segnala che la sentenza 13 aprile 2005 della *Audiencia Nacional* ha dato un significato a tale espressione, definendo la frode come una violazione del dovere di fedeltà, che si scompone a sua volta in tre "subdeberes": trasparenza, osservanza di un procedimento che elimini gli abusi di interesse e osservanza dell'equità nella condotta degli amministratori, come ricordano FOFFANI Luigi e NIETO-MARTIN Adán (2006), in *Corporate Governance y administración desleal: casos y problemas de derecho comparado europeo*, in *Revista penal*, n. 17, 124 e seguenti; a pagina 126, comunque, gli Autori fanno notare come la *Audiencia Nacional* abbia realizzato un'interpretazione eccessivamente complicata del delitto, nel tentativo di dotare di contenuto autonomo il termine fraudolento, che in realtà costituisce solo una reiterazione di quello di abuso.

Nel complesso, nulla vieterebbe di concludere che in questo contesto si tratti di un'espressione meramente pleonastica, anche se si segnala che la sentenza 13 aprile 2005 della *Audiencia Nacional* ha dato un significato a tale espressione, definendo la frode come una violazione del dovere di fedeltà, che si scompone a sua volta in tre “*subdeberes*”: trasparenza, osservanza di un procedimento che elimini gli abusi di interesse e osservanza dell'equità nella condotta degli amministratori²⁴⁵.

Non vi è comunque, nella norma, alcun riferimento alla posizione di conflitto di interesse in cui versino gli amministratori o i soci.

La condotta tipica consiste infatti, alternativamente, nel disporre di beni o nel contrarre obbligazioni a carico della società, con abuso delle funzioni proprie della carica²⁴⁶.

Il termine “disporre” allude alla condotta di porre in essere negozi con alienazioni di elementi del patrimonio societario, agendo come se il soggetto agente ne fosse il titolare, abusando della propria funzione, ciò che avvicina la fattispecie al delitto di appropriazione indebita. D'altro lato, la disposizione di beni deve realizzarsi in modo fraudolento, formulazione che, quand'anche espressamente valorizzata, non va riferita alla presenza di inganni, bensì unicamente all'abuso di fiducia²⁴⁷.

Come è stato osservato²⁴⁸, tale comportamento abusivo costituisce, infatti, un inadempimento del dovere di lealtà che incombe sugli amministratori, nella misura in cui la disposizione presuppone l'esistenza di un conflitto di

²⁴⁵ Come fanno notare FOFFANI Luigi e NIETO-MARTIN Adán (2006), in *Corporate Governance y administración desleal: casos y problemas de derecho comparado europeo*, in *Revista penal*, n. 17, 124 e seguenti; a pagina 126, comunque, gli Autori fanno notare come la *Audiencia Nacional* abbia realizzato un'interpretazione eccessivamente complicata del delitto, nel tentativo di dotare di contenuto autonomo il termine fraudolento, che in realtà costituisce solo una reiterazione di quello di abuso.

²⁴⁶ MOYA JIMÉNEZ Antonio (2007), *La responsabilidad penal de los administradores: delitos societarios y otras formas delictivas*, Barcellona, Bosch, 142.

²⁴⁷ RUBIO LARA Pedro Ángel (2006), *Parte especial de derecho penal económico español (una aproximación al estado de la cuestión en la Doctrina y Jurisprudencia españolas)*, Madrid, Dykinson, 126.

²⁴⁸ RIBAS FERRER Vicenç (2004), *Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades*, tesi di dottorato, inedita, 560.

interessi, diretto o indiretto, tra amministratore e società.

Quanto al contrarre obbligazioni a carico della società, anche tale condotta presuppone, oltre alla violazione del dovere di cautela, un comportamento fraudolento, ciò che caratterizza la fattispecie penale e da cui sono esclusi i cosiddetti “*negocios de riesgo*”.

Il *codigo penal*, infine, fa riferimento all’abuso delle funzioni, senza espressamente menzionare il conflitto di interessi, che ne costituisce però il presupposto. In effetti, l’abuso di potere comporta una violazione dei doveri posti in capo all’amministratore e se tale abuso è originato in relazione a un conflitto di interessi, la tutela dell’interesse sociale corrisponde al rispetto del dovere di lealtà²⁴⁹. In questo senso, la violazione del dovere di lealtà si pone come elemento di contiguità tra l’illecito civile e quello penale²⁵⁰.

9.1. Il danno.

L’espressione con cui la norma richiama il conflitto è, piuttosto, il riferimento a che la condotta sia realizzata «a beneficio proprio o di un terzo».

Deve, poi, sottolinearsi che la disposizione in esame delinea una fattispecie di danno e non di pericolo, nella misura in cui deve essere cagionato un

²⁴⁹ La dottrina spagnola, in effetti, ravvisa il disvalore della condotta delittuosa proprio nella violazione del dovere di lealtà. Si veda FARALDO CABANA Patricia (1996), *Los delitos societarios*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 153; DEL ROSAL BLASCO Bernardo (1998) *Los delitos societarios en el codigo penal de 1995*, Valencia, Tirant lo Blanch, 109. Si veda altresì la sentenza 867/2002 del Tribunal Supremo (Sala del lo Penal) 29.7.2002, RJA 6357, sul cosiddetto caso Banesto, dove è statuito che «*en la administración desleal se reprueba una conducta societaria que rompe los vínculos de fidelidad y lealtad que unen a los administradores con la sociedad [...] El reproche penal que se realiza a los autores de un delito de administración desleal, radica esencialmente del abuso de las funciones de su cargo, actuando con deslealtad, es decir, siendo infiel a las obligaciones que como administrador de hecho o de derecho le exigen por un lado, con carácter genérico el art. 1719 del Código Civil, y por otro y con carácter específico el artículo 127 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y otros preceptos análogos, que imponen un deber de diligencia y lealtad. Se trata de un delito que se consuma por la realización de las actividades desleales y la consiguiente originación del perjuicio económicamente evaluado*», in <http://sentencias.juridicas.com>.

²⁵⁰ Si veda FARALDO CABANA Patricia (1996), *Los delitos societarios*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 581. Si veda RODRÍGUEZ MONTAÑÉS Teresa (1997), *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, McGraw-Hill Interamericana de España, 145; nonché MARTÍNEZ BUJAN PEREZ Carlos (2001), *El delito societario de administración desleal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 77, che evidenzia altresì il ruolo svolto dall’incriminazione anche solo a livello di tentativo.

pregiudizio economicamente valutabile ai soci, ai depositari, ai compartecipi o ai titolari di beni, valori o capitali amministrati dalla società. Nella sua accezione più lata, il concetto di pregiudizio includerebbe, tuttavia, tanto la effettiva *deminutio patrimonii*, quanto l'assenza dello sperato incremento del patrimonio sociale²⁵¹. Inoltre, in linea con quanto evidenziato da taluni Autori²⁵², la giurisprudenza ha ritenuto che la disposizione di denaro senza ragioni che la giustifichino consumi il delitto, senza che sia necessario un arricchimento dell'autore dello stesso. Né è richiesto l'*animus rem sibi habendi*, dato che questo è un elemento tipico solo delle fattispecie appropriate²⁵³.

Dunque, il fatto che il delitto di *administración desleal* non sia stato costruito come un reato di pericolo, con il relativo avanzamento della soglia di tutela penale, bensì come fattispecie di danno, a detta di parte della dottrina non impedisce che, attraverso la sanzione dei medesimi comportamenti descritti dalla norma anche a livello di tentativo, si puniscano anche ipotesi in cui il pericolo non si concretizzi in una lesione²⁵⁴.

La scelta di presentare l'illecito penale come una figura di danno, per altro verso, denota altresì un elemento di differenziazione rispetto all'illecito

²⁵¹ Con riferimento alla possibilità di sanzionare, attraverso questo tipo di interpretazione, anche usi illeciti solo temporanei, FARALDO CABANA Patricia (1996), *Los delitos societarios*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 63-70 e 579; SÁNCHEZ ALVAREZ Manuel Esteban (1996), *Lo delitos societarios*, Pamplona, Aranzadi, 190; MARTÍNEZ BUJAN PEREZ Carlos (2001), *El delito societario de administración desleal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 110.

²⁵² BACIGALUPO SAGGESE Silvina & SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES Javier (2006), *Cuestiones prácticas en el ámbito de los delitos de empresa*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 90. Il riferimento è alla sentenza della Audiencia Nacional del 18 dicembre 2002.

²⁵³ BACIGALUPO ZAPATER Enrique (2007), *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, Barcellona, Marcial Pons, 202, si espone nel senso che non è necessario un arricchimento del soggetto attivo, bensì solo la causazione di un pregiudizio.

²⁵⁴ Si veda RODRÍGUEZ MONTAÑÉS Teresa (1997), *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, McGraw-Hill Interamericana de España, 145; nonchè MARTÍNEZ BUJAN PEREZ Carlos (2001), *El delito societario de administración desleal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 77, che evidenzia il ruolo svolto dall'incriminazione anche solo a livello di tentativo nel dare rilievo anche a condotte che pongono in pericolo il patrimonio sociale. GOMEZ BENITEZ José Manuel (1997), *El delito de administración desleal: criterios diferenciadores con la apropiación indebida y los ilícitos mercantiles*, in *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. 1, 2056, considera, peraltro, che la punibilità del tentativo di *administración desleal* rende poco chiari i limiti con l'illecito civile e con le violazioni di semplici norme di condotta.

civile, dal momento che la causazione di un pregiudizio economico, che caratterizza la struttura del delitto, è invece estranea all'illecito civile, che non richiede la produzione di un danno per considerare antiggiuridica la condotta.

Inoltre, tenendo conto che la condotta tipica del delitto si esplicita attraverso un doppio comportamento alternativo, disporre di beni o contrarre obbligazioni, è evidente che si tratta di azioni che vanno le une a incidere sull'attivo, le altre sul passivo della società, privandola di beni di cui è titolare o incrementandone l'esposizione debitoria²⁵⁵.

Circa la disposizione di beni, si discute, peraltro, se tale modalità della condotta sia o meno coincidente con quelle di appropriazione o distrazione di denaro, titoli, valori *et similia*, che costituiscono le azioni tipiche del delitto di *apropiación indebida* ai sensi dell'articolo 252²⁵⁶.

Infine, è interessante notare come nella dottrina spagnola si sia di recente sviluppata la riflessione, sulla scia dell'evoluzione giurisprudenziale tedesca, circa la possibile equiparazione tra danno patrimoniale e pericolo per il patrimonio sociale, con particolare riguardo alla creazione di fondi neri, ovvero i *fondos mantenidos en cajas negras*²⁵⁷. In effetti, una concezione del danno patrimoniale, che esuli dal criterio di valutazione cosiddetto del

²⁵⁵ Cfr. RIBAS FERRER Vicenç (2004), *Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades*, tesi di dottorato, inedita, 562. Sul punto si segnala, tuttavia, la posizione di MARTÍNEZ BUJAN PEREZ Carlos (2001), *El delito societario de administración desleal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 45-59, il quale sostiene un'interpretazione ampia dell'accezione di disposizione dei beni sociali, secondo cui integra tale condotta ogni tipo di utilizzo o di approfittamento dei beni che fanno parte del patrimonio sociale, ivi compresi, dunque, comportamenti di mero fatto, come l'uso personale, anche qualora questi non implicino un'appropriazione definitiva del bene da parte dell'amministratore.

²⁵⁶ LUZÓN PEÑA Diego-Manuel & ROSO CAÑADILLAS Raquel (2008a), *Administración Desleal*, in BOIX REIG Javier (Dir.) & LLORIA GARCÍA Paz (Coord.), *Diccionario de Derecho Penal económico*, Madrid, Iustel, 42, argomentano che “*las actuaciones de apropiación o distracción de bienes sociales que, siendo de carácter dominical y teniendo una apariencia de legitimidad y regularidad, implican un incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, son apropiaciones indebidas, pero también simultáneamente administraciones desleales societarias, pues implican eo ipso un acto de disposición fraudulenta de bienes*”.

²⁵⁷ Si veda l'articolo BACIGALUPO ZAPATER Enrique (2009), *El concepto de perjuicio patrimonial en el delito de administración desleal (Sobre la reciente jurisprudencia alemana en los casos Kanther/Weyrauch y Siemens-KWU)*, in *Diario La Ley*, N° 7295, Sección Doctrina, 1 Dicembre 2009, in cui l'Autore, nel commentare le sentenze dei casi Kanther/Weyrauch e Siemens-KWU, affrontati dalla giurisprudenza tedesca, si interroga sulla possibile espansione dei concetti in essi sviluppati anche al di fuori del loro ambito di origine.

saldo, permetterebbe di ravvisare tale elemento ogniqualvolta vi sia stata disposizione di beni sociali al di fuori delle prescritte procedure statutarie o legali. Ciò si spiegherebbe, in quanto l'elusione di simili regole e controlli, al fine di utilizzare le somme distratte, a vantaggio della società, per future occasioni, presenta innegabilmente dei rischi e, economicamente, tra pericolo e perdita totale del capitale non esiste una differenza qualitativa, bensì solo quantitativa²⁵⁸. Orbene, una simile ricostruzione sembrerebbe perfettamente compatibile anche con la fattispecie di cui all'articolo 295 del codice penale spagnolo, perché l'*administración desleal* tutela il patrimonio sociale, non solo da un punto di vista quantitativo, e al tempo stesso protegge la fiducia dei soci nel corretto uso dei poteri gestori: sotto entrambi i profili la costituzione di fondi neri, extra contabili e dunque non conosciuti da tutti gli organi sociali competenti, si manifesta, in effetti, incompatibile.

Il discorso muta, piuttosto, in relazione al delitto di *apropiación indebida* ai sensi dell'articolo 252, che entro certi termini, come si vedrà, può essere considerata una fattispecie di amministrazione infedele comune, che si pone come alternativa a quella societaria. Se, infatti, l'impiego delle somme distratte per fini illeciti, quali la corruzione di pubblici funzionari, è connesso alla possibile responsabilità dell'ente e provoca dunque una diminuzione del *valor económico del patrimonio*, nel caso in cui il beneficio sia ottenuto senza che sia prospettabile alcuna forma di responsabilità per la società, l'ottenimento dello stesso dimostrerebbe, invece, come non vi fosse stato alcun pericolo per il patrimonio sociale e, dunque, nessun pregiudizio economicamente valutabile.

10. Elemento soggettivo.

Quanto all'elemento soggettivo, è richiesto il dolo da parte degli

²⁵⁸ Il citato Autore riporta qui il pensiero della dottrina tedesca (KINDHÄUSER, LAKNER, KÜHL, SCHÖNKE, SCHRÖDER, CRAMER), la quale si dimostra, però, in parte (SAMSON) critica rispetto a tale prospettazione.

amministratori, sicché anche sotto questo profilo è da escludere che possano essere penalmente rilevanti condotte solo imprudenti o negligenti²⁵⁹. Al proposito si discute, altresì, se sia richiesta la presenza di una specifica consapevolezza dell'ingiustizia, la quale apparirebbe caratterizzare la norma, nella misura in cui questa richiede che il soggetto agisca a vantaggio proprio o di un terzo²⁶⁰.

Quanto al significato del beneficio ricercato dall'amministratore, esso si presta a interpretazioni estensive, che si spingono a considerare non solo il vantaggio economico, ma anche quello morale e professionale, si contrappongono le posizioni più caute che circoscrivono il vantaggio ad un ambito esclusivamente patrimoniale²⁶¹.

In ogni caso, il carattere doloso della fattispecie serve, come osservato in dottrina²⁶², quale ulteriore elemento differenziatore rispetto all'illecito civilistico, rispetto al quale «*la intencionalidad no es uno de los*

²⁵⁹ Si vedano MARTÍNEZ BUJAN PEREZ Carlos (2001), *El delito societario de administración desleal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 120, nonché FARALDO CABANA Patricia (1996), *Los delitos societarios*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 580-581 e DEL ROSAL BLASCO Bernardo (1998) *Los delitos societarios en el código penal de 1995*, Valencia, Tirant lo Blanch, 147, i quali ultimi approfondiscono altresì la possibilità di ammettere il dolo eventuale nell'ipotesi in cui gli amministratori espongano la società a dei rischi, da cui è probabile che si produrrà un danno.

²⁶⁰ Sull'interpretazione di tale locuzione si è, in effetti, sviluppato un profondo dibattito, nel corso del quale diversi Autori hanno espresso le proprie critiche circa l'inclusione di questo ulteriore elemento soggettivo. Si vedano, tra gli altri, FARALDO CABANA Patricia (1996), *Los delitos societarios*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 580; SÁNCHEZ ALVAREZ Manuel Esteban (1996), *Lo delitos societarios*, Pamplona, Aranzadi, 191; DEL ROSAL BLASCO Bernardo (1998) *Los delitos societarios en el código penal de 1995*, Valencia, Tirant lo Blanch, 146; MARTÍNEZ BUJAN PEREZ Carlos (2001), *El delito societario de administración desleal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 120.

²⁶¹ Secondo SÁNCHEZ ALVAREZ Manuel Esteban (1996), *Lo delitos societarios*, Pamplona, Aranzadi, 191-192, il vantaggio può essere materiale, ma anche morale o professionale e può essere considerato sia in positivo, sia in negativo, nel senso che può consistere anche semplicemente nell'evitare di subire o nel subire in misura minore perdite o altri svantaggi; CASTRO MORENO Abraham (1998), *El delito societario de administración desleal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 445-446 ritiene che il beneficio deve consistere in un incremento patrimoniale, ma non è necessario che si realizzi, essendo invece sufficiente l'intenzione di ottenerlo; analogamente DEL ROSAL BLASCO Bernardo (1998) *Los delitos societarios en el código penal de 1995*, Valencia, Tirant lo Blanch, 146. Si veda, poi, anche la famosa sentenza 867/2002 del Tribunal Supremo (Sala del lo Penal) 29.7.2002, RJA 6357, sul cosiddetto caso Banesto, la quale evidenzia che «La utilidad o ventaja puede tener cualquier otra forma o revestir diferentes modalidades, como puede ser el proporcionarle una colocación o empleo sustancialmente retribuido en otras empresas o actividades que directa o indirectamente hayan resultado beneficiados. También se puede hablar de beneficio propio cuando se busca una posición más ventajosa dentro del entramado societario que se administra, pero insistimos sin que se produzca apropiación del patrimonio social, incluso pudiera comprenderse dentro de este concepto de beneficio que configura la administración desleal, los usos temporales ilícitos de bienes, posteriormente restituidos y que por tanto aún proporcionando beneficios no constituyen una definitiva apropiación indebida». Cfr. in <http://sentencias.juridicas.com/>

²⁶² RIBAS FERRER Vicenç (2004), *Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades*, tesi di dottorato, inedita, 563.

presupuestos para desencadenar el conflicto de interes ni la actuación desleal del administrador».

È stato altresì rilevato²⁶³ che se da un lato il riferimento al beneficio ricavabile dalla condotta si pone in parallelo con il fine di lucro o di arricchimento proprio o altrui, presente in altri delitti contro il patrimonio, dall'altro, un simile riferimento all'elemento soggettivo sarebbe compatibile con il dolo eventuale e permetterebbe al tempo stesso di considerare consumato il delitto pur in assenza dell'effettivo conseguimento di un beneficio proprio o del terzo.

Se, però, nella maggioranza dei casi tale elemento soggettivo sarà indubbiamente ravvisabile, potrebbero d'altro canto risultare atipiche le ipotesi in cui l'amministratore agisca esclusivamente con la volontà di danneggiare la società o i soci o gli altri soggetti. In una prospettiva penalistica, e di politica criminale, tuttavia, è stato osservato che la causazione di un danno patrimoniale o la realizzazione di condotte pericolose per il patrimonio amministrato, con violazione del dovere di lealtà, oltre che di diligenza nella gestione dello stesso, se dovuta a un comportamento imprudente non presenta quel contenuto minimo di disvalore tale da giustificare la necessità di una sanzione penale²⁶⁴.

II. Il bene giuridico tutelato.

Si discute se il delitto di *administración desleal* introduca nell'ambito societario la sanzione di un comportamento che si pone ai margini dell'appropriazione o se, invece, si limiti a contemplare, in quest'ambito, la modalità di appropriazione indebita per distrazione. In quest'ultima ipotesi, in effetti, che è quella adottata dalla giurisprudenza del Tribunale Supremo,

²⁶³ LUZÓN PEÑA Diego-Manuel & ROSO CAÑADILLAS Raquel (2008a), *Administración Desleal*, in BOIX REIG Javier (Dir.) & LLORIA GARCÍA Paz (Coord.), *Diccionario de Derecho Penal económico*, Madrid, Iustel, 61 e seguenti.

²⁶⁴ Si veda sul punto l'opinione di RODRÍGUEZ MONTAÑÉS Teresa (1997), *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, McGraw-Hill Interamericana de España, 151 e seguenti.

si giungerebbe a un problema di concorso tra norme, di cui si dirà oltre.

Quanto all'identificazione del bene giuridico protetto dalla norma, la fattispecie di cui all'articolo 295 del codice penale si configura come un reato di danno nel quale è stato espressamente previsto il pregiudizio economicamente valutabile dei soci, depositari²⁶⁵, compartecipi o titolari, di beni, valori e capitale amministrato. Il bene giuridico tutelato, dunque corrisponderebbe al valore necessariamente leso dalla condotta delittuosa, ovvero il patrimonio di tali soggetti.

Parte della dottrina²⁶⁶ sottolinea come tanto la *estafa* che la *administración desleal* siano erroneamente considerate reati contro la proprietà, il che ha condotto a una scorretta identificazione dell'oggetto di tali delitti. Lo stesso cambiamento che il codice del 1995 ha operato, ovvero il cambiamento del termine proprietà, con quello di patrimonio, non ha operato alcun risultato. Vi sono infatti reati, come il furto e la rapina, che attengono alla proprietà, mentre altri afferiscono, più ampiamente, al patrimonio e tra questi vi sono appunto la truffa e l'*administración desleal*, nella forma, alternativa, tipica di distrazione di denaro.

Tale dottrina sottolinea che il concetto di patrimonio è più ampio di quello di proprietà, poiché non è riferito solo a cose suscettibili di appropriazione, quali quelle che il codice civile descrive come suscettibili di essere oggetto di un diritto di proprietà. La distinzione tra delitti contro la proprietà e delitti contro il patrimonio permetterebbe, così, di dividere con chiarezza il delitto di appropriazione indebita da quello di amministrazione infedele²⁶⁷.

²⁶⁵ Si tratterebbe, più propriamente, dei depositari, secondo quanto evidenzia RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO Gonzalo (1999), *El bien jurídico protegido en los delitos societarios con especial referencia a la administración desleal*, in BACIGALUPO ZAPATER Enrique, *La administración desleal, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 29.

²⁶⁶ BACIGALUPO ZAPATER Enrique (2007), *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, Barcellona, Marcial Pons, 119

²⁶⁷ Ancora BACIGALUPO ZAPATER Enrique (2007), *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, Barcellona, Marcial Pons, 123, laddove si sottolinea come con la riforma del 1995 si sia commesso il grave errore di non armonizzare i delitti di appropriazione indebita e di amministrazione infedele, distinguendo cioè l'oggetto di protezione di ciascuno. L'Autore addita poi come ulteriormente problematica l'eventuale introduzione, prevista da un progetto del governo, di un nuovo

La complessa struttura di quest'ultima disposizione, peraltro, dà adito a dei dubbi, perché non si riferisce a danni patrimoniali, ma a pregiudizi economicamente valutabili.

Questo potrebbe condurre a ritenere che non sia realmente il patrimonio il bene giuridico tutelato, tanto più se si considera la stranezza²⁶⁸ che il pregiudizio ai soci, che è quanto il legislatore ha espressamente contemplato, può venire da un pregiudizio al patrimonio della società, quando, però, la fattispecie fa chiaramente riferimento a quest'ultimo solo come strumento per commettere il delitto, e non come oggetto di protezione penale.

Come osservato da altra parte della dottrina spagnola²⁶⁹ il bene giuridico protetto potrebbe allora essere, dunque, il patrimonio, l'ordine socio-economico o entrambi, congiuntamente.

È stato anche osservato²⁷⁰, a proposito dei reati societari in generale, che essi sono caratterizzati dalla violazione di un dovere e che, pertanto, bene giuridico tutelato sarebbe sempre anche la fiducia che le società ripongono nelle persone fisiche, autrici di suddetti reati, alle quali le stesse devono ricorrere per lo sviluppo della propria attività e il perseguimento dei propri scopi.

Si rileva, comunque, che il patrimonio sociale riveste un ruolo notevole

tipo di amministrazione infedele, all'articolo 254-bis. Per un'illustrazione di tale nuova fattispecie, si veda a pagina 238.

²⁶⁸ RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO Gonzalo (1999), *El bien jurídico protegido en los delitos societarios con especial referencia a la administración desleal*, in BACIGALUPO ZAPATER Enrique, *La administración desleal, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 30.

²⁶⁹ Riassume le diverse posizioni RODRÍGUEZ RAMOS Luis (1999), *La administración desleal del Artículo 295 del código penal*, in *Cuadernos de derecho judicial: la administración desleal*, a cura di BACIGALUPO ZAPATER Enrique, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 37; RUBIO LARA Pedro Ángel (2006), *Parte especial de derecho penal económico español (una aproximación al estado de la cuestión en la Doctrina y Jurisprudencia españolas)*, Madrid, Dykinson, 125, invece, osserva come le possibili posizioni siano due, comunque vicine: il patrimonio sociale deve essere comunque considerato oggetto di tutela o esso avrebbe dovuto essere oggetto di una più chiara identificazione da parte del legislatore.

²⁷⁰ BACIGALUPO SAGGESE Silvina & SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES Javier (2006), *Cuestiones prácticas en el ámbito de los delitos de empresa*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 22 e seguenti.

nella struttura del reato²⁷¹. Dunque, la circostanza che, per descrivere la condotta tipica di amministrazione infedele il *codigo penal* faccia riferimento ad atti di disposizione di beni della società o al contrarre obbligazioni a carico di questa causando direttamente un pregiudizio economicamente valutabile ai soci, ai depositari, ai compartecipi o ai titolari di beni, valori o capitali amministrati dalla stessa, non chiarisce quale sia il bene giuridico protetto, ma per lo più porta a ritenere che esso consista nel patrimonio sociale²⁷².

È stato altresì osservato che tutte le fattispecie proprie del diritto penale dell'economia presentino un collegamento, più o meno immediato, con la tutela del patrimonio. Il bene giuridico protetto, d'altro canto, spesso non è unico e si presenta, anzi, una connessione tra l'esigenza di evitare aggressioni a interessi generali, collettivi o pubblici, che si pongono ai margini della lesione di patrimoni individuali o, comunque, privati. In quest'ambito i reati societari si identificano per una precipua difesa di un bene giuridico privato e individuale, contro attacchi che, in via mediata, pongono in pericolo altresì un bene collettivo, quale il corretto funzionamento del mercato²⁷³.

Parte della dottrina²⁷⁴ si è, dunque, domandata se il dovere di lealtà degli amministratori sia a sua volta un bene giuridico protetto. Quella degli

²⁷¹ MOYA JIMÉNEZ Antonio (2007), *La responsabilidad penal de los administradores: delitos societarios y otras formas delictivas*, Barcellona, Bosch, 141 e seguenti, osserva che sul tema del bene giuridico protetto la dottrina si è divisa, ma che due sono i punti fondamentali: o si considerano tutti i soggetti passivi come titolari di singoli beni, o si vede nella società l'unico titolare di un patrimonio unitario, indivisibile e perciò di per sé tutelato.

²⁷² Si registrano in tal senso le posizioni di FARALDO CABANA Patricia (1996), *Los delitos societarios*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 561 e 567 e seguenti; SÁNCHEZ ALVAREZ Manuel Esteban (1996), *Los delitos societarios*, Pamplona, Aranzadi, 61; CASTRO MORENO Abraham (1998), *El delito societario de administración desleal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 186; DEL ROSAL BLASCO Bernardo (1998), *Los delitos societarios en el código penal de 1995*, Valencia, Tirant lo Blanch, 140; MARTÍNEZ BUJAN PÉREZ Carlos (2001), *El delito societario de administración desleal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 31.

²⁷³ RODRÍGUEZ RAMOS Luis (2001), *Secundariedad del derecho penal económico*, Madrid, Colex, 38-39. L'Autore precisa altresì che tutti i delitti cosiddetti economici sono affetti da "secundariedad", nel senso che riguardano beni giuridici già protetti, in via generale, da altri settori del diritto, sicché in quest'ambito la norma penale si limita ad offrire un *plus* di tutela, laddove quella di base non sia sufficiente.

²⁷⁴ MOYA JIMÉNEZ Antonio (2007), *La responsabilidad penal de los administradores: delitos societarios y otras formas delictivas*, Barcellona, Bosch, 142.

amministratori con la società è infatti una relazione fiduciaria, e la fiducia si basa sul dovere legale che l'amministratore curi gli interessi della società, con la dovuta diligenza e nel perseguimento degli scopi della società stessa. In effetti, perché sia integrata la fattispecie di reato in esame non è sufficiente una mera violazione della regola di diligenza; tuttavia si tratterebbe di una peculiarità propria del delitto di *administración desleal*, che lo distinguerebbe dalla fattispecie di appropriazione indebita.

12. Trattamento sanzionatorio e perseguibilità.

Un altro aspetto della fattispecie di *administración fraudulenta*, che pure non ha mancato di far sorgere perplessità, riguarda il profilo sanzionatorio, che lascia emergere una forte discrepanza di trattamento rispetto ai delitti contro il patrimonio.

L'articolo 295 del *codigo* prevede infatti un regime di alternatività tra pena detentiva e pecuniaria. Si ha perciò la sensazione che il legislatore fosse in realtà ben consapevole di dar vita ad una fattispecie destinata fondamentalmente a colpire ipotesi di abuso delle funzioni amministrative dalla circoscritta lesività e coinvolgenti in prima linea le persone dei soci, più che la società e i terzi.²⁷⁵ Il livello sanzionatorio appare infatti paragonabile a quello proprio delle figure criminose lesive dei diritti dei soci, previste dagli articoli 291 e 292, e cioè, rispettivamente, l'abuso di maggioranza e la creazione di maggioranze fittizie.

Inoltre, si segnala che il delitto previsto dall'articolo 295 sembra essere intervenuto a coprire fatti che non potrebbero integrare l'appropriazione indebita, realizzando non un vero e proprio atto di appropriazione, ma semplicemente un uso temporale illecito, comunque in grado di provocare un pregiudizio patrimoniale al soggetto amministrato: tali casi, ovviamente,

²⁷⁵ FOFANI Luigi (1999), *I reati societari nel nuovo codice penale spagnolo del 1995*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 83.

si caratterizzerebbero per una minore gravità, il che può giustificare una sensibile differenza sanzionatoria²⁷⁶.

Rimangono, poi, da svolgere alcune considerazioni riguardo alla perseguibilità del delitto di *administración desleal*.

L'articolo 296 del *codigo penal* condiziona infatti la procedibilità di tutti i delitti societari previsti nel capitolo XIII alla presentazione di una denuncia, a meno che la persona offesa non sia un minore o un incapace. Qualora però siano stati offesi interessi generali o una pluralità di persone il delitto è procedibile d'ufficio, ai sensi del secondo comma. Occorre in proposito ricordare che in Spagna, come in Italia, il principio generale è la procedibilità d'ufficio, tuttavia solo una dottrina minoritaria distingue nettamente fra delitti pubblici e delitti privati, i primi procedibili d'ufficio e i secondi non procedibili d'ufficio²⁷⁷.

La dottrina maggioritaria²⁷⁸, invece, contempla una terza categoria intermedia tra delitti pubblici e privati: i delitti semipubblici, che sebbene non procedibili d'ufficio presentano elementi comuni rispetto a entrambe le altre categorie. Secondo questa impostazione, *delitos privados* sarebbero quelli perseguibili solo su iniziativa della persona offesa, mediante querela; in questo caso, il soggetto che esercita l'azione penale ha la piena disponibilità dell'azione per tutta la durata del processo. L'esercizio dell'azione penale nell'ambito dei delitti pubblici, d'altro canto, per la peculiarità dell'ordinamento spagnolo, spetta, invece, tanto al pubblico ministero che ai soggetti privati. Qualunque cittadino spagnolo può, infatti,

²⁷⁶ MARTÍNEZ-BUJAN PEREZ Carlos (2001), *El delito societario de administración desleal*, Valencia, 103; l'Autore sottolinea come si tratterebbe di "conductas no apropiatorias de bienes".

²⁷⁷ MIEDICO Melissa (2002), *I reati societari nel codice penale spagnolo del 1995*, in *Il nuovo diritto penale delle società* a cura di Alberto ALESSANDRI, Milano, IPSOA, 564; la dottrina cui si riferisce questa Autrice fa capo a ANTÓN ONECA José (1949), *Derecho penal, I, Parte General*, Madrid, 150; MARTÍNEZ PEREDA RODRIGUEZ José Manuel (1976), *El proceso por delito privado*, Barcelona, 5; MARTÍN PALLÍN José Antonio (1998), Sub art. 296, in *Código penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, a cura di SERRANO BUTRAGUEÑO Ignacio, Granada, 1406.

²⁷⁸ FARALDO CABANA Patricia (1998), *Rasgos comunes a todos los delitos societarios. Los artículos 296 y 29 del Código penal de 1995*, in AA. VV., *El nuevo Código penal y los delitos societarios*, 51 e, della stessa Autrice (2000), *Los delitos societarios: aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Valencia, 113.

esercitare la cosiddetta *acción popular*, in quanto si tratta di un diritto riconosciuto dalla stessa costituzione spagnola²⁷⁹. Non avendo il pubblico ministero, nell'ambito dei delitti pubblici, il monopolio del potere di esercizio dell'azione penale, a maggior ragione tale potere potrà essere esercitato dalla persona offesa, ma in nessun caso l'azione penale è disponibile nei delitti pubblici. Per i delitti semipubblici, invece, si richiede la denuncia dell'offeso, che costituisce però una semplice condizione di procedibilità di questa categoria di delitti: dopo che è stata presentata, infatti, l'esercizio dell'azione penale spetta al pubblico ministero²⁸⁰.

Nello specifico, rispetto al delitto di *administración desleal*, il legislatore del 1995 ha posto come condizione di procedibilità, come per tutti i delitti societari, la necessaria denuncia da parte della persona offesa o di un suo rappresentante legale. Questa è, tuttavia, probabilmente da considerare l'eccezione, visto l'ampio margine di intervento che spetta al pubblico ministero, tutte le volte in cui siano offesi interessi generali o una pluralità di persone, o nel caso di soggetti minori o incapaci.

Proprio questo dato accredita la tesi, accolta dalla maggioranza della dottrina spagnola, per cui i delitti societari siano delitti semipubblici²⁸¹. Persone offese, ai sensi dell'articolo 295, sono i soci e non la società, ragion per cui non sarà necessario riferirsi alle regole generali e allo statuto per individuare chi sia legittimato a presentare la denuncia²⁸².

²⁷⁹ *Artículo 125. Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales.*

²⁸⁰ MIEDICO Melissa (2002), *I reati societari nel codice penale spagnolo del 1995*, in *Il nuovo diritto penale delle società* a cura di Alberto ALESSANDRI, Milano, IPSOA, 564 e seguenti.

²⁸¹ FARALDO CABANA Patricia (1998), *Rasgos comunes a todos los delitos societarios. Los artículos 296 y 29 del Código penal de 1995*, in AA. VV., *El nuevo Código penal y los delitos societarios*, 51; della stessa Autrice (2000), *Los delitos societarios: aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Valencia, 114; MARTÍNEZ-BUJAN PEREZ Carlos (1998), *Derecho penal económico*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 197; dello stesso Autore (2001), *El delito societario de administración desleal*, Valencia, 87; FERNÁNDEZ TERUELO Javier Gustavo (1998), *Los delitos societarios en el Código penal español*, Madrid, 144.

²⁸² Per un discorso generale sulla presentazione della denuncia nei delitti societari, v. MIEDICO Melissa (2002), *I reati societari nel codice penale spagnolo del 1995*, in *Il nuovo diritto penale delle società* a cura di Alberto ALESSANDRI, Milano, IPSOA, 566; questa Autrice, peraltro, parla di ente societario come soggetto danneggiato.

La scelta del legislatore spagnolo di richiedere la denuncia dell'offeso per la procedibilità dei reati societari, secondo quanto prevede il primo comma dell'articolo 296, è stata oggetto di ampie riflessioni e diverse critiche. Anche nell'ordinamento spagnolo si riconoscono, infatti, almeno tre funzioni che giustificano il ricorso ad una condizione di procedibilità: la scarsa rilevanza dell'interesse pubblico in gioco (è il caso dei reati bagatellari), ragioni di protezione della vittima, quando la pubblicità del processo possa aggravare la sua situazione in relazione alla natura del reato (ad esempio nel caso dell'ingiuria) o nel caso in cui sia stata offesa la sfera più intima della personalità (nei reati sessuali). Nessuna di queste funzioni sembra però esercitabile nell'ambito dei delitti societari²⁸³ e si potrebbe aggiungere che un analogo ragionamento si può fare anche per il sistema italiano, che pure prevede per l'infedeltà patrimoniale la procedibilità a querela. In Spagna a questo riguardo sembrano prevalere le obiezioni alla previsione della denuncia, poiché non se ne comprende la necessità nei delitti societari, anche in considerazione del fatto che essa non è richiesta per i delitti contro il patrimonio, e che i delitti societari presentano una "trascendenza" superiore, sicché il punto di vista dell'offeso, in questi reati, non può essere il punto di vista decisivo²⁸⁴.

Tra l'altro, si osserva come tra le ragioni per cui l'offeso non esercita l'azione penale ci possa essere anche l'ignoranza, anche se nel caso di *administración desleal* ci deve essere un diretto pregiudizio, economicamente valutabile e quindi il problema si presenta in modo meno evidente che nel caso di reati di pericolo²⁸⁵. Analogo discorso può valere anche per l'ordinamento italiano, dal momento che pure l'infedeltà

²⁸³ Così FARALDO CABANA Patricia (2000), *Los delitos societarios: aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Valencia, 121 e seguenti.

²⁸⁴ FARALDO CABANA Patricia (1998), *Rasgos comunes a todos los delitos societarios. Los artículos 296 y 29 del Código penal de 1995*, in AA. VV., *El nuevo Código penal y los delitos societarios*, 58; FERNÁNDEZ TERUELO Javier Gustavo (1998), *Los delitos societarios en el Código penal español*, Madrid, 146.

²⁸⁵ FARALDO CABANA Patricia (1998), *Rasgos comunes a todos los delitos societarios. Los artículos 296 y 29 del Código penal de 1995*, in AA. VV., *El nuevo Código penal y los delitos societarios*, 58.

patrimoniale di cui all'articolo 2634 del codice civile italiano non è un reato di pericolo²⁸⁶.

13. Rapporti tra *administración desleal* e *apropiación indebida*.

Da ultimo, vi è un ulteriore aspetto rilevante, su cui soffermarsi. La fattispecie penale della *administración desleal* si pone, come visto, in stretta relazione con altre forme di reato caratterizzate da un'infedeltà dei gestori di beni altrui e, in particolare, con il delitto di *apropiación indebida*, tanto che l'individuazione dei rispettivi ambiti di applicazione, dell'una e dell'altra norma, è, di fatto, estremamente controversa. Le soluzioni proposte, come diremo, sono di vario tipo e sul punto non si registra alcuna uniformità di vedute²⁸⁷.

In particolare, come si è accennato, il codice penale spagnolo attualmente vigente ha introdotto una rilevante modifica alla fattispecie di appropriazione indebita, disciplinata all'articolo 252, indicando quale oggetto materiale di tale ultimo delitto non solo le cose mobili e il denaro, ma anche l'attivo patrimoniale, cioè ogni tipo di beni o valori, inclusi crediti e altri diritti, sicché vanno inclusi altresì i beni immobili²⁸⁸. Si tratta, evidentemente, di una novità che non certo non allevia, bensì aggrava, il problema del concorso tra norme.

In effetti, l'individuazione dei criteri di differenziazione tra *administración desleal* e *apropiación indebida* non solo riveste una notevole importanza pratica, ma per giunta, una corretta risoluzione del problema è stata individuata come un importante obiettivo da parte di Autori²⁸⁹ che ritengono

²⁸⁶ Come non lo è neppure il delitto di cui all'articolo 2629-bis c.c., ma per esso è prevista la procedibilità d'ufficio.

²⁸⁷ Come osservano LUZÓN PEÑA Diego-Manuel & ROSO CAÑADILLAS Raquel (2008b), *Concurso entre apropiación indebida y administración desleal*, in BOIX REIG Javier (Dir.) & LLORIA GARCÍA Paz (Coord.), *Diccionario de Derecho Penal económico*, Madrid, Iustel, 181.

²⁸⁸ RODRÍGUEZ RAMOS Luis (1999), *La administración desleal del Artículo 295 del código penal*, in *Cuadernos de derecho judicial: la administración desleal*, a cura di BACIGALUPO ZAPATER Enrique, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 43.

²⁸⁹ BACIGALUPO SAGGESE Silvina & SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES Javier (2006), *Cuestiones*

che la prima fattispecie possa sanzionare una serie di comportamenti che, qualora venisse abbracciata un'interpretazione tradizionale del concetto di appropriazione, andrebbero esenti da pena. Si tratterebbe, quindi, di valorizzare l'alternatività di condotte che caratterizzano la fattispecie di amministrazione infedele.

Ad esempio, si consideri che a differenza che nel delitto di appropriazione indebita, può aversi gestione infedele anche di beni immobili.

Due Autori²⁹⁰, che hanno affrontato in dettaglio il problema dei rapporti tra le due norme, criticano la posizione di un altro gruppo di Autori, tra i quali Valle Muñiz, García Arán e González Cussac, secondo i quali entrambi i delitti proteggerebbero il medesimo bene giuridico. Un'impostazione maggiormente attenta parrebbe, infatti, far ravvisare come le due fattispecie tutelino beni giuridici distinti o, quanto meno, parzialmente distinti.

Nel caso della *apropiación indebida*, in effetti, il bene giuridico è costituito dalla proprietà di un qualsiasi soggetto, mentre nell'ipotesi di *administración desleal*, sarebbe protetto il patrimonio societario²⁹¹ e, probabilmente anche, in via mediata, anche l'ordine socio-economico, nel senso che sarebbe tutelato il corretto funzionamento del sistema societario e la generale fiducia nello stesso.

Nemmeno questa impostazione, in sé considerata, permette, tuttavia, di individuare una soluzione al problema, sicché si impone di analizzare nel dettaglio la questione, anche in ragione della vicinanza rispetto al tema sviluppatosi nell'ordinamento italiano, dei rapporti tra appropriazione indebita e infedeltà patrimoniale.

In effetti, vi è, innegabilmente, un campo in cui entrambi i delitti in esame

prácticas en el ámbito de los delitos de empresa, Ediciones Experiencia, Barcelona, 95 e seguenti, a cui si rinvia diffusamente. A pagina 104 viene persino ventilata la necessità di una fattispecie comune di amministrazione infedele.

²⁹⁰ LUZÓN PEÑA Diego-Manuel & ROSO CAÑADILLAS Raquel (2008b), *Concurso entre apropiación indebida y administración desleal*, in BOIX REIG Javier (Dir.) & LLORIA GARCÍA Paz (Coord.), *Diccionario de Derecho Penal económico*, Madrid, Iustel, 181-203

²⁹¹ O, sarebbe meglio precisare, il patrimonio dei soci, compartecipi e degli altri terzi menzionati nell'articolo 295.

sono astrattamente applicabili, ovvero l'ipotesi in cui avvenga l'indebita appropriazione di cose, beni o comunque parte dell'attivo patrimoniale di una società da parte di un amministratore o di un socio. Ne discende la necessità di dare una soluzione al problema dell'identificazione della norma applicabile, al fine di evitare una doppia incriminazione, che violerebbe il principio del *non bis in idem*.

Tra le diverse soluzioni che sono state prospettate, nella dottrina spagnola prevale la soluzione che distingue chiaramente tra i due delitti sulla base della maggior gravità dell'incriminazione di *apropiación indebida*²⁹². Sulla base di questa impostazione si ritiene, cioè, che il delitto di *apropiación indebida* sia realizzato in tutte le ipotesi in cui sia ravvisabile un inadempimento definitivo delle obbligazioni di consegna o restituzione.

13.1. Gli actos dominicales.

La condotta di appropriazione indebita comporta infatti «*actos dominicales*», che sono illeciti nella misura in cui il gestore si comporti indebitamente quale *dominus* rispetto ai beni posseduti, e significativi di tale inadempimento sono tanto l'appropriazione, da parte del gestore, di beni del proprietario, quanto il distrarli a vantaggio di un terzo²⁹³.

Al contrario, il delitto di amministrazione societaria infedele abbraccerebbe tutte le altre condotte, in cui sia possibile ravvisare solo un temporaneo inadempimento dell'obbligazione, che non si concreti cioè in una definitiva impossibilità di restituzione, ovvero ancora quando vi sia un utilizzo illecito, pur in assenza di appropriazione, che non postuli, però, né la perdita né il

²⁹² Si veda in proposito GOMEZ BENITEZ José Manuel (1997), *El delito de administración desleal: criterios diferenciadores con la apropiación indebida y los ilícitos mercantiles*, in *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. 1, 2054 e seguenti. e, dello stesso autore, (1998), *De nuevo: sobre la diferencia entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal*, in *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. 6, 2175.

²⁹³ GOMEZ BENITEZ José Manuel (1998), *De nuevo: sobre la diferencia entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal*, in *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. 6, 2175, adduce ad esempio il pagamento di debiti propri del gestore o di un terzo con fondi appartenenti al patrimonio gestito.

deterioramento della cosa²⁹⁴.

Questo criterio ha trovato altresì l'autorevole avallo del Tribunale Supremo²⁹⁵, il quale si è espresso nel senso che il beneficio proprio o del

²⁹⁴ Ancora GOMEZ BENITEZ José Manuel (1998), *De nuevo: sobre la diferencia entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal*, in *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. 6, 2176, segnala quali esempi di *administración desleal* i prestiti a favore degli amministratori ovvero a società da essi controllate, o la prestazione di garanzie da parte della società per debiti di tali soggetti. Si vedano altresì FARALDO CABANA Patricia (1996), *Los delitos societarios*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 570 e MARTÍNEZ BUJAN PEREZ Carlos (2001), *El delito societario de administración desleal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 107.

²⁹⁵ Si rinvia, ancora una volta, alla celebre sentenza 867/2002 del Tribunal Supremo (Sala del lo Penal) 29.7.2002, RJA 6357, sul cosiddetto caso Banesto. Quale motivo di impugnazione innanzi al Tribunale Supremo era stato infatti dedotta l'errata applicazione dell'articolo 252 del Código Penal, ovvero del delitto di appropriazione indebita, nonché dell'articolo 295 del Código Penal, ovvero la *administración desleal*. «La sentencia condena al acusado como autor de un delito continuado de apropiación indebida en concurso normativo con un delito de administración desleal inclinándose como delito de mayor gravedad por el de apropiación indebida en atención a la cuantía de lo apropiado. Admitiendo que esta cuestión no ha sido objeto de recurso, estimamos conveniente hacer algunas precisiones sobre la naturaleza distinta de la apropiación indebida y la administración desleal. Creemos que deben hacerse algunas matizaciones respecto a la identidad parcial o a la diferencia radical, entre los delitos de apropiación indebida, cometidos por los administradores de hecho o de derecho en una sociedad y las administraciones desleales, en que las mismas personas puedan incurrir. Adhiriéndonos, por su grafismo y expresividad a la metáfora de los círculos, tangentes y secantes, estimamos que la figura geométrica más adecuada para representar las diferencias entre la administración desleal y la apropiación indebida, resultaría de tensar sus extremos y convertirlos en círculos tangentes. El administrador se sitúa en el punto de contacto o confluencia entre ambos círculos y desde esta posición puede desarrollar diversas y variadas conductas. En el caso de que proceda ajustándose a los parámetros y normas marcados por los usos y necesidades de la sociedad que administra, comportándose fiel y lealmente, su postura resulta como es lógico atípica. Tampoco nos encontraríamos ante ninguna figura delictiva en los casos en que el administrador realiza operaciones erróneas o de riesgo que entran dentro de las previsiones normales de desenvolvimiento del mundo mercantil. Si, por el contrario, el administrador no sólo incumple los deberes de fidelidad sino que actúa, prevaliéndose de las funciones propias de su cargo, con las miras puestas en obtener un beneficio propio o de procurárselo a un tercero, el comportamiento tiene los perfiles netos de una administración desleal. Este beneficio propio o de tercero del que habla el artículo 295 del Código Penal no supone ingresar en el patrimonio propio bienes pertenecientes a la sociedad, bastando simplemente con procurarse alguna utilidad o ventaja derivada de su comportamiento desleal. Esta conducta puede venir determinada por el hecho de que terceros o normalmente competidores le proporcionen dinero o cualquier otro tipo de utilidad por faltar a los deberes propios de su cargo. En este caso nos encontraríamos ante una especie de cohecho pero cometido por particulares. La utilidad o ventaja puede tener cualquier otra forma o revestir diferentes modalidades, como puede ser el proporcionarle una colocación o empleo sustancialmente retribuido en otras empresas o actividades que directa o indirectamente hayan resultado beneficiados. También se puede hablar de beneficio propio cuando se busca una posición más ventajosa dentro del entramado societario que se administra, pero insistimos sin que se produzca apropiación del patrimonio social, incluso pudiera comprenderse dentro de este concepto de beneficio que configura la administración desleal, los usos temporales ilícitos de bienes, posteriormente restituidos y que por tanto aún proporcionando beneficios no constituyen una definitiva apropiación indebida. El elemento objetivo del tipo contempla la realización material de estas conductas de administración desleal a través de la disposición fraudulenta de bienes o contrayendo obligaciones con cargo a la sociedad que originan un perjuicio económicamente evaluable a los socios depositantes, cuentapartícipes o titulares de bienes, valores o capital que administren. [...] Por último cuando el administrador, prevaliéndose como es lógico de su cargo y de su posición en la entidad societaria realiza actos materiales encaminados a la adjudicación en beneficio y lucro propio de bienes pertenecientes a la sociedad, nos encontramos con un típico delito de apropiación indebida absolutamente distinta de la administración desleal. A estos efectos resulta indiferente que la apropiación recaiga sobre bienes muebles o valores, o

terzo di cui parla l'articolo 295 del Código Penal non presuppone il far entrare nel proprio patrimonio beni appartenenti alla società, mentre è sufficiente il procurarsi una qualche utilità o qualche vantaggio con il proprio comportamento infedele.

Inoltre, è stato espressamente precisato che nel concetto di beneficio, di cui alla fattispecie di *administración desleal*, rientra anche l'uso temporaneo e non consentito di beni, che vengano successivamente restituiti e che pertanto non costituiscono un'appropriazione indebita definitiva²⁹⁶. In particolare, si segnala come la giurisprudenza spagnola²⁹⁷ abbia ritenuto di precisare che quando un amministratore, in forza del ruolo rivestito all'interno della società, realizza atti materiali diretti a ottenere un profitto o vantaggio propri dai beni sociali, ci si trova di fronte ad un'ipotesi assolutamente tipica di *apropiación indebida*, nettamente distinta dalla *administración desleal*.

Precedentemente²⁹⁸ la giurisprudenza si era, altresì, espressa nel senso che la fattispecie di *apropiación indebida* comprenda in sé anche la figura della *administración desleal*, argomentando, tuttavia, nel senso che l'articolo 295 del codice penale sia venuto a colmare le lacune della disposizione incriminatrice di cui all'articolo 252, ma certo non per introdurre un regime

sobre dinero».

²⁹⁶ Effettivamente, è stato rilevato che «en el artículo 295 no se exige apropiarse definitivamente de cosas, sino que se trata de haber roto el vínculo de confianza entre la sociedad y su administrador en el amplio margen de competencias que se le asignan; y por afectar al funcionamiento de una sociedad mercantil, civil o laboral y por ello mediatamente a la fiabilidad y al correcto desenvolvimiento del sistema societario, importantísimo para el orden socio-económico de las sociedades avanzadas, el tipo del 295 permite que la gestión desleal pueda consistir en actividades en sí menos graves que la apropiación definitiva de bienes sociales», LUZÓN PEÑA Diego-Manuel & ROSO CAÑADILLAS Raquel (2008b), *Concurso entre apropiación indebida y administración desleal*, in BOIX REIG Javier (Dir.) & LLORIA GARCÍA Paz (Coord.), *Diccionario de Derecho Penal económico*, Madrid, Iustel, 197.

²⁹⁷ A differenza di quella italiana, che sul punto si è espressa in termini ancora vaghi e, ragionevolmente, interlocutori; sul punto si rinvia alla parte dedicata al rapporto tra infedeltà patrimoniale e appropriazione indebita.

²⁹⁸ Con la sentenza del Tribunal Supremo Penal del 26.2.1998, relativa alla vicenda Mario Conde / Argentia Trust, quest'ultima società *off-shore* delle Isole Cayman, in favore della quale cui l'amministratore del Banesto aveva distratto diversi milioni di Euro. Si rinvia, per approfondimento, a Ancora BACIGALUPO ZAPATER Enrique (2007), *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, Barcellona, Marcial Pons, 122, nonché a BACIGALUPO SAGGESE Silvana & SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES Javier (2006), *Cuestiones prácticas en el ámbito de los delitos de empresa*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 85 e seguenti, nonché all'interessante *annexo jurisprudencial* posto al termine di tale opera, a pagina 181 e seguenti.

sanzionatorio maggiormente benevolo per i fatti che prima erano pacificamente considerati, e che tuttora devono essere considerati, come manifestazioni del delitto di appropriazione indebita²⁹⁹.

Se infatti si considera che la *administración desleal* sia una modalità speciale di *apropiación indebida*, si dovrebbe ritenere che la *administración desleal* sia un “delitto speciale improprio” e, curiosamente, “*privilegiado*” rispetto al delitto comune, poiché, quando il delitto di *administración desleal* non sia ravvisabile, si dovrebbe applicare la figura comune, ovvero la *apropiación indebida*, che prevede una pena più elevata³⁰⁰.

Quanto alle posizioni della dottrina, relativamente al concorso apparente tra norme, non può tacersi che la questione dei rapporti tra *apropiación indebida* e *administración desleal* si presenti come estremamente controversa. Come anticipato, in proposito sono stati esperiti diversi tipi di rimedi, fondati sui criteri conosciuti dall’ordinamento penale spagnolo per dirimere analoghe ipotesi di concorso tra norme³⁰¹.

Un primo orientamento³⁰² ritiene che l’*administración desleal* costituisca

²⁹⁹ In modo critico, MOYA JIMÉNEZ Antonio (2007), *La responsabilidad penal de los administradores: delitos societarios y otras formas delictivas*, Barcellona, Bosch, 145, citando Fatás Mosquera, osserva che, pur essendo il delitto di amministrazione infedele una fattispecie che avrebbe potuto trovare ampia applicazione, il Tribunale Supremo ha consapevolmente stabilito di “*desactivarlo*”. Anche Ancora BACIGALUPO ZAPATER Enrique (2007), *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, Barcellona, Marcial Pons, 203, sottolinea che l’applicabilità della fattispecie, di cui all’articolo 295 del codice penale, è ormai ridotta a casi eccezionali. Secondo questo Autore, la soluzione forse maggiormente corretta sarebbe, invece, quella del concorso formale, perché la distrazione di denaro commessa dall’amministratore di una società è anche una disposizione fraudolenta dei beni sociali.

³⁰⁰ LUZÓN PEÑA Diego-Manuel & ROSO CAÑADILLAS Raquel (2008b), *Concurso entre apropiación indebida y administración desleal*, in BOIX REIG Javier (Dir.) & LLORIA GARCÍA Paz (Coord.), *Diccionario de Derecho Penal económico*, Madrid, Iustel, 182. Gli Autori precisano che “*en nuestra opinión, coincidiendo también con la de otros autores, estos delitos no están en una relación de especialidad, ya que la apropiación indebida no se puede aplicar en cualquier caso, acudiendo al expediente de la figura general o común, en aquellos casos en los que no concurra alguno de los elementos exigidos en la descripción típica del artículo 295. Y no toda administración desleal tiene como base de su ilicitud una apropiación indebida. Esto sería una incorrecta petición de principio*”.

³⁰¹ Si vedano, per un approccio al problema, FARALDO CABANA Patricia (1996), *Los delitos societarios*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 584 e seguenti; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS Teresa (1997), *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, McGraw-Hill Interamericana de España, 130-131; MARTÍNEZ BUJAN PÉREZ Carlos (2001), *El delito societario de administración desleal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 77; CASTRO MORENO Abraham (1998), *El delito societario de administración desleal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 470 e seguenti.

³⁰² Questa posizione, come riportato da RIBAS FERRER Vicenç (2004), *Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades*, tesi di dottorato, inedita, 566, nota 2008, era stata inizialmente abbracciata da DEL ROSAL BLASCO Bernardo (1996), *Los delitos societarios en el código penal de 1995*, Valencia, Tirant lo Blanch, il quale ha poi mutato orientamento nella successiva

legge speciale rispetto alla disposizione sulla appropriazione indebita, che rappresenta, invece, una fattispecie d'uso generale, con conseguente applicazione della disciplina di cui all'articolo 8 comma 1 del codice penale spagnolo. Questa soluzione presenta, però, il grave inconveniente che la sanzione comminata dalla norma speciale sia più lieve³⁰³, il che comporterebbe una soluzione iniqua dal punto di vista politico-criminale³⁰⁴. Inoltre, l'applicazione di un simile criterio presenta l'inconveniente che, formalmente, per la struttura dell'una e dell'altra fattispecie, non sono ravvisabili i presupposti di una relazione di specialità. Infatti, nell'ipotesi in cui non si potesse applicare la fattispecie delittuosa dell'*administración desleal* per difetto della relazione gestoria tra amministratore e società, ciò che costituisce l'unico elemento differenziatore rispetto alla *apropiación indebida* secondo coloro che sostengono l'esistenza di un rapporto di specialità, non si potrebbe comunque sanzionare a titolo di appropriazione indebita ogni ipotesi di infedeltà³⁰⁵.

Una seconda soluzione interpretativa fa, invece, riferimento alla disciplina del concorso di leggi di cui all'articolo 8, comma 2, del código penal, ovvero al *principio de subsidiariedad*.

In proposito va evidenziato che, anche per il diritto penale spagnolo, una fattispecie sussidiaria normalmente corrisponde a un'ipotesi meno grave di attacco al bene giuridico e perciò non trova applicazione in caso di concorso con la norma principale, che costituisce una forma di lesione del medesimo bene giuridico più grave o più estesa, come accade nei casi di progressione

edizione dell'opera, del 1998. Lo stesso RIBAS FERRER riporta poi MUÑOZ CONDE Francisco José e GARCÍA ARÁN Mercedes (2000), Derecho penal. Parte general, Valencia, Tirant lo Blanch, 539.

³⁰³ Per l'appunto, DEL ROSAL BLASCO Bernardo (1998), *Los delitos societarios en el código penal de 1995*, Valencia, Tirant lo Blanch, 144.

³⁰⁴ Si veda anche RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO Gonzalo (1999), *El bien jurídico protegido en los delitos societarios con especial referencia a la administración desleal*, in BACIGALUPO ZAPATER Enrique, *La administración desleal, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 28-29.

³⁰⁵ LUZÓN PEÑA Diego-Manuel & ROSO CAÑADILLAS Raquel (2008b), *Concurso entre apropiación indebida y administración desleal*, in BOIX REIG Javier (Dir.) & LLORIA GARCÍA Paz (Coord.), *Diccionario de Derecho Penal económico*, Madrid, Iustel, 185.

delittuosa nel medesimo *iter criminis*. Ne consegue che, in applicazione del criterio della sussidiarietà, ritenendo che l'articolo 295 del codice penale si ponga in una posizione di sussidiarietà rispetto all'appropriazione indebita, quest'ultima disposizione dovrebbe pertanto essere applicata di preferenza³⁰⁶.

Infatti, il precetto sussidiario, quando una appropriazione si realizzi nell'ambito societario, sarebbe proprio l'articolo 295, il quale cederebbe così il passo alla disposizione di cui all'articolo 252, posto che quest'ultima presuppone, in un'ottica che privilegia la condotta appropriativa quale elemento centrale della fattispecie, una lesione del bene giuridico più grave, in quanto sanziona la appropriazione definitiva della cosa o del bene³⁰⁷.

Qualche dubbio su questa soluzione può, tuttavia, venire dalla considerazione che l'articolo 252 in realtà non contempla, in generale o espressamente, una progressione criminosa, né identifica chiaramente una fattispecie maggiormente grave³⁰⁸, quale forma di attacco al medesimo bene giuridico di cui all'articolo 295. In sintesi, mancherebbe una conferma chiara ed inequivoca della volontà legale di concepire la *administración desleal* come meramente sussidiaria rispetto all'appropriazione indebita, specialmente ove si consideri che quest'ultima norma non considera tutti gli elementi che caratterizzano il disvalore della fattispecie asseritamente sussidiaria a essa.

La terza argomentazione prospettata sul punto considera invece il terzo comma dell'articolo 8 del codice penale spagnolo, ovvero il criterio della

³⁰⁶ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS Teresa (1997), *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, McGraw-Hill Interamericana de España, 130; MARTÍNEZ BUJAN PEREZ Carlos (2001), *El delito societario de administración desleal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 113 e seguenti.

³⁰⁷ LUZÓN PEÑA Diego-Manuel & ROSO CAÑADILLAS Raquel (2008b), *Concurso entre apropiación indebida y administración desleal*, in BOIX REIG Javier (Dir.) & LLORIA GARCÍA Paz (Coord.), *Diccionario de Derecho Penal económico*, Madrid, Iustel, 187.

³⁰⁸ Se non, verrebbe da ritenere, per il trattamento sanzionatorio. Si veda LUZÓN PEÑA Diego-Manuel & ROSO CAÑADILLAS Raquel (2008b), *Concurso entre apropiación indebida y administración desleal*, in BOIX REIG Javier (Dir.) & LLORIA GARCÍA Paz (Coord.), *Diccionario de Derecho Penal económico*, Madrid, Iustel, 188.

consunzione, o di assorbimento, secondo cui la norma che tipizza la fattispecie più grave consuma, assorbendo in sé, il disvalore di un'altra, considerata minore³⁰⁹. Le argomentazioni a favore di questa tesi sono vicine a quelle a sostegno del criterio della *subsidiariedad*, come riconosce espressamente quella dottrina³¹⁰, che sostiene questa posizione. Essa, peraltro, descrive tre ipotesi, nelle quali sostiene che verrebbe meno il concorso di norme ed esisterebbe, invece, un concorso di reati³¹¹. La prima si verificherebbe quando il soggetto passivo veda attaccato il proprio patrimonio sia in ragione di una indebita appropriazione, sia per le successive conseguenze cagionate da tale appropriazione, ad esempio nel caso in cui un amministratore contragga obbligazioni a condizioni svantaggiose per la società. Una simile situazione, si argomenta, non potrebbe essere sussunta nella sola appropriazione indebita del patrimonio sociale, perché vi sono sviluppi ulteriori, suscettibili di autonoma incriminazione. La seconda ipotesi viene, invece, ravvisata qualora non ci sia una vera e propria progressione criminosa e non ci sia un nesso tra le diverse condotte, che appaiono quindi slegate³¹².

Quale terza situazione di conflitto di reati viene addotta, infine, la situazione in cui vi sia una pluralità di soggetti passivi, allorché, appropriandosi dei beni di una società si causi un pregiudizio economico agli altri soggetti contemplati dalla disposizione di cui all'articolo 295.

Al di là di queste ipotesi di concorso di reati, comunque, il concorso tra norme dovrebbe essere risolto secondo la regola della consunzione, con applicazione della fattispecie più grave, ovvero l'articolo 252. I punti deboli

³⁰⁹ MUÑOZ CONDE Francisco José e GARCÍA ARÁN Mercedes (2000), *Derecho penal. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 540; FARALDO CABANA Patricia (1996), *Los delitos societarios*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 585.

³¹⁰ MARTÍNEZ BUJAN PEREZ Carlos (2001), *El delito societario de administración desleal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 113. Infatti l'Autore espone che possa sostenersi anche il criterio di sussidiarietà.

³¹¹ Posizione supportata anche da Ancora BACIGALUPO ZAPATER Enrique (2007), *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, Barcellona, Marcial Pons, 202.

³¹² Entrambe le situazioni descritte configurerebbero, però, un caso di concorso formale, e non materiale, di reati.

di questa impostazione, tuttavia, sono i medesimi della tesi a favore dell'applicazione del principio di sussidiarietà.

Infine, secondo un'ulteriore prospettazione, ai sensi dell'articolo 8, comma 4, il concorso apparente tra norme andrebbe risolto secondo la regola cosiddetta *de la alternatividad*, da cui discende che prevale l'applicazione della norma in tema di appropriazione indebita in quanto fattispecie più grave³¹³. Tale criterio è supportato da parte della dottrina³¹⁴, ma soprattutto, è condiviso, in modo quasi unanime, dalla giurisprudenza, che pare dunque aver abbracciato³¹⁵ proprio quest'ultimo criterio di risoluzione del concorso apparente tra norme.

La maggior parte delle sentenze giustificano la scelta di tale criterio sulla scorta dell'osservazione che il delitto di *administración desleal*, laddove si concretizzi in atto di disposizione di beni, concorre con il delitto di *apropiación indebida* di cui all'articolo 252, poiché il primo non sanziona altro che una appropriazione indebita, con la particolarità che essa viene perpetrata da un amministratore o da un socio, e il pregiudizio ricade su persone o enti che hanno interesse nella società. Poiché, però, l'articolo 252 non è un reato proprio, né contempla specifiche categorie di persone offese o di danneggiati, corrisponde anch'esso all'ipotesi delittuosa considerata, «sempre che il valore di quanto oggetto di appropriazione o sottrazione superi le 50.000 pesetas»³¹⁶.

³¹³ MOYA JIMÉNEZ Antonio (2007), *La responsabilidad penal de los administradores: delitos societarios y otras formas delictivas*, Barcellona, Bosch, 145. Con tono vagamente critico, BACIGALUPO SAGGESE Silvana & SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES Javier (2006), *Cuestiones prácticas en el ámbito de los delitos de empresa*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 87, osservano che la giurisprudenza in tutta una serie di casi è giunta a considerare applicabile, in modo pressoché costante, esclusivamente l'articolo 252 del codice penale in ragione della maggiore pena da esso comminata.

³¹⁴ Si rinvia a VALLE MUÑOZ José Manuel, *De los delitos societarios*, in QUINTERO OLIVARES Gonzalo (direttore), FERMÍN MORALES Prats (coordinatore), *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, V edizione, Aranzadi, Navarra, 2005, 881-929.

³¹⁵ Il riferimento è ancora alla sentenza del Tribunal Supremo Penal del 26.2.1998, relativa alla vicenda Mario Conde / Argentia Trust. Si vedano anche, in proposito, le considerazioni di LUZÓN PEÑA Diego-Manuel & ROSO CAÑADILLAS Raquel (2008b), *Concurso entre apropiación indebida y administración desleal*, in BOIX REIG Javier (Dir.) & LLORIA GARCÍA Paz (Coord.), *Diccionario de Derecho Penal económico*, Madrid, Iustel, 200.

³¹⁶ Poco più di 300 Euro. La sentenza da cui è tratta l'argomentazione riportata è del Tribunale

È stato, tuttavia, rilevato, che una simile argomentazione contiene in sé una contraddizione, dal momento che prima evidenzia gli elementi di specialità della fattispecie di cui all'articolo 295 del codice penale, e poi procede a escludere l'applicazione del criterio di specialità, sostenendo che entrambe le figure costituiscono modalità distinte di un medesimo delitto di *apropiación indebida*, che non viene meglio definito³¹⁷.

Inoltre, come evidenziato da Bacigalupo Zapater³¹⁸, la scelta di applicare il criterio dell'alternatività è una soluzione che si presenta, senza dubbio, molto discutibile. Nessuna soluzione, in effetti, è del tutto soddisfacente³¹⁹.

Supremo Penale, n. 1953 del 26.11.2002. Adesso l'articolo 252 prevede espressamente quale soglia minima la somma di 400 Euro.

³¹⁷ LUZÓN PEÑA Diego-Manuel & ROSO CAÑADILLAS Raquel (2008b), *Concurso entre apropiación indebida y administración desleal*, in BOIX REIG Javier (Dir.) & LLORIA GARCÍA Paz (Coord.), *Diccionario de Derecho Penal económico*, Madrid, Iustel, 191-192, laddove si considera che “*la afirmación de que son dos modalidades distintas de un mismo delito de apropiación indebida no es correcta e introduce imprecisión y confusión*”.

³¹⁸ Ancora BACIGALUPO ZAPATER Enrique (2007), *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, Barcellona, Marcial Pons, 123.

³¹⁹ Si veda anche il recente intervento dello stesso BACIGALUPO ZAPATER Enrique (2009), *El concepto de perjuicio patrimonial en el delito de administración desleal (Sobre la reciente jurisprudencia alemana en los casos Kanther/Weyrauch y Siemens-KWU)*, in *Diario La Ley*, N° 7295, Sección Doctrina, 1 Dicembre 2009, in cui tale Autore ribadisce come «El delito de administración desleal tiene en el Derecho vigente una defectuosa regulación en el art. 295 Código Penal (CP), que se superpone, al menos en parte, con la alternativa típica del de la “distracción de dinero” del art. 252 CP. La jurisprudencia ha intentado armonizar ambas disposiciones dentro de las posibilidades que le permiten los textos respectivos. En diversas sentencias el Tribunal Supremo ha perfilado una interpretación restrictiva de la amplitud del texto del art. 252 CP y definido sus contornos sobre la idea básica del abuso de los poderes de disposición y administración del dinero confiado al administrador. El ámbito de aplicación del art. 295 CP no ha sido hasta ahora definitivamente aclarado».

Capitolo III

L'ordinamento inglese

1. Premessa. 2. *Equity*. 3. *Constructive trust*. 4. *No-conflict & no-profit principles*. 5. Dovere di non agire in conflitto di interessi? 6. Le previsioni della *Table A* del *Companies Act 1985*. 7. L'utilizzo di sanzioni penali. 8. *Companies Act 2006*. 8.1. *Proper purpose doctrine*. 8.2. Principi fondamentali. 8.2.1. Il caso *Regal (Hastings) Ltd v Gulliver*. 8.3. La dottrina della *corporate opportunity*. 8.4. L'esistenza di un conflitto di interessi. 8.5. Conseguenze per le violazioni ed efficacia deterrente: *Murad v Al Saraj*. 9. Sanzioni penali contenute nel *Companies Act 2006*. 10. *Offences against property*. 11. *Theft*. 11.1. *Appropriation*. 11.1.1. Le critiche all'impostazione giurisprudenziale. 11.2. *Appropriation without physical interference*. 11.3. *Appropriation of company assets*. 11.4. *Property*. 11.5. *Belonging to another*. 11.6. *Lesser proprietary rights or interests*. 11.7. ancora sul *constructive trust*. 12. *Fraud*. 12.1. *Fraud by failing to disclose information*. 12.2. *Fraud by abuse of position*. 12.2.1. Le relazioni fiduciarie.

1. Premessa.

La ricerca all'interno dell'ordinamento inglese si è orientata in una duplice direzione: da un lato quella penalistica, attinente alla riforma dei reati di frode, con il *Fraud Act 2006*, dall'altro quella dei principi di diritto commercial societario in tema di *disclosure* e conflitto di interessi.

Sul primo versante, si evidenzierà come il concetto di frode non sia definito univocamente da un testo normativo, bensì corrisponda alle specifiche condotte descritte nelle sezioni 2, 3 e 4 del *Fraud Act*. In particolare, va evidenziato che la condotta descritta alla sezione 2 consiste nella mancata *disclosure* di informazione, mentre alla sezione 4 è l'abuso di posizione a comportare la fraudolenza della condotta.

Sull'altro versante, si segnala per le sue importanti implicazioni il *no-conflict principle*, che informa gran parte della disciplina del cosiddetto

dovere di lealtà. Si tratta di uno dei fondamentali principi di *Equity* costruiti attorno alla figura del fiduciario, ma pacificamente applicabili anche agli amministratori societari³²⁰.

Ne consegue che nel Regno Unito, le regole, tanto di fonte giurisprudenziale che legislativa-statutaria³²¹, si intrecciano a comporre una fitta rete di vincoli e cautele contro i possibili abusi da conflitto di interessi.

Data la complessità del sistema vigente in Inghilterra, è dunque, opportuno descrivere prima e separatamente le regole di *Equity* e quelle contenute nel *Companies Act*³²², per poi andare ad esaminare la normativa prettamente penalistica, essenzialmente in tema di *theft* e *fraud*.

2. Equity.

L'*Equity* assume vari significati. In senso lato indica, per l'appunto, equità o giustizia, ma d'altra parte, con maggior precisione, può osservarsi che si tratta di una particolare accezione di giustizia nel caso concreto³²³.

Tale significato va, comunque, valutato con una certa cautela.

Pur nei limiti che pone la presente trattazione, occorre muovere alla luce della considerazione che l'originaria funzione dell'*Equity*, ovvero di

³²⁰ Sul punto, LOWRY John & DIGNAM Alan (2008), *Company Law*, Oxford University Press, 273-274, afferma che, prima del Joint Stock Companies Act 1844, la *case law* sugli amministratori sociali aveva sviluppato il concetto che essi fossero dei *trustees* della società e una tale interpretazione era rimasta ferma anche successivamente. Negli anni Venti, tuttavia, la confusione ingeneratasi sul punto ha portato il giudice Romer, nel caso *Re City Equitable Fire Insurance Co* (1925), a precisare che una simile affermazione valesse solo nella misura in cui si evidenzia che gli amministratori si trovano in una *fiduciary relationship* con la società, ma non può esserci alcuna vera e propria analogia tra i doveri di un comune *trustee* con quelli dei *directors* di una società. V., comunque, meglio *infra*, laddove verranno esplicitati i rimedi tesi a valorizzare la suddetta *fiduciary relationship*, tra cui anche quelli di *equità*, della quale verrà, pertanto, dato brevemente conto.

³²¹ È necessaria fin da ora una premessa, al fine di fugare ogni equivoco che potrebbe provocare una cattiva comprensione del presente capitolo. Il riferimento alla normativa statutaria, infatti, in un contesto di *common law*, va inteso infatti unicamente in relazione alla legge scritta, agli atti e statuti dello Stato, ovvero la *statute law*, contrapposta ai consolidati principi giurisprudenziali, che, naturalmente, costituiscono anch'essi legge. Esula, invece, completamente da tale espressione ogni rinvio alla fonte contrattuale rappresentata dallo statuto societario.

³²² Come osservava GIAVAZZI Stefania (2002), *L'esperienza della Gran Bretagna*, in *Il nuovo diritto penale delle società* a cura di ALESSANDRI Alberto, Milano, IPSOA, 517, il dirigente societario che violi il rapporto di fiducia (*fiduciary duty*) con la società non solo è responsabile verso la società e verso i terzi per ogni perdita sofferta o danno provocato dalla violazione medesima ma è anche sottoposto ad una serie di sanzioni di diverso grado e natura.

³²³ LUPOI Maurizio, *Trusts* (2001), Milano, Giuffrè, 35, sottolinea la capacità dell'*Equity* di rendere giuridico ciò che è giusto.

temperare un'applicazione di stretto diritto, laddove questa avrebbe causato un'ingiustizia³²⁴, è andata evolvendosi, fino a cristallizzarsi in una serie di rigidi principi, che sembrano forse allontanarla da tale idea generale di giustizia.

Talora, come nel caso *Murad v. Al Saraj*³²⁵, la ferrea applicazione dell'*Equity* sembra addirittura contrastare con le esigenze di giustizia percepite dalla società.

Ciò che qui preme di precisare, però, è che l'*Equity* è costituita da una serie di principi³²⁶ elaborati dalla giurisprudenza della *Court of Chancery*³²⁷ e che agisce come un supplemento della *common law*, ma non costituisce un sistema a sé stante³²⁸.

Uno dei principali istituti conosciuti dall'*Equity* è il *trust*, ovvero la relazione che emerge quando la proprietà viene attribuita dal *settlor* a un soggetto, detto *trustee*, il quale è obbligato a mantenerla a vantaggio del *cestui que trust*, o beneficiario. Ne discende che i beneficiari abbiano un *equitable interest* sulla proprietà, il che costituisce uno dei fondamentali concetti nel cuore dell'*Equity*³²⁹.

Tra i principali doveri (*duties*) dei *trustees* vi sono il dovere di dare informazioni al beneficiario, il dovere di agire con imparzialità³³⁰, nonché il

³²⁴ Si rinvia, per un maggior approfondimento, a WATT Gary (2008), *Trusts and Equity*, Oxford University Press, il quale, significativamente, enuncia che la funzione della *common law* è quella di stabilire regole valide per la generalità dei casi, mentre quella dell'*Equity* è di impedire o restringere determinati diritti e poteri in determinati casi, nei quali sarebbe *uncounscionable* il loro pieno esercizio.

³²⁵ Su cui FYFE Tom (2006), *Equity's inflexible rule under scrutiny: Murad v Al Saraj*, in *Trust and Trustees*, February, 28-31, nonché LUPOLI Maurizio (2007), *Conflitto di interessi del fiduciario e obbligo di "account"*, in *Trusts e attività fiduciarie*, gennaio 71-81. Si veda comunque *infra*, allorchè si tratterà dei doveri degli amministratori e i relativi rimedi di *Equity*.

³²⁶ Tre fondamentali massime di *Equity* sono, ad esempio: l'*Equity* guarda all'intento e non alla forma; l'*Equity* non permette che una legge sia usata come strumento di frode; l'*Equity* non assiste un *volunteer*, ovvero chi non ha concluso un contratto o comunque accettato gli effetti di un negozio.

³²⁷ Tale corte è stata abolita con il *Judicature Act* 1873, il quale ha però stabilito che l'*Equity* debba prevalere in caso di conflitto con la *common law*. Da allora si discute accanitamente nella dottrina inglese se l'unificazione riguardi solo la competenza delle corti, ormai unificate, ovvero se l'*Equity* abbia perso la propria autonomia. Si veda, ad esempio, WORTHINGTON Sara (2003), *Equity*, Oxford University Press.

³²⁸ DUDDINGTON John (2007), *Equity and Trusts*, Pearson Education, Harlow, 4 e seguenti.

³²⁹ Ai beneficiari, infatti, spettano i rimedi previsti in materia di *breach of trust*.

³³⁰ Secondo *Howe v. Eal of Dartmouth* (1802) 7 Ves Jr 137, «the trustee must act impartially and so

recentemente introdotto³³¹ *statutory duty of care*, la cui formulazione legislativa è stata reputata opportuna per rinnovare un campo del diritto, ormai altrimenti dominato da datati casi giurisprudenziali, risalenti per lo più al XIX secolo³³².

Quando un *trustee* viola uno dei doveri imposti dall'*Equity* o dal *trust*, si dice che realizzi una *breach of trust*. Simili violazioni possono essere sia fraudolente, come esemplificato dal caso *Attorney-General for Hong Kong v Reid*³³³, o attribuibili a negligenza.

Contro il *trustee* che si sia reso responsabile di una *breach of trust* può essere esperita tanto un'azione *in personam*, per il risarcimento del danno, che un'azione *in rem*, per recuperare la proprietà del *trust*.

Tra i principali rimedi meritano qui di essere ricordati la *personal liability as a constructive trustee* per la restituzione della *trust property* e la *liability to account as a constructive trustee* quando ci sia un diritto di *tracing*³³⁴ della *trust property* nelle mani di chi la possiede, ciò che costituisce un tipico rimedio *in rem*.

3. Constructive trust³³⁵.

Un *constructive trust* è quello che sorge allorché le circostanze siano tali che

must strike a balance between the interest of the life tenant (income required) and the remainderman (preservation of capital required)».

³³¹ Con il *Trust Act 2000*.

³³² DUDDINGTON John (2007), *Equity and Trusts*, Pearson Education, Harlow, 133 e seguenti.

³³³ *Attorney-General for Hong Kong v Reid* (1994) 1 AC 324 riguarda un sostituto procuratore che aveva accettato delle tangenti per non procedere contro degli indagati. Con il denaro aveva poi comprato degli immobili in Nuova Zelanda. Il procuratore generale, considerato suo datore di lavoro, ottenne che quegli immobili fossero dichiarati soggetti a un *constructive trust* in proprio favore.

³³⁴ Il *tracing*, si badi bene, non è un rimedio in se stesso, quanto piuttosto un diritto a rintracciare la proprietà del *trust (trust property)* fino nelle mani di una persona che ne diviene *constructive trustee*. Il *tracing* di equità si distingue, per ampiezza applicativa, dall'analogo istituto di common law. Il *tracing* di equità è infatti possibile ogniqualvolta siano rispettate quattro condizioni: l'esistenza di una relazione di fiducia; l'esistenza di un *equitable proprietary interest*, quale quello del beneficiario; che il *tracing* non sia contrario a equità; e infine che la proprietà si presenti in una forma che ne permetta la rintracciabilità. Si veda, *amplius*, DUDDINGTON John (2007), *Equity and Trusts*, Pearson Education, Harlow, 153 e seguenti, nonché HAYTON David (1995), *Equity's Identification Rules*, in *Laundering and Tracing*, a cura di Peter BIRKS, Oxford, nella parte dedicata alle *Equity's Identification Rules*.

³³⁵ Su questo complesso e affascinante argomento, che qui si cercherà di semplificare e sintetizzare il più possibile, si consiglia, per un approfondimento, l'eccellente articolo di un importante Autore quale SMITH Lionel (1999), *Constructive trusts and constructive trustees*, in *Cambridge Law Journal*, 58(2), July, 294-302.

sarebbe *unconsciounable* per il titolare del diritto di proprietà affermare il proprio esclusivo interesse e negare il *beneficial interest* di un altro soggetto³³⁶.

Una tipica ipotesi, in cui può essere imposta la costituzione di un *constructive trust*, è quella dei profitti ottenuti da un *fiduciary*. Infatti, chi si trovi a svolgere funzioni caratterizzate dalla natura fiduciaria è *constructive trustee* di ogni beneficio o vantaggio impropriamente ottenuto in conseguenza dello svolgimento di quelle funzioni³³⁷.

Sul tema dei *constructive trusts*, che costituisce probabilmente uno dei maggiormente complessi di tutto il diritto inglese, vanno fissati, peraltro, alcuni punti essenziali.

In primo luogo, occorre considerare che il termine *constructive* indica, nell'ordinamento inglese, qualcosa di simile a una *fictio iuris* oppure a una presunzione *iuris et de iure*³³⁸.

C'è però un settore dove questa definizione non è corretta ed è proprio quello dei *constructive trusts*. La ragione è che un *constructive trust* è un *trust* vero e proprio.

L'esistenza del *constructive trust* significa che i beni che ne sono l'oggetto sono parificati a quelli oggetto di un ordinario *trust* e quindi essi sono segregati nel patrimonio del *trustee*, a disposizione del beneficiario³³⁹.

Occorre inoltre tenere presente che la stessa qualità di fiduciario non discende da un'investitura contrattuale, ma dall'imposizione legale di un connotato fiduciario a un certo rapporto³⁴⁰.

³³⁶ Un *constructive trust* è dunque un *trust*, ma non nel pieno significato del termine, nel senso di negozio in virtù del quale il *trustee* ha dei doveri di amministrazione per un certo periodo di tempo, quanto piuttosto una situazione temporanea di soggezione, in cui il solo dovere del *trustee* è quello di trasferire al beneficiario il titolo e possesso dei beni oggetto del *trust*.

³³⁷ LUPOI Maurizio, *Trusts* (2001), Milano, Giuffrè, 68.

³³⁸ Così è, ad esempio, nel caso della *constructive notice*, ovvero qualora si consideri come conosciuta una circostanza di cui un soggetto non poteva, senza colpa, non essere a conoscenza.

³³⁹ E dunque non attingibili dagli ordinari creditori del *trustee*: cfr. LUPOI Maurizio, *Trusts* (2001), Milano, Giuffrè, 68.

³⁴⁰ LUPOI Maurizio, *Trusts* (2001), Milano, Giuffrè, 69. Si veda altresì, in questo capitolo, la vicenda *Murad v Al Saraj*, per comprendere con quale ampiezza e flessibilità una corte possa qualificare come

Per comprendere, allora, tale uso del termine occorre fare riferimento all'opera di Lord Nottingham, insigne giurista del XVII secolo, a cui si deve una grande opera di sistematizzazione dell'*Equity*.

Proprio in quel periodo si stava sviluppando il principio in base al quale la proprietà acquistata da un *trustee* in violazione delle regole di un *trust* sarebbe divenuta essa stessa oggetto di *trust*. Lord Nottingham reputò che in simili ipotesi il *trust* nascesse per legge, come conferma anche la *section* 8³⁴¹ dello *Statute of Frauds* 1677, di cui Lord Nottingham fu uno degli estensori.

Un *constructive trust*, dunque, sorge automaticamente³⁴² al verificarsi di determinate circostanze, che non sono tassativamente indicate dalla legge, proprio al fine di non ostacolare le corti nello stabilire quale sia l'esigenza di giustizia nel caso concreto³⁴³. Uno dei casi più significativi del sorgere di un *constructive trust* è, appunto, l'ipotesi in cui un soggetto, che rivesta una posizione fiduciaria, ottenga un profitto non autorizzato³⁴⁴.

Il *constructive trustee* è, invece, un soggetto che detiene un titolo di proprietà, che è tenuto a mantenere in *constructive trust* per un altro soggetto, senza essere, tuttavia, vincolato al rispetto degli stessi doveri e delle responsabilità di un normale *trustee*, soprattutto perché, fino a che una sentenza non dichiari l'esistenza di un *constructive trust*, il *constructive trustee* ben può essere ignaro di amministrare un bene in *trust* a favore di un altro soggetto.

fiduciaria una determinata relazione.

³⁴¹ La quale parla appunto di *trusts* che «arise or result by implication or construction of law».

³⁴² Ai sensi della *section* 53(2) del *Law of Property Act* è esonerato dagli obblighi di pubblicità previsti, in generale, per i trusts.

³⁴³ In questo senso il giudice Edmund Davies LJ nella sentenza *Carl Zeiss Stiftung v Herbert Smith & co.* (1969), riportato da DUDDINGTON John (2007), *Equity and Trusts*, Pearson Education, Harlow, 77.

³⁴⁴ Si veda, in proposito, anche l'opera di CHAMBERS Robert (1997), *Resulting Trusts*, Oxford, 2 e ss., sulla classificazione delle tipologie di *trust*, basata sul seguente concetto: *it is generally agreed that the express trust is the product of intention, while the constructive trust is created by operation of law; tuttavia, va considerato altresì che the constructive trust has tended to be one of Equity's more amorphous creations. It arises in various situations for a variety of reasons. Attempts to create a unifying theory for the origin of the constructive trust have not been successful [...]. There is no defining characteristic of the constructive trust which necessarily excludes the resulting trust.*

Una precisazione: spesso viene detto che chi è personalmente responsabile di rendere conto del profitto non autorizzato ottenuto quale fiduciario o in violazione di un *trust* è chiamato quale *constructive trustee*³⁴⁵. L'uso di questa terminologia è stato però criticato perché porta ad un equivoco.

Come acutamente espresso da autorevole dottrina³⁴⁶, infatti, se il mondo fosse semplice, il *trustee* di un *constructive trust* sarebbe un *constructive trustee*, ma così non è. Il *constructive trust*, infatti, è un vero e proprio *trust*, sicché il suo *trustee* è un vero e proprio *trustee*, che tiene la proprietà in *trust*. Il *constructive trustee*, d'altro canto, per quello che abbiamo detto, non è affatto un *trustee* che tiene dei beni in *trust*.

Dunque, occorre distinguere due diverse accezioni con cui viene impiegata l'espressione *constructive trustee*. La prima corrisponde all'uso che se ne fa nella locuzione "*liable to account as a constructive trustee*" e l'altra indica invece il *trustee* di un *constructive trust*.

Per chiarire al meglio il concetto, ed entrando già nel vivo della materia, è opportuno riferire della celebre sentenza *Guinness plc v Saunders*³⁴⁷.

La Guinness aveva lanciato un'offerta pubblica di acquisto di una società concorrente. Il consiglio di amministrazione affidò la conduzione dell'operazione ad un sotto-comitato composto da tre amministratori e, una volta effettuato con successo l'acquisto, uno di essi richiese al sotto-comitato la liquidazione di un onorario di 5,2 milioni di sterline in favore di una società di consulenza da lui controllata. Il comitato, previamente informato

³⁴⁵ *Liable to account as a constructive trustee*.

³⁴⁶ SMITH Lionel (1999), *Constructive trusts and constructive trustees*, in *Cambridge Law Journal*, 58(2), July, 301, il quale, a pagina 299, osserva altresì che «*the interesting thing is that an allegation that the defendant is a constructive trustee makes more sense than the allegation of a constructive trust*».

³⁴⁷ *Guinness plc v Saunders* (1990) 2 AC 663 (House of Lords), si veda SEALY Len and WORTHINGTON Sarah (2008), *Cases and Material in Company Law*, 8th edition, Oxford, 249 e seguenti, e, anche per il grado precedente, *Guinness plc v Saunders* (1988) 2 All ER 940, HANNIGAN Brenda (2003), *Company Law*, Oxford, 252 e seguenti, nonché LUPOI Maurizio, *Trusts* (2001), Milano, Giuffrè, 73-74, il quale osserva anche che «la posizione degli amministratori quali possibili *constructive trustees* non è limitata alla teoria della *corporate opportunity*, così che la disciplina del conflitto di interessi vi trova agevole collocazione e produce risultati ben diversi da quelli ai quali perviene il diritto italiano».

del legame, deliberò favorevolmente ed il compenso richiesto fu liquidato. Tuttavia, una volta che il consiglio di amministrazione venne a conoscenza del pagamento, la Guinness convenne l'amministratore in giudizio. La *Court of Appeal*³⁴⁸, premesso che la comunicazione del conflitto di interessi al sotto-comitato non soddisfaceva le prescrizioni legali in materia, di cui alla allora vigente *section 317(1)* del *Companies Act 1985*, statui che l'amministratore fosse da ritenere *constructive trustee* in favore della Guinness della somma versata alla società da lui controllata, con questa considerazione: «la base del *constructive trust* è nella combinazione di tre fattori, cioè un rapporto fiduciario, la violazione di un'obbligazione derivante da tale rapporto, la conseguente ricezione di un bene appartenente al soggetto dal quale l'obbligazione è esigibile³⁴⁹».

4. No-conflict & no-profit principles.

Le regole di *Equity* in materia di conflitti di interessi sono, sostanzialmente, molto semplici, ma si vedrà come siano estremamente pregnanti e cariche di conseguenze.

All'amministratore sono, infatti, applicabili i principi in materia di *agency*³⁵⁰, per i quali l'agente ha nei confronti del *principal* un *fiduciary duty*, il quale gli vieta di trarre dall'esecuzione dell'incarico un *secret profit*, ossia un vantaggio patrimoniale, che non sia stato concordato con il *principal* ovvero da questi autorizzato, previa informazione su tutti i fatti rilevanti.

Nello specifico contesto delle società, la regola di *Equity* è stata interpretata nel senso che un amministratore «*shall not be allowed to enter into*

³⁴⁸ E analogamente fece la House of Lords, rifiutando di attribuire alcun valore legittimante della liquidazione del compenso, nonché dell'avvenuta *disclosure*, alle clausole statutarie che permettevano la formazione di comitati con ampi poteri.

³⁴⁹ La traduzione è tratta dal testo LUPOI Maurizio, *Trusts* (2001), Milano, Giuffrè, 74.

³⁵⁰ Seppure con la precisazione che gli amministratori non sono mandatari dei soci, come emerso fin dal caso *Automatic Self-Cleansing Filter Syndicate Co Ltd v Cunningham* (1906). Si veda per approfondimento LOWRY John & DIGNAM Alan (2008), *Company Law*, Oxford University Press, 265, a proposito del riconoscimento dell'autonomia dei *directors*.

*engagements in which he has or can have a personal interest conflicting or which possibly may conflict with the interests of the company*³⁵¹». In questo senso la House of Lords si esprimeva, infatti, già nel 1854, nella nota decisione *Aberdeen Railway Co v Blaikie Bros.*

In breve, ricordiamo che la vicenda traeva le mosse da un contratto di fornitura, con cui i Blaikie Bros, si erano impegnati a produrre delle sedie di ferro in favore della Aberdeen Railway; quest'ultima, tuttavia, si rifiutava di dare esecuzione al contratto, sostenendo che al momento della sua conclusione, il presidente del proprio consiglio di amministrazione fosse al tempo stesso socio della controparte. La Camera dei Lords accolse la domanda della Aberdeen Railway Co.

Emergeva, dunque, con chiarezza come la regola del *no-conflict* si applichi non solo nel caso di un unico *agent*, che violi il proprio dovere, ma anche quando un solo amministratore tra i tanti sia interessato, in quanto essa si ricollega al *duty* proprio di ciascun amministratore *«to give to his co-directors, and through them to the company, the full benefit of all the knowledge and skill which he can bring to bear on the subject»*.

È, pertanto, un principio consolidato del diritto inglese che ad un amministratore sia vietato entrare in operazioni nelle quali abbia, o possa avere, un interesse personale in conflitto, o che possa confliggere, con quelli di coloro che deve tutelare³⁵².

Sempre in base a tale principio, e dunque al diritto di fonte giurisprudenziale, qualora un contratto nel quale l'amministratore abbia un interesse sia stato concluso, esso è annullabile su istanza della società, senza che sia consentito al giudice accertare se esso fosse o meno conveniente per

³⁵¹ Così *Aberdeen Railway Co v Blaikie Bros.* (1854) 1 Macq 461 (House of Lords), per la quale si veda SEALY Len and WORTHINGTON Sarah (2008), *Cases and Material in Company Law*, 8th edition, Oxford, 332 e seguenti.

³⁵² Sintetizza così HANNIGAN Brenda (2003), *Company Law*, Oxford, 245 e seguenti.

la stessa³⁵³ e, per giunta, la società può richiedere all'amministratore la restituzione di ogni profitto che gli sia derivato dall'operazione.

Quest'ultima conseguenza è tanto più rilevante se si considera non solo quanto rigidamente tale regola è intesa e strenuamente difesa dalle corti inglesi, ma anche il tipo di tutela accordato alla società nei confronti dell'amministratore, e che investe tanto l'*Equity*, che il diritto penale comune.

L'annullamento dell'operazione compiuta in conflitto di interessi è, tuttavia, escluso nei casi, in cui, in conformità all'enunciato principio, l'assemblea degli azionisti abbia ratificato o preventivamente approvato il contratto, previa *full disclosure* dell'amministratore³⁵⁴. Inoltre, non può procedersi all'annullamento dell'operazione nel caso in cui la società non eserciti tempestivamente l'azione, ovvero la *restitutio in integrum* diventi impossibile o, infine, nel caso in cui debbano essere salvaguardati diritti di terzi in buona fede³⁵⁵.

Quale contrappeso all'ampiezza del principio, la giurisprudenza delle corti inglesi si è orientata nel senso di ritenere che trovi applicazione solo laddove sia ravvisabile un conflitto di interessi reale e non solo teorico³⁵⁶.

5. *Dovere di non agire in conflitto di interessi?*

È stato altresì evidenziato che per gli amministratori di società il principio dell'assenza di conflitto di interessi non sarebbe tanto un dovere vero e

³⁵³ Ancora *Aberdeen Railway Co v Blaikie Bros.* (1854) 1 Macq 461 (House of Lords).

³⁵⁴ Per questa stessa ragione, tenuto conto che la regola di *Equity* può essere derogata da parte dei soggetti che essa tutela, è spesso previsto, da fonti interne alla società, che, previa *disclosure* circa la natura e la portata dell'interesse al consiglio di amministrazione, sia permesso agli amministratori di essere interessati alla stipulazione di contratti con la società o nei quali la società sia comunque interessata. La necessità di tali deroghe è tanto più evidente se si considera che spesso la nomina nel consiglio di amministrazione ha proprio lo scopo di incentivare relazioni commerciali, che in caso contrario sarebbero impossibili.

³⁵⁵ Si vedano *Law Commission and Scottish Law Commission, Company Directors: Regulating Conflicts of Interests, Consultation Paper*, 87; HANNIGAN Brenda (2003), *Company Law*, Oxford, 246.

³⁵⁶ Si veda sul punto *Boardman v Phipps* (1967), 2 AC 46

proprio, cioè un *duty*, bensì una causa di *disability*³⁵⁷, comune a tutti i fiduciari, che comporta la possibilità di annullamento degli atti posti in essere senza una preventiva informazione sull'esistenza del conflitto di interessi.

Occorre però distinguere il caso in cui, oltre alla mancata *disclosure*, sia ravvisabile anche la violazione rispetto al dovere di agire *bona fide* negli interessi della società amministrata³⁵⁸.

Infatti, può affermarsi che, qualora un amministratore non abbia ottemperato all'obbligo di *disclosure*, ma abbia comunque agito perseguendo l'interesse della società, egli è comunque soggetto alla *disability*, che discende dal *no-conflict principle*, ma non ha violato alcun dovere nei confronti della società³⁵⁹.

Viceversa si deve considerare nel caso in cui alla mancata comunicazione della sussistenza di un conflitto di interessi faccia seguito anche una violazione del dovere di perseguire gli interessi della società, laddove sarebbe violato un vero e proprio *duty* dell'amministratore.

Infine, nel caso in cui un amministratore abbia compiuto una piena *disclosure*, ciò che esclude la *disability*, può comunque essere ritenuto responsabile di ogni violazione del dovere di perseguire l'interesse della società amministrata.

³⁵⁷ La natura del *no-conflict principle* è stata considerata in *Movitex Ltd v Bulfield* (1988), BCLC 104, dove veniva in considerazione un'ipotesi di mancata *disclosure* del conflitto di interessi, seguita però da un'operazione che era comunque andata a vantaggio della società. Nel caso di specie, inoltre, la *restitutio in integrum* si era rivelata impossibile, sicché non si poteva dar luogo all'annullamento del contratto. La Corte statui, quindi, che non ci fosse alcuna violazione dei propri doveri da parte degli amministratori.

³⁵⁸ Si veda in proposito la sentenza sul caso *Harrison (Properties) Ltd v Harrison*, in cui un amministratore aveva comprato dei terreni dalla propria società, nascondendo di essere a conoscenza della circostanza che il loro valore sarebbe presto notevolmente aumentato. Secondo la Corte d'Appello, non solo vi era stata una violazione della *no-conflict disability*, il che permetteva alla società di annullare l'operazione o richiedere all'amministratore il profitto ottenuto con la propria speculazione, ma era stato violato l'ulteriore dovere di perseguire l'interesse della società. In quella sentenza venne al contempo statuito che «*on appointment, a director assumes the duties of a trustee in relation to the company's property*».

³⁵⁹ HANNIGAN Brenda (2003), *Company Law*, Oxford, 249.

6. Le previsioni della Table A del Companies Act 1985.

Prima della riforma introdotta dal Companies Act 2006, la *regulation* 85 della Table A del 1985³⁶⁰, facendo propri i summenzionati principi generali, disponeva che l'amministratore che avesse comunicato agli altri amministratori la natura e l'estensione di «*any material interest of his*» potesse essere autorizzato a concludere operazioni e contratti³⁶¹ con la società, ovvero ad avervi un interesse; in caso di previa *disclosure*³⁶², egli non era, inoltre, tenuto a riversare alla società il profitto che gli derivasse da tali contratti od operazioni, né questi potevano essere annullati per conflitto d'interessi³⁶³.

La *regulation* 94, d'altro canto, prescriveva che, salve le eccezioni dalla stessa individuate, l'amministratore dovesse astenersi dalle deliberazioni del consiglio d'amministrazione o di un comitato di amministratori, nelle quali egli, direttamente o indirettamente, avesse un *material interest or duty* che confliggesse o potesse confliggere con gli interessi della società.

Contemporaneamente alla predisposizione di queste regole, meramente suppletive e dunque derogabili, nel timore che regole endosocietarie concedessero eccessiva libertà agli amministratori in conflitto di interessi, il legislatore inglese del 1985 aveva, altresì, dettato in questa materia un complesso sistema di regole imperative, di cui si darò qui dare solo brevemente conto, in quanto sostituite dalla legislazione successiva.

³⁶⁰ La *Table A* rappresenta, per il diritto commerciale inglese, una specie di statuto societario modello per le società di capitali (*companies limited by shares*). La *Table A* è stata introdotta per la prima volta con il Joint Stock Companies Act 1856, anche se allora era denominata *Table B* e ha ottenuto l'attuale denominazione solo a partire dal Companies Act 1862. Nonostante abbia subito alcune variazioni con il Companies Act 2006, le ultime delle quali nel 2007, il modello del 1985, cui ci si riferisce in questa trattazione, introdotto con il Companies Act 1985 quale forma di legislazione suppletiva, è quello tuttora vigente.

³⁶¹ *Transactions or arrangements*.

³⁶² La *regulation* 86 precisava che il dovere di disclosure si considerava assolto se l'amministratore forniva agli altri una «*general notice*» della natura e dell'estensione dell'interesse che egli avesse in contratti od operazioni concluse con una persona determinata o con determinate classi di persone; chiariva, inoltre, che non rilevava l'interesse del quale l'amministratore non avesse conoscenza e di cui fosse irragionevole ritenere che avesse conoscenza.

³⁶³ ENRIQUES Luca (2000), *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, Giuffrè, 56.

In particolare, la *section 317* del *Companies Act 1985* stabiliva che l'amministratore, il quale, in qualsiasi modo, direttamente o indirettamente, avesse interesse in un'operazione o in un contratto dovesse dichiarare la natura del proprio interesse in un'adunanza del consiglio di amministrazione. L'inosservanza del dovere di *disclosure* non comportava l'invalidità del contratto, ma all'amministratore che avesse violato tale precetto si applicava una multa (*fine*)³⁶⁴, che andava dunque ad aggiungersi alle conseguenze già indicate al paragrafo precedente.

Inoltre, nella Part X del *Companies Act 1985* venivano prese in considerazione una serie di ipotesi nelle quali il pericolo derivante da situazioni di conflitto di interessi poteva presentarsi particolarmente elevato, quali i casi di *service contracts*³⁶⁵, di acquisti di beni della società da parte degli amministratori, ovvero di prestiti contratti con la società.

Una menzione meritano le norme che prescrivevano l'informazione periodica degli azionisti in materia di operazioni in conflitto d'interessi. Gli amministratori dovevano dare specifica informazione agli azionisti, mediante apposite *notes*, ai conti annuali, sulle operazioni di credito previste dalle *sections 330* e seguenti, e sulle operazioni, concluse dalla società o da sue controllate, in cui gli amministratori avessero, direttamente o indirettamente, un interesse rilevante. La *section 342* provvedeva, quindi, a munire di sanzione il precetto della 330, stabilendo la pena della reclusione congiuntamente o in alternativa alla sanzione pecuniaria per l'amministratore che avesse autorizzato o permesso alla società di concludere uno dei contratti, vietati, di mutuo e garanzia in favore degli amministratori.

Era inoltre previsto che la decisione circa la rilevanza dell'interesse dell'amministratore spettasse al consiglio di amministrazione, il quale

³⁶⁴ HANNIGAN Brenda (2003), *Company Law*, Oxford, 254; sulla sanzione penale, v. *amplius infra*.

³⁶⁵ Ovvero remunerazione degli amministratori e buonuscite.

deliberava con l'astensione dell'amministratore interessato³⁶⁶.

7. L'utilizzo di sanzioni penali.

Venendo, comunque, più propriamente, alle sanzioni penali, va evidenziato che il *Companies Act* 1985 conteneva, nel complesso, più di centocinquanta illeciti, di cui però solo una minima parte contemplavano la pena della reclusione³⁶⁷, essendo invece la sanzione pecuniaria la pena più diffusa.

La tecnica di costruzione delle fattispecie, inoltre, si presentava come estremamente semplice, essendosi il legislatore limitato a porre delle clausole sanzionatorie a chiusura della disposizione civilistica. Al riguardo, vi è anche da rilevare come gli illeciti societari fossero raggruppati in base al tipo di dovere violato dal soggetto, piuttosto che secondo il bene giuridico tutelato³⁶⁸, fenomeno divenuto tanto più evidente nel *Companies Act* 2006³⁶⁹.

La Parte X del *Companies Act* 1985, intitolata "*Enforcement of Fair Dealing by Directors*", ovvero "Misure per l'attuazione del corretto comportamento da parte degli amministratori", introduceva una serie di obblighi e divieti a tutela del corretto comportamento degli amministratori.

In particolare, per quanto qui di interesse, la summenzionata *section* 317 regolava il conflitto di interessi, disponendo, al comma settimo, che l'amministratore, di diritto o di fatto, che non avesse ottemperato all'obbligo di comunicare agli altri amministratori, al primo Consiglio di

³⁶⁶ ENRIQUES Luca (2000), *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, Giuffrè,

³⁶⁷ Per un quadro della disciplina previgente, si veda GIAVAZZI Stefania (2002), *L'esperienza della Gran Bretagna*, in *Il nuovo diritto penale delle società* a cura di ALESSANDRI Alberto, Milano, IPSOA, 519 e seguenti.

³⁶⁸ Come osservato da GIAVAZZI Stefania (2002), *L'esperienza della Gran Bretagna*, in *Il nuovo diritto penale delle società* a cura di ALESSANDRI Alberto, Milano, IPSOA, 517, la quale nota altresì come il diritto penale societario inglese non abbia, all'interno della generale categoria dei *white-collar crimes*, un'area autonoma di rilevanza.

³⁶⁹ Come si vedrà, infatti, mentre il CA 1985 prevedeva un apposito capo titolato "*Enforcement of fair dealing by directors*", in cui, per quel che qui interessa, spiccava l'art. 317, che sanzionava l'obbligo di *disclosure*, il CA 2006 inserisce la disposizione sanzionatoria all'articolo 183 cioè proprio laddove tratta, tra i doveri degli amministratori, degli obblighi di *disclosure*.

Amministrazione successivo all'insorgenza del conflitto, di avere, direttamente o indirettamente, un interesse personale in un contratto già concluso, o in via di conclusione, che coinvolgesse la società, avrebbe dovuto essere punito con una sanzione pecuniaria.

Gli altri commi della disposizione precisavano con notevole chiarezza e precisione i tempi e i modi con cui la comunicazione doveva avvenire. Significativamente, veniva esplicitamente presa in considerazione altresì la possibilità che un amministratore divenisse interessato a una proposta contrattuale solo successivamente alla riunione nella quale veniva discussa l'opportunità o meno di contrarre, nel qual caso, in capo all'amministratore interessato, sussisteva pur sempre l'obbligo di *disclosure*, così come pure nel caso in cui l'interesse fosse emerso in seguito alla conclusione del contratto con la società.

Per il caso, poi, in cui l'amministratore fosse stato membro di una società o di una impresa parte di un contratto o interessata a concludere un contratto con la società o l'impresa che amministrava o egli stesso parte o interessato in qualunque contratto che coinvolgesse soggetti a lui collegati, egli sarebbe stato obbligato a rendere un'apposita e specifica comunicazione agli altri amministratori, denominata *general notice*, che poteva dirsi valida come comunicazione per i futuri casi di conflitto di interessi, purché ne fosse stata curata la lettura da parte degli altri amministratori nella prima riunione del consiglio successiva alla comunicazione.

La *section 317*, peraltro, si chiudeva statuendo che tale disposizione non ostava ad alcuna norma che vietasse agli amministratori sociali di avere un interesse nei contratti conclusi con la società.

8. Companies Act 2006.

La *Part 10* del *Companies Act 2006* ha operato una profonda revisione, sebbene non una rivoluzione, delle norme che stabiliscono i doveri degli

amministratori, prendendosi carico di riformulare in disposizioni di legge la disciplina formatasi attraverso innumerevoli precedenti giurisprudenziali e norme specifiche per alcuni settori, ciò che costituiva un complesso *corpus* di regole, rispondente alla sentita esigenza di impedire che gli amministratori abusino dei loro, notevoli, poteri.

L'opportunità di codificare simili precetti, tuttavia, era stata fortemente discussa³⁷⁰, in quanto avrebbe, da un lato, privato di flessibilità una disciplina che si era modellata sul caso concreto, ma dall'altro avrebbe portato vantaggi in termini di certezza del diritto e di accessibilità delle fonti normative.

Con queste premesse, la Commissione di riforma si sentì in obbligo di assicurare che la codificazione avrebbe riguardato solo previsioni generali, vere proprie dichiarazioni di principio, e che in nessun caso si sarebbe presentata come esaustiva.

L'obiettivo perseguito in questo campo dal *Companies Act 2006*, comunque, è stato quello chiarire quali siano i doveri che incombono sugli amministratori e correggere alcuni difetti della *common law*, laddove faceva riferimento a modelli non più in linea con la moderna pratica commerciale³⁷¹.

Così, in primo luogo, a corollario del principio emerso in *Aberdeen Railway Co v Blaikie Bros.*³⁷², ovvero che gli amministratori hanno un rapporto fiduciario con la società, il cui interesse devono perseguire, è stato precisato, alla *section 170*, che i doveri degli amministratori sussistono nei confronti della società e che, dunque, solo quest'ultima può agire in caso di violazioni. Rimane, tuttavia, senza risposta una questione ancora più importante, ovvero quale sia l'interesse della società.

³⁷⁰ Si veda, in proposito, DIGNAM Alan & LOWRY John (2009), *Company Law*, 5th edition, Oxford, 299.

³⁷¹ *Commission for Law Reform Final Report*, Capitolo 3.

³⁷² Per la vicenda, v. *supra*.

8.1. Proper purpose doctrine.

La *section* 171 prevede che un amministratore debba agire secondo quanto stabilito dallo statuto societario ed esercitare i propri poteri secondo gli scopi per i quali sono conferiti.

Il secondo punto codifica la cosiddetta “*proper purpose doctrine*” elaborata da Lord Greene MR nel caso *Re Smith & Fawcett* del 1942, in cui spiegava che gli amministratori devono esercitare la propria discrezionalità con buona fede, per quello che essi ritengono – e non quello che una corte potrebbe considerare – l’interesse della società, e non, invece, un fine collaterale.

Il principio di buona fede nell’amministrazione è esplicitato, poi, alla successiva *section* 172, che impone agli amministratori il dovere di promuovere il successo della società³⁷³, ma, come è stato evidenziato³⁷⁴, vi è una frizione tra esso e la *proper purpose doctrine*, nella misura in cui quest’ultima limita la discrezionalità degli amministratori nell’ipotesi in cui essi intendano perseguire un interesse collaterale, quantunque essi reputino di agire comunque nell’interesse della società.

Il caso principale, su cui si fonda l’odierna previsione normativa, è, anche in questo caso, *Re Smith & Fawcett*, ma più di recente, nel 2001, in *Regentcrest plc v Cohen*, il giudice Jonathan Parker ha statuito che non rileva se una data azione od omissione abbia perseguito l’interesse sociale, ma solo se l’amministratore credesse sinceramente che la propria azione od omissione fosse realizzata nell’interesse della società³⁷⁵.

³⁷³ La norma è poi particolarmente rilevante perché pone una serie di punti ai quali gli amministratori devono prestare attenzione nel perseguimento del successo della società amministrata; nonostante simili indicazioni esulino dagli scopi della presente trattazione, val la pena di menzionare come essi abbiano suscitato un notevole scalpore, a partire dallo stesso dibattito parlamentare, poiché includono, tra le altre cose, anche il benessere dei dipendenti della società e l’impatto delle politiche societarie sull’ambiente e sulla comunità. V. *amplius* DIGNAM Alan & LOWRY John (2009), *Company Law*, 5th edition, Oxford, 314 e seguenti.

³⁷⁴ DIGNAM Alan & LOWRY John (2009), *Company Law*, 5th edition, Oxford, 306.

³⁷⁵ Se gli amministratori sono in buona fede e credono di agire nell’interesse della società, non è dunque loro imputabile alcuna violazione del rapporto di fiducia; tuttavia, se si ravvisi una colpa nel loro comportamento, può ravvisarsi una violazione del *duty of care*, di cui alla *section* 174. Si veda in

Logicamente, come emerso in *JJ Harrison (Properties) Ltd v Harrison*³⁷⁶, se un amministratore agisce per il proprio esclusivo vantaggio, si appalesa, invece, una chiara violazione del dovere di buona fede.

Alla *section 173* è, inoltre, stabilito un dovere di indipendenza, ovvero un generale divieto per gli amministratori di legare la propria discrezionalità e libertà di scelta, se non in alcune limitate ipotesi.

8.2. Principi fondamentali.

Venendo alla *section 175* vediamo poi codificato un vero e proprio dovere di evitare conflitti di interesse, che va considerato congiuntamente alle *sections 177* e *182*, che pongono un ampio obbligo di *disclosure*, riguardo ad ogni interesse in trattative o contratti proposti o in essere. Le tre disposizioni racchiudono infatti due fondamentali principi individuati dall'*Equity*, ovvero le *no-conflict* e *no-profit rules*, oltre alla *self-dealing rule*.

In particolare, il comma uno della *section 175* stabilisce che l'amministratore di una società deve evitare ogni situazione in cui abbia o possa avere un interesse, diretto o indiretto, che confligga o possa confliggere con gli interessi della società.

Tale disposizione prende il posto dell'obbligo di *Equity* e, pertanto, ne discende che gli amministratori debbano rispondere di ogni profitto ottenuto in situazioni nelle quali i propri interessi possano confliggere con il loro dovere nei confronti della società. La severità della regola è agevolmente rilevabile, poiché la stessa formulazione legislativa porta a considerare il conflitto in termini di possibilità, prima ancora che di attualità.

Il comma secondo, invece, riflette la diversa regola, anch'essa scaturita dall'*Equity*, che è irrilevante che la società possa ricavare un qualsivoglia

proposito *Colin Gwyer & Associates Ltd v London Wharf (Limehouse) Ltd* (2003).

³⁷⁶ *JJ Harrison (Properties) Ltd v Harrison* (2002) EWCA Civ 1467; il caso, che vede anche l'emersione di un *constructive trust* in capo all'amministratore, è estesamente riportato in SEALY Len and WORTHINGTON Sarah (2008), *Cases and Material in Company Law*, 8th edition, Oxford, 345 e seguenti.

vantaggio dalla condotta dell'amministratore in conflitto.

8.2.1. Il caso *Regal (Hastings) Ltd v Gulliver*.

Il fondamentale precedente in proposito è costituito dal celebre caso *Regal (Hastings) Ltd v Gulliver* del 1942³⁷⁷. La vicenda, all'apparenza semplice, è estremamente significativa. La società *Regal*, proprietaria di un cinema ad *Hastings*, aveva programmato l'acquisto di altre due sale cinematografiche, per poi procedere alla vendita congiunta dei tre cinema.

A tale scopo era stata creata un'apposita società, la *Amalgamated*, con i medesimi amministratori della *Regal*, i quali avevano dunque contrattato l'acquisto dei due cinema con il relativo proprietario; quest'ultimo aveva però richiesto una garanzia personale degli amministratori o il pagamento immediato del prezzo, di fatto compromettendo le trattative, in quanto la *Regal* non disponeva del capitale necessario per finanziare l'acquisto compiuto dalla *Amalgamated*, né gli amministratori intendevano prestare una fideiussione in suo favore. Per sbloccare la situazione, gli amministratori decisero dunque di acquistare delle quote della *Amalgamated*, che conseguentemente arrivò a disporre del denaro necessario per concludere l'affare.

In seguito, tuttavia, a essere venduti non furono solo i tre cinema, ma entrambe le società, con notevole profitto anche per gli amministratori che avevano sottoscritto le relative quote. La Camera dei Lords statuì, dunque, che essi dovessero rendere conto del profitto ottenuto, in quanto spettante esclusivamente alla società *Regal*.

La sentenza, peraltro, dimostra di aver preso in considerazione sia la circostanza che gli amministratori avessero agito in buona fede, sia che la loro condotta non si era posta in concorrenza con quella della società, dal

³⁷⁷ *Regal (Hastings) Ltd v Gulliver* (1942) 1 All ER 378. Si vedano in proposito DIGNAM Alan & LOWRY John (2009), *Company Law*, 5th edition, Oxford, 326 e seguenti, SEALY Len and WORTHINGTON Sarah (2008), *Cases and Material in Company Law*, 8th edition, Oxford, 313 e seguenti

momento che quest'ultima non aveva i mezzi necessari per concludere l'operazione. Ciò nonostante, la regola di *Equity* stabilisce che a chi, per effetto del trovarsi a rivestire una posizione di fiducia, ottiene un profitto per sé, pur in assenza di frode e in totale buona fede, deve rendere conto di tale profitto e non può tenerlo per sé. Si tratta di una regola di *Equity*, non a caso definita inesorabile, e che va pertanto applicata senza tener conto delle possibili anomale conseguenze³⁷⁸.

8.3. La dottrina della corporate opportunity.

La disposizione di cui alla *section 175* chiarisce, altresì, un fondamentale punto della cosiddetta dottrina della *corporate opportunity*, di derivazione nordamericana e sviluppatasi solo di recente. Tale impostazione prende atto che, previa apposita *disclosure* e approvazione, gli amministratori possano avere un interesse in operazioni di cui è parte la società amministrata, per poi sanzionare, principalmente, le ipotesi in cui gli amministratori usurpino delle opportunità che sono invece proprie della società³⁷⁹.

Quanto alla regola che impone di evitare il *self-dealing*, ovvero che vieta ad un amministratore di avere un interesse in operazioni di cui la società sia parte, si tratta di un'esplicitazione di quanto già affermato nel summenzionato caso *Aberdeen Railway v Blaikie Bros*, il che pone un'ulteriore conferma dello stretto legame tra la disciplina del recente *Companies Act* con i precedenti giurisprudenziali che dal diciannovesimo

³⁷⁸ Si veda in proposito un altro caso, più recente, il citato *Murad v Al Saraj* (2005) EWCA Civ 959 (Court of Appeal), su cui si tornerà in seguito e il quale ha animato intense riflessioni sull'opportunità di mantenere una regola tanto severa. In proposito TICEHURST Rupert (2006), *Equity Under Attack?*, in *Trust e attività fiduciarie*, ottobre, 4, 520-523 e FYFE Tom (2006), *Equity's inflexible rule under scrutiny: Murad v Al Saraj*, in *Trust and Trustees*, February, 28-31.

³⁷⁹ Per approfondimento si segnalano ancora l'opera di DIGNAM Alan & LOWRY John (2009), *Company Law*, 5th edition, Oxford, 327 e seguenti, nonché SEALY Len and WORTHINGTON Sarah (2008), *Cases and Material in Company Law*, 8th edition, Oxford, 324 e seguenti, nonché LUPOI Maurizio, *Trusts* (2001), Milano, Giuffrè, 72, il quale precisa che «gli amministratori di società sono una categoria classica di persone astrette dal vincolo fiduciario, in particolare con riferimento agli affari che essi compiono per conto proprio e che, agli occhi dell'*Equity*, sono viziati dal fatto che l'opportunità che essi colgono "appartiene alla società" (visione più liberale) ovvero non dovrebbe da essi venire utilizzata perché solo in quanto amministratori ne hanno avuto conoscenza (visione più restrittiva).»

secolo regolano la materia.

8.4. *L'esistenza di un conflitto di interessi.*

Il quarto comma, lettera *a*) della *section* 175 pone un'ulteriore questione, che non può sfuggire ad un interprete attento, tanto più a mente di quanto illustrato a proposito delle problematiche applicative, sia passate che recenti, relative alla norma di cui all'articolo 2391 del codice civile.

In effetti, quella che di primo acchito dovrebbe sembrare come una locuzione meramente chiarificatrice degli obblighi di condotta degli amministratori, lascia in realtà dei dubbi irrisolti. Il testo della disposizione prevede infatti che il dovere di evitare situazioni di conflitto di interessi non si applichi qualora la situazione, in concreto, non possa ragionevolmente essere considerata tale da far apparire probabile un conflitto di interessi.

Orbene, da un lato una simile previsione appare in larga parte tautologica e superflua, al punto che vi è da domandarsi se non finisca con il confondere un concetto semplice e radicato quale la *no-conflict rule*.

D'altro lato, tuttavia, ha il pregio di offrire lo spunto per considerare due importanti criteri, utili a comprendere quando possa dirsi ravvisabile una situazione di potenziale conflitto di interessi. Tali criteri sono, infatti, la ragionevolezza e la probabilità del prodursi di un evento dannoso per la società. Si tratta, dunque, di indici significativi, in assenza dei quali, per espressa previsione normativa, ci si trova al di fuori della disciplina del conflitto di interessi.

Inoltre, quello che la norma cerca di chiarire è la distinzione tra il conflitto vero e proprio, inteso come momento di contrasto tra l'interesse della società e l'interesse dell'amministratore, dalla mera individuazione di un interesse, proprio dell'amministratore, idoneo a portare quest'ultimo ad agire in senso favorevole a se stesso, piuttosto che alla società amministrata.

8.5. *Conseguenze per le violazioni ed efficacia deterrente: Murad v Al Saraj.*

Alle violazioni degli obblighi imposti agli amministratori sono, come anticipato, applicabili i rimedi conosciuti dalla *common law*, nonché propri dell'*Equity*, e che la recente legislazione ha incorporato in sé.

In particolare, la *section 178* si esprime chiaramente nel senso che le conseguenze delle violazioni, o tentativi di violazione, delle precedenti *sections* sono le stesse che si applicherebbero se fosse violata la corrispondente norma di *common law* o principio di *Equity*, per poi precisare che gli obblighi previsti in tali *sections* sono *enforceable*, ovvero coercibili, nello stesso modo di ogni *fiduciary duty*, dovuto dagli amministratori nei confronti della società.

A questo punto, appare perciò necessario ribadire che, riguardo al *no-conflict duty*, la responsabilità degli amministratori sussiste anche qualora un amministratore abbia agito onestamente, in buona fede e pure se la società non potesse altrimenti ricevere alcun beneficio.

Questo concetto è già emerso in relazione al caso *Regal (Hastings) Ltd v Gulliver*, ma vale qui di considerare, seppur brevemente, anche quanto precisato dal giudice Arden nel 2005, nella sentenza *Murad v Al Saraj*³⁸⁰. Si pone infatti la questione del perché l'*Equity* imponga una responsabilità tanto stringente sui *fiduciaries* e una risposta è innegabilmente costituita dalla natura di deterrente che simili conseguenze vengono a costituire. Il diritto evolutosi in materia di *trust* riconosce, infatti, da sempre, ciò che per il diritto societario è costituito dal cosiddetto problema della rappresentanza. Vi è cioè una separazione tra la proprietà (*beneficial ownership*)³⁸¹ e il

³⁸⁰ Si vedano, per un commento alla sentenza ed alcuni estratti di essa DIGNAM Alan & LOWRY John (2009), *Company Law*, 5th edition, Oxford, 340 e seguenti; SEALY Len and WORTHINGTON Sarah (2008), *Cases and Material in Company Law*, 8th edition, Oxford, 339 e seguenti; TICEHURST Rupert (2006), *Equity Under Attack?*, in *Trust e attività fiduciarie*, ottobre, 4, 520-523 e FYFE Tom (2006), *Equity's inflexible rule under scrutiny: Murad v Al Saraj*, in *Trust and Trustees*, February, 28-31.

³⁸¹ Ciò il diritto che spetta al beneficiario del trust. Il concetto verrà comunque maggiormente chiarito allorché si considereranno i rimedi penali posti a tutela del patrimonio.

controllo e i soci, così come i beneficiari, non possono monitorare quotidianamente le azioni di coloro che gestiscono i loro affari o i loro beni. Ne consegue che «nell'interesse dell'efficienza e per fornire un incentivo ai fiduciari a resistere alla tentazione di comportarsi scorrettamente, la legge impone elevati *standard* ai fiduciari e una loro ampia responsabilità»³⁸².

Una breve considerazione merita, peraltro, di essere svolta. Nel caso da ultimo citato, il convenuto appellante³⁸³ aveva provato a contestare l'inflessibile regola di *Equity* che impone a ogni fiduciario di restituire ogni profitto non autorizzato ottenuto in ragione della posizione di fiducia da esso rivestita³⁸⁴.

La Corte d'Appello emise una sentenza che rigettava la domanda d'appello, peraltro con la *dissenting opinion* del giudice Clarke LJ. In seguito, gli stessi magistrati commentarono che forse era giunto il momento che una Corte superiore rivedesse la *Equity's inflexible rule* e mitigasse la sua durezza (*harshness*) per i casi in cui le circostanze lo rendano necessario.

³⁸² Così Arden LJ nella sentenza *Murad v Al Saraj*.

³⁸³ In breve, la vicenda vede coinvolti il signor Hashim Khalil Al Saraj e le signore Aysha e Layla Murad. Queste ultime si erano affidate ad Al Saraj per investire con lui in una *joint venture*, finalizzata all'acquisto del Parkside Hotel a Londra. Al Saraj, che operava nel settore immobiliare, spiegò alle Murad che il prezzo dell'hotel era di £4.1 milioni e propose di contribuire personalmente con £500.000, che avrebbe versato al venditore, mentre le Murad avrebbero a loro volta dovuto versare a quest'ultimo un milione di sterline, mentre il rimanente denaro sarebbe stato ottenuto tramite un mutuo bancario. Al-Saraj propose quindi che il denaro derivante da una futura vendita dell'hotel fossero da dividere i due, considerato il denaro da lui stesso investito, il fatto che era stato lui a procurare l'affare e altresì che avrebbe diretto lui l'hotel dopo l'acquisto. I ricavi della gestione sarebbero invece stati divisi equamente, un terzo ciascuno. Le Murad acconsentirono. In seguito, però scoprirono che il prezzo dell'hotel, così come appariva dal contratto di compravendita, non era di £4,1 milioni, bensì di £3,6 milioni; accusarono dunque Al Saraj di non aver contribuito affatto con le £500.000, come da accordi. Al Saraj dimostrò che il prezzo richiesto dal venditore, il signor Al-Arbash, era effettivamente di 4,1 milioni di sterline, ma che questi aveva acconsentito a farlo scendere a 3,6 milioni, a seguito delle trattative di Al Saraj e soprattutto in cambio della cancellazione di una serie di debiti che egli aveva nei confronti di quest'ultimo. Al Saraj aveva dunque inegabilmente contribuito all'acquisto. Tuttavia, il giudice di primo grado, Etherton J, ritenne che Al-Saraj avesse dei *fiduciary duties* nei confronti delle sorelle Murad. Non informandole sulle esatte condizioni dell'operazione, egli aveva violato tali doveri e pertanto il giudice stabilì che Al-Saraj dovesse rendere conto alle Murad di tutti i profitti che gli fossero derivati dall'operazione Parkside Hotel. Si consideri infatti che «There was well-established authority that the court ought not to investigate what "might have been" had the fiduciary not breached his duties; nor is it a defence for a fiduciary to say that he would have made a profit, even if he had acted properly. [...] Only by the fully informed consent of the principal (the Murads) can the fiduciary (Al-Saraj) retain his profits»: FYFE Tom (2006), *Equity's inflexible rule under scrutiny: Murad v Al Saraj*, in *Trust and Trustees*, February, 30.

³⁸⁴ «A rule famously (and harshly) applied in the cases of *Boardman v Phipps* [1967] 2 AC 46 and *Regal (Hastings) Ltd v Gulliver* [1967] 2 AC 134» è il commento di FYFE Tom (2006), *Equity's inflexible rule under scrutiny: Murad v Al Saraj*, in *Trust and Trustees*, February, 28.

Nel caso di specie veniva, infatti, in rilievo una mancata *disclosure* e, dunque, un profitto non autorizzato, ottenuto da un soggetto che si trovava in una relazione fiduciaria con le persone di cui amministrava i beni, ma emergeva altresì la buona fede di quest'ultimo e la probabilità che l'operazione contestata sarebbe stata comunque conclusa, con beneficio di tutti, anche se fossero state conosciute le effettive condizioni della trattativa e la reale misura del profitto ottenibile dal fiduciario.

Venne quindi formulata la richiesta di appello alla Camera dei Lords, ma l'istanza venne respinta³⁸⁵. In effetti, secondo il giudice Arden LJ il caso in esame non era appropriato per suscitare una revisione della regola, dal momento che Al Saraj aveva agito fraudolentemente.

9. Sanzioni penali contenute nel Companies Act 2006.

Ai fini della presente trattazione, la principale disposizione penale contenuta nel *Companies Act* 2006 è costituita dalla *section* 183, che prevede la sanzione della multa per l'amministratore che venga meno agli obblighi di cui alla precedente *section* 182, ovvero la comunicazione di un interesse dello stesso in una trattativa o un contratto in cui è parte la società.

Più precisamente, la *section* 182 stabilisce, analogamente all'abrogata disposizione di cui alla *section* 317 del *Companies Act* 1985, che qualora un amministratore di una società sia in qualsiasi modo, direttamente o indirettamente, interessato in una trattativa o un contratto nei quali sia entrata la società, egli deve dichiarare la natura e l'estensione dell'interesse agli altri amministratori.

Tale dichiarazione, peraltro, non deve necessariamente avvenire in una riunione del consiglio di amministrazione, potendo essere compiuta anche per iscritto. Se, tuttavia, la comunicazione risulta incompleta, deve esserne

³⁸⁵ In ragione della mancata *disclosure*, che è parificata alla frode. Si veda meglio *infra*, in tema di *fraud*.

compiuta una ulteriore. Peraltro, quanto ai tempi della comunicazione, il quarto comma precisa che essa deve essere effettuata quanto prima, secondo quanto è ragionevolmente possibile. Se, però, la comunicazione non avviene tempestivamente, ciò non fa venire meno l'obbligo stesso di comunicare l'interesse.

10. Offences against property.

Venendo ora alle fattispecie contemplate dal diritto penale comune, va segnalato che la maggior parte delle offese contro il patrimonio conosciute dal diritto penale inglese riguardano una disonesta³⁸⁶ interferenza con la proprietà altrui e sono disciplinate da quel che rimane in vigore dei *Theft Acts* 1968 e 1978, nonché dal recente *Fraud Act* 2006, che ha non poco rivoluzionato la materia.

È quindi proprio da *Theft e Fraud* che deve prendere le mosse la parte più propriamente penalistica della presente analisi dell'ordinamento inglese, diretta ad individuare le fattispecie criminose ascrivibili agli amministratori di società che tengano comportamenti gestori infedeli, nell'accezione *supra* considerata.

Si impone, d'altro canto, una premessa metodologica. In effetti, seppure l'esistenza di definizioni statutarie, per i delitti che andremo a considerare, possa indurre a ritenere che l'analisi delle fattispecie astratte di reato possa svolgersi senza un massiccio riferimento a casi giurisprudenziali, una simile illazione è sicuramente erronea. Non può, cioè, mancarsi di rilevare come nessuna trattazione dei reati qui di seguito esaminati possa essere condotta prescindendo dai fondamentali precedenti che informano la materia e che costituiscono gli snodi principali dell'evoluzione delle fattispecie stesse,

³⁸⁶ Il termine *dishonest*, nonché i relativi concetti *dishonesty* e *dishonestly*, non corrispondono al significato che l'ordinamento italiano attribuisce all'illiceità. Un maggiore approfondimento si renderà comunque necessario *infra*, nel prosieguo dell'analisi delle figure delittuose, in particolare il furto, cui pertanto si rinvia.

avvenuta, naturalmente, in ambito giurisprudenziale.

II. Theft.

Il furto, *theft*, costituisce la fattispecie più significativa tra quelle introdotte dal *Theft Act* 1968 e dal successivo *Theft Act* 1978. Altre fattispecie, originariamente contenute in questi testi di legge, sono state successivamente abrogate con l'introduzione del *Fraud Act* 2006, che, come si vedrà *infra*, ha disciplinato in maniera organica i reati contro il patrimonio commessi con *deception*, ovvero attraverso l'induzione in errore, da intendere in senso particolarmente lato³⁸⁷.

Il *Theft Act* 1968 scaturisce a sua volta da una profonda revisione della *old law*, basata sull'evoluzione della casistica di *common law*, che si caratterizzava per la propria labirintica complessità³⁸⁸.

Il *Theft Act* 1978 inizia fornendo una definizione solo apparentemente chiara e semplice di cosa sia il furto, mentre gli elementi costitutivi del reato vengono elaborati nelle successive sezioni da 2 a 6.

Il testo di legge stabilisce infatti, alla sezione 1, che è colpevole di furto chi disonestamente si appropria di proprietà appartenente ad un terzo con l'intenzione di privarlo permanentemente di essa.

Precipuamente, si può notare come lo scopo della House of Lords sia stato essenzialmente quello di escludere ogni elemento di complessità, ciò che, tuttavia, non solo non manca di causare frizioni tra concetti di *criminal law* e *civil law* nell'individuazione dell'*actus reus* del furto, ma per giunta finisce con il dare un peso troppo elevato all'elemento soggettivo della disonestà, che, per la sua vaghezza, si rivela inadatto a sorreggere le problematiche applicative della fattispecie³⁸⁹.

³⁸⁷ Si vedrà infatti la rilevanza attribuita al mero silenzio, alla mancata *disclosure* e all'abuso di posizione ai fini dell'integrazione di fattispecie di *fraud*.

³⁸⁸ Tale non esita a definirla Russel HEATON, nella sua opera *Criminal Law*, Oxford, 2006, 275.

³⁸⁹ Dopotutto, come osserva ancora Russel HEATON, *ibidem*, la ragion d'essere della fattispecie *theft*

11.1. Appropriation.

Il concetto di appropriazione veicola l'idea del considerare come propria qualcosa in realtà appartenente ad un altro, con esclusione del proprietario. Ciò avviene quando l'agente, che d'ora in avanti chiameremo D³⁹⁰, afferma un proprio diritto sulla proprietà, che sia incompatibile con quello del proprietario.

In realtà, il significato tecnico, nell'ordinamento giuridico inglese, è indubbiamente più ampio, per il modo in cui le Corti inglesi hanno interpretato la sezione 3(1), la quale statuisce che ogni assunzione dei diritti che spettano al proprietario costituisce un'appropriazione.

L'esempio più comune di appropriazione, allora, è costituito dalla sottrazione non autorizzata di un bene, ma ipotesi di appropriazione si possono avere anche quando non ci sia alcun contatto fisico con i beni oppure quando la sottrazione avvenga con il consenso del proprietario.

Al fine di chiarire tale asserto è necessaria l'esposizione di due fondamentali casi giurisprudenziali: Morris³⁹¹, circa lo scambio di etichette su prodotti esposti negli scaffali di un supermercato, e Gomez³⁹², riguardante l'acquisto attraverso l'uso di assegni rubati.

Nel primo caso, a difesa dell'imputato veniva infatti evidenziato come ogni cliente, di un qualsiasi supermercato, ponga nel carrello o nel cestino le merci che intende acquistare e dunque tale comportamento non è affatto incompatibile con il diritto di proprietà del venditore, che, anzi, ha appositamente messo le merci sugli scaffali. La condotta del normale acquirente e quella del ladro sarebbero, cioè, identiche.

consiste proprio nella protezione di diritti fondati sulla *civil law*.

³⁹⁰ Come è prassi nei testi inglesi; D costituisce infatti l'abbreviazione di Defendant, cioè l'incolpato, l'imputato in relazione a un certo reato. Allo stesso modo V indica la Victim, la persona offesa.

³⁹¹ Morris [1983] 3 All ER 288

³⁹² Gomez [1993] 1 All ER 1, HL; si veda l'analisi del caso in SMITH John Cyril & HOGAN Brian (1993), *Criminal Law: cases and materials*, London Butterworths, 503 e seguenti.

Per dirimere la questione, la House of Lords ha evidenziato che la disposizione incriminatrice, laddove precisa che l'appropriazione consiste in “any assumption of the right of an owner”, va intesa nel senso che si tratti di “the assumption of any of the rights of the owner”³⁹³, ciò che permette l'incriminazione per furto, pur in assenza di una condotta appropriativa, che si caratterizzi di per sé come contrastante con il diritto di proprietà, che spettava al venditore dei beni.

Questo, naturalmente, pone la questione di quali siano i diritti del proprietario. La soluzione più semplice è che, in questo contesto, tutto ciò che può essere fatto con una cosa di cui si è proprietari costituisce un diritto del proprietario. Facendo un parallelo con il diritto civile italiano può evidenziarsi che questo poter fare corrisponde tanto a delle facoltà, che a dei veri e propri diritti, in quanto proprietà significa poter sia godere che disporre di un bene.

Orbene, l'assunzione anche di uno solo di questa miriade di diritti e facoltà costituisce, per la House of Lords, assunzione dei diritti del proprietario, ovvero corrisponde alla definizione legislativa di appropriazione³⁹⁴.

Ne deriva che se una persona, all'interno di un supermercato, scambia le etichette di due prodotti aventi prezzi diversi, anche se non compie alcuna

³⁹³ *R v MORRIS [1983] 3 WLR 697 (HL) LORD ROSKILL: Mr Denison submitted that the phrase in section 3(1) ‘any assumption by a person of the rights’ (my emphasis) ‘of an owner amounts to an appropriation’ must mean any assumption of ‘all the rights of an owner.’ Since neither respondent had at the time of the removal of the goods from the shelves and of the label switching assumed all the rights of the owner, there was no appropriation and therefore no theft. Mr. Jeffreys for the prosecution, on the other hand, contended that the rights in this context only meant any of the rights. An owner of goods has many rights — they have been described as ‘a bundle or package of rights.’ Mr. Jeffreys contended that on a fair reading of the subsection it cannot have been the intention that every one of an owner’s rights had to be assumed by the alleged thief before an appropriation was proved and that essential ingredient of the offence of theft established. My Lords, if one reads the words ‘the rights’ at the opening of section 3(1) literally and in isolation from the rest of the section, Mr. Denison’s submission undoubtedly has force. But the later words ‘any later assumption of a right’ in subsection (1) and the words in subsection (2) ‘no later assumption by him of rights’ seem to me to militate strongly against the correctness of the submission. Moreover the provisions of section 2(1)(a) also seem to point in the same direction. It follows therefore that it is enough for the prosecution if they have proved in these cases the assumption by the respondents of any of the rights of the owner of the goods in question, that is to say, the supermarket concerned. . . .*

³⁹⁴ Nonostante, secondo un'interpretazione più stringente e più rispettosa della lettera della norma, appropriazione possa essere considerata solo l'assunzione dei diritti del proprietario nel loro insieme, da intendersi come un complesso, piuttosto che come un singolo diritto o facoltà.

altra azione con o su tali prodotti, comunque può dirsi che se ne appropria, dal momento che soltanto il proprietario ha facoltà (*right*) di prezzare i propri prodotti.

È, però, la successiva sentenza Gomez a costituire il *leading case* sul concetto di appropriazione. In tale pronuncia, d'altro canto, viene, in parte, disatteso³⁹⁵ quanto affermato in Morris, sulla scorta di una duplice

³⁹⁵ R v GOMEZ [1992] 3 WLR 1067 (HL) LORD KEITH OF KINKEL: . . . The facts of this case are that the defendant, Edwin Gomez, was employed as an assistant manager at a shop trading by retail in electrical goods. In September 1987 he was asked by an acquaintance called Jit Ballay to supply goods from the shop and to accept payment by two stolen building society cheques, one for £7,950 and the other for £9,250, which were undated and bore no payee's name. The defendant agreed, and prepared a list of goods to the value of £7,950 which he submitted to the manager, Mr. Gilberd, saying that it represented a genuine order by one Johal and asking him to authorise the supply of the goods in return for a building society cheque in that sum. Mr. Gilberd instructed the defendant to confirm with the bank that the cheque was acceptable, and the defendant later told him that he had done so and that such a cheque was 'as good as cash'. Mr. Gilberd agreed to the transaction, the defendant paid the cheque into the bank, and a few days later Ballay took possession of the goods, the defendant helping him to load them into his vehicle. Shortly afterwards a further consignment of goods to the value of £9,250 was ordered supplied in similar fashion (apart from one item valued at £1,002.99 which was not delivered), against the second stolen building society cheque. Mr. Gilberd agreed to this transaction without further inquiry. Later the two cheques were returned by the bank marked 'Orders not to pay. Stolen cheque.' . . . After evidence had been led for the prosecution counsel for the defendant submitted that there was no case to answer on the theft charges because the manager of the shop had authorised the transactions, so that there had been no appropriation within the meaning of s. 1(1) of the Act. . . . It will be seen that Viscount Dilhorne's speech [in Lawrence v MPC below] contains two clear pronouncements, first that it is no longer an ingredient of the offence of theft that the taking should be without the owner's consent and, second, that an appropriation may occur even though the owner has permitted or consented to the property being taken. . . . Lord Roskill in R v Morris [1983] 3 All ER 288 observed: ". . . In the context of s. 3(1), the concept of appropriation in my view involves not an act expressly or impliedly authorised by the owner but an act by way of adverse interference with or usurpation of those rights. When the honest shopper acts as I have just described, he or she is acting with the implied authority of the owner of the supermarket to take the goods from the shelf, put them in the trolley, take them to the check-point and there pay the correct price, at which moment the property in the goods will pass to the shopper for the first time. It is with the consent of the owners of the supermarket, be that consent express or implied, that the shopper does these acts and thus obtains at least control if not actual possession of the goods preparatory, at a later stage, to obtaining the property in them on payment of the proper amount at the checkpoint. I do not think that s. 3(1) envisages any such act as an 'appropriation', whatever may be the meaning of that word in other fields such as contract or sale of goods law. If, as I understand all your Lordships to agree, the concept of appropriation in s. 3(1) involves an element of adverse interference with or usurpation of some right of the owner, it is necessary next to consider whether that requirement is satisfied in either of these cases." . . . In my opinion Lord Roskill was undoubtedly right when he said in the course of the passage quoted that the assumption by the defendant of any of the rights of an owner could amount to an appropriation within the meaning of s. 3(1), and that the removal of an article from the shelf and the changing of the price label on it constituted the assumption of one of the rights of the owner and hence an appropriation within the meaning of the subsection. But there are observations in the passage which, with the greatest possible respect to Lord Roskill, I must regard as unnecessary for the decision of the case and as being incorrect. In the first place, it seems to me that the switching of price labels on the article is in itself an assumption of one of the rights of the owner, whether or not it is accompanied, by some other act such as removing the article from the shelf and placing it in a basket or trolley. . . . While it is correct to say that appropriation for purposes of s. 3(1) includes the latter sort of act, it does not necessarily follow that no other act can amount to an appropriation and in particular that no act expressly or impliedly authorised by the owner can in any circumstances do so. Indeed, Lawrence's case is a clear decision to the contrary since it laid down unequivocally that an act may be an appropriation notwithstanding that it is done with the consent of the owner. It does not appear to me

osservazione della *House of Lords*: quanto osservato sul concetto di appropriazione, nel caso dello scambio di etichette, non solo costituiva un *obiter dictum*, ma risultava per giunta incompatibile con il precedente costituito dal caso Lawrence³⁹⁶.

Nel caso Gomez l'orientamento inaugurato con la sentenza Morris viene, tuttavia, sviluppato e condotto verso considerazioni ancora più estreme, circa la natura neutra dell'appropriazione. Viene infatti statuito che non è necessaria alcuna “*adverse interference*” rispetto ai diritti del proprietario, né alcuna usurpazione.

Ne consegue che un qualsiasi cliente assume i diritti del proprietario, e

that any sensible distinction can be made in this context between consent and authorisation. . . . The actual decision in *R v Morris* was correct, but it was erroneous, in addition to being unnecessary for the decision, to indicate that an act expressly or impliedly authorised by the owner could never amount to an appropriation. . . . Lawrence's case makes it clear that consent to or authorisation by the owner of the taking by the rogue is irrelevant. The taking amounted to an appropriation within the meaning of s. 1(1) of the 1968 Act. Lawrence's case also makes it clear that it is no less irrelevant that what happened may also have constituted the offence of obtaining property by deception under s. 15(1) of the 1968 Act. . . . The decision in Lawrence's case was a clear decision of this House upon the construction of the word 'appropriates' in s. 1(1) of the 1968 Act, which had stood for 12 years when doubt was thrown upon it by *obiter dicta* in *R v Morris*. Lawrence's case must be regarded as authoritative and correct, and there is no question of it now being right to depart from it. . . . LORD LOWRY (dissenting): . . . The certified question in this appeal is: When theft is alleged and that which is alleged to be stolen passes to the defendant with the consent of the owner, but that consent has been obtained by a false representation, has, (a) an appropriation within the meaning of s. 1(1) of the Theft Act 1968 taken place, or, (b) must such a passing of property necessarily involve an element of adverse interference with or usurpation of some right of the owner? I can say now that I would answer (a) 'No', and (b) 'No, because such a passing of property does not involve an appropriation.' . . . The ordinary and natural meaning of 'appropriate' is to take for oneself, or to treat as one's own, property which belongs to someone else. The primary dictionary meaning is 'take possession of, take to oneself, especially without authority', and that is in my opinion the meaning which the word bears in s. 1(1). The act of appropriating property is a one-sided act, done without the consent or authority of the owner. And, if the owner consents to transfer property to the offender or to a third party, the offender does not appropriate the property, even if the owner's consent has been obtained by fraud. . . . What is important is the unequivocal, but in my respectful opinion wrong, statement of the law made by Viscount Dilhorne (to which I referred at the outset of my speech) that Parliament by omitting the words 'without the consent of the owner' from s. 1(1) of the Theft Act 1968 'has relieved the prosecution of the burden of establishing that the taking was without the owner's consent' (see *Lawrence v MPC* [1971] 2 All ER 1253 at 1255). He added: 'That is no longer an ingredient of the offence' (scilicet 'of theft'). The reasoning which follows is based on the opinion, already inseparable from what has been said, that appropriation is a neutral expression and does not convey the sense of taking property for oneself without the owner's authority. . . . My Lords, I have found nothing in *Lawrence* which affects my view of the present appeal. The crucial statement (apart from what was said about the omission of the words 'without the consent of the owner') was: '[Appropriation] may occur even though the owner has permitted or consented to the property being taken' (see [1971] 2 All ER 1253 at 1255). If 'taken' there signifies a permitted change of ownership, I respectfully cannot agree.

³⁹⁶ *Lawrence v MPC* [1971] 2 All ER 1253, HL, v. *infra*, sulla rilevanza del consenso del proprietario all'appropriazione da parte del terzo, nonché *supra*, nella precedente nota, ove sono riportate le motivazioni della sentenza *Gomez*.

dunque si appropria di un bene esposto sugli scaffali, nel momento stesso in cui afferra detto bene. Questo vale sia nel caso del cliente onesto, il quale metterà l'oggetto nel carrello per poi andare alla cassa, che in quello del ladro, che non intende pagare per quel bene. La sentenza evidenzia cioè come la condotta appropriativa non sia affatto carica di alcun disvalore intrinseco³⁹⁷.

In effetti, se prima dell'introduzione del *Theft Act* 1968 la previgente incriminazione, denominata *larceny*, richiedeva che l'apprensione (*taking*) avvenisse senza il consenso del proprietario, tale elemento è stato espunto dalla fattispecie novellata.

I dubbi circa l'implicita permanenza di tale requisito sono stati spazzati via

³⁹⁷ (segue) ... The judgment in the Court of Appeal in this case, which was delivered by Lord Lane CJ, puts the matter clearly ([1991] 3 All ER 394 at 398): What in fact happened was that the owner was induced by deceit to agree to the goods being transferred to Ballay. If that is the case, and if in these circumstances the appellant is guilty of theft, it must follow that anyone who obtains goods in return for a cheque which he knows will be dishonoured on presentation, or indeed by way of any other similar pretence, would be guilty of theft. That does not seem to be the law. *R v Morris* decides that when a person by dishonest deception induces the owner to transfer his entire proprietary interests that is not theft. There is no appropriation at the moment when he takes possession of the goods because he was entitled to do so under the terms of the contract of sale, a contract which is, it is true, voidable, but has not been avoided at the time the goods are handed over. Exception has been taken by some commentators to the words '*R v Morris* decides', but the proposition which is stated in the judgment of the court follows inevitably from Lord Roskill's statement as to the meaning of appropriation. ... We therefore conclude that there was a de facto, albeit voidable, contract between the owners and Ballay, that it was by virtue of that contract that Ballay took possession of the goods, that accordingly the transfer of the goods to him was with the consent and express authority of the owner and that accordingly there was no lack of authorisation and no appropriation. In the absence of any charge under s. 15 of the 1968 Act, this appeal must therefore be allowed and the conviction quashed. I respectfully agree. My Lords, to sum up, every indication seems to me to point away from adopting a neutral meaning of the word 'appropriation'. . . . My Lords, I think I have in passing taken account of most of the points made in the pro-Lawrence academic contributions to the debate. I feel no qualms about taking sides against these contributions, nearly all of which seem to me to disregard the Criminal Law Revision Committee Report and to neglect to analyse the meaning in its context of the word 'appropriate.' Moreover, they choose to disregard the ordinary law governing the transfer of title, calling it the civil law, as if to contrast it with the criminal law and thus render it surplus to requirements. . . . In my opinion, any attempt to reconcile the statements of principle in Lawrence and Morris is a complete waste of time. And certainly reconciliation cannot be achieved by the unattractive solution of varying the meaning of 'appropriation' in different provisions of the Act of 1968. It is clear that, whether they succeeded or not, both the Criminal Law Revision Committee and the draftsman must have intended to give the word one meaning, which would be the same in the Act as in the committee's report. To simplify the law, where possible, is a worthy objective but, my Lords, I maintain that the law, as envisaged in the report, is simple enough: there is no problem (and there would have been none in Lawrence, Morris and the present case) if one prosecutes under s. 15 all offences involving obtaining by deception and prosecutes theft in general under s. 1. In that way some thefts will come under s. 15, but no 'false pretences' will come under s. 1.

dalla summenzionata sentenza Lawrence³⁹⁸, la quale conferma che la mancanza di consenso non può essere richiesta per l'integrazione della fattispecie.

Ad ogni modo, tuttavia, l'appropriazione costituisce un elemento del furto e può, pertanto, argomentarsi che il consenso del proprietario all'apprensione possa impedire che essa qualifichi un'appropriazione³⁹⁹. Questo è esattamente l'interpretazione sostenuta nei passaggi della sentenza Morris, laddove si argomentava che fosse necessaria una “*adverse interference*” o un'usurpazione dei diritti del proprietario. In realtà, con la sentenza Lawrence la *House of Lords* ha statuito con chiarezza che il consenso è irrilevante quanto alla questione della sussistenza di un'appropriazione e che può aversi appropriazione anche qualora vi sia il consenso del proprietario.

Dunque, vi è da rilevare che il contrasto tra Morris e Lawrence è stato

³⁹⁸ In sintesi, il caso *Lawrence* vede protagonisti uno studente italiano e un tassista londinese. Quest'ultimo, approfittando del fatto che lo studente era appena arrivato a Londra e che parlava pochissimo Inglese, prese le banconote necessarie a pagare la corsa direttamente dal portafoglio dello studente, con il consenso di questi, prendendo tuttavia ben di più del denaro necessario a pagare quanto dovutogli. *LAWRENCE v MPC* [1971] 2 All ER 1253 (HL) “*VISCOUNT DILHORNE*: . . . the appellant was convicted on 2nd December 1969 of theft contrary to s. 1(1) of the Theft Act 1968. The conviction was upheld by the Court of Appeal, Criminal Division, which in granting leave to appeal to your Lordships' House certified the following questions as involving a point of law of general public importance: (1) Whether section 1(1) of the Theft Act 1968, is to be construed as though it contained the words ‘without the consent of the owner’ or words to that effect. (2) Whether the provisions of section 15(1) and of section 1(1) of the Theft Act 1968, are mutually exclusive in the sense that if the facts proved would justify a conviction under section 15(1) there cannot lawfully be a conviction under section 1(1) on those facts. . . . Mr. Occhi, when asked whether he had consented to the money being taken, said that he had ‘permitted’ . . . It may well be that when he used the word ‘permitted,’ he meant no more than that he had allowed the money to be taken. . . . In my opinion, the facts of this case to which I have referred fall far short of establishing that Mr. Occhi had so consented. Prior to the passage of the Theft Act 1968, which made radical changes in and greatly simplified the law relating to theft and some other offences, it was necessary to prove that the property alleged to have been stolen was taken ‘without the consent of the owner’ (Larceny Act 1916, s. 1(1)). These words are not included in s. 1(1) of the Theft Act 1968, but the appellant contended that the subsection should be construed as if they were, as if they appeared after the word ‘appropriates.’ . . . I see no ground for concluding that the omission of the words ‘without the consent of the owner’ was inadvertent and not deliberate, and to read the subsection as if they were included is, in my opinion, wholly unwarranted. . . . That there was an appropriation in this case is clear. Section 3(1) states that any assumption by a person of the rights of an owner amounts to an appropriation. Here there was clearly such an assumption. . . . Belief or the absence of belief that the owner had with such knowledge consented to the appropriation is relevant to the issue of dishonesty, not to the question whether or not there has been an appropriation. That may occur even though the owner has permitted or consented to the property being taken. So proof that Mr. Occhi had consented to the appropriation of £6 from his wallet without agreeing to paying a sum in excess of the legal fare does not suffice to show that there was not dishonesty in this case. There was ample evidence that there was. Appeal dismissed.

³⁹⁹ Si veda in proposito HEATON, Russel *Criminal Law*, Oxford, 2006, 279.

risolto dalla *House of Lords* a favore di quest'ultima, nel senso che se D assume uno dei diritti del proprietario, con o senza il consenso di quest'ultimo, realizza un'appropriazione. In effetti, nonostante la sentenza Gomez riguardi un'ipotesi in cui il consenso all'apprensione dei beni è stato ottenuto con l'inganno⁴⁰⁰, il principio da essa scaturito deve ritenersi avere portata generale.

Ciò implica, altresì, che, attribuendo un significato tanto ampio all'elemento dell'appropriazione, è la disonestà della condotta a caratterizzare l'offesa al patrimonio. Ciò pure significa, come è stato osservato⁴⁰¹, che è venuto meno un livello minimo di oggettività della fattispecie, sicché è rimesso a magistrati e giurie stabilire, caso per caso, quando un dato comportamento sia disonesto, senza che sia richiesta una condotta che possa essere percepita come carica di disvalore.

Non bisogna trascurare, infatti, che in Gomez l'ottenimento della proprietà si era verificato attraverso un inganno e si trattava, dunque, di un'ipotesi ove il disvalore può essere percepito⁴⁰². Possono ravvisarsi, tuttavia, anche situazioni in cui l'appropriazione sia collegata a una falsa rappresentazione, senza che il proprietario sia stato indotto in inganno.

⁴⁰⁰ Nel caso di specie, Gomez, impiegato in un negozio di elettrodomestici ed elettronica, si rese complice di un suo conoscente, il quale gli propose di pagare con due assegni rubati della merce del negozio. Gomez persuase il proprio datore di lavoro ad accettare tali assegni, assicurando di aver provveduto a effettuare un controllo in banca. I beni furono quindi acquistati e caricati da Gomez e dal suo amico un furgone. In seguito il proprietario del negozio scoprì che gli assegni non potevano essere pagati perché risultavano, da tempo, rubati.

⁴⁰¹ Si veda in proposito HEATON, Russel (2006) *Criminal Law*, Oxford, 281, nonché ASHWORTH Andrew (2006), *Principles of Criminal Law*, 5th Edition, Oxford University Press, 366. Quest'ultimo Autore si spinge a definire clamorosa l'ampiezza che caratterizza ora il furto, al punto che ogni atto compiuto in relazione a un bene altrui può costituire un'appropriazione e ogni valutazione sulla sussistenza di un furto ricade sull'elemento soggettivo. Questo, nella riflessione dell'Autore (v. pag.382 e seguenti), costituisce un grave motivo di critica della fattispecie di furto, così come si è evoluta giurisprudenzialmente. Soprattutto può ritenersi che l'utilizzo cosiddetto *Ghosh test* (che prende il nome dal caso *Ghosh* [1982] QB 1053) per la valutazione dell'elemento soggettivo, ovvero la disonestà della condotta, che si fonda sugli standard correnti delle persone perbene (*sic*) costituisca una deroga alla *rule of law*. Vi è, in effetti, da domandarsi se possa dirsi rispettosa della Convenzione Europea dei Diritti Umani una disposizione incriminatrice che piuttosto che descrivere la condotta e i suoi effetti appare concentrata essenzialmente sulla valutazione morale dell'atteggiamento del soggetto.

⁴⁰² Anzi, come si vedrà meglio in seguito, una simile situazione di fatto sarebbe oggi suscettibile alla nuova fattispecie criminosa di "*fraud by false representation*", introdotta con il *Fraud Act* 2006, ma "*obtaining property by deception*" rappresentava comunque un'ipotesi punibile, che non necessitava di essere qualificata come furto.

Pensiamo a chi accetti di vendere a un rigattiere⁴⁰³ un oggetto prezioso, di cui però ignori il reale valore ed anzi sia contento di disfarsene. In assenza di qualsivoglia dolo da parte del compratore, il contratto di compravendita sarebbe perfettamente valido secondo le regole civilistiche e dunque D ne diventerebbe incontrovertibilmente⁴⁰⁴ proprietario per il diritto civile. Potrebbe dunque apparire un contrasto interno dell'ordinamento che possa essere accusato di furto. Eppure il comportamento del rigattiere appare, *prima facie*, disonesto⁴⁰⁵.

Tale questione è stata sottoposta nel 2000, con il caso Hinks⁴⁰⁶, alla *House*

⁴⁰³ L'esempio è tratto da HEATON, Russel *Criminal Law*, Oxford, 2006, 282.

⁴⁰⁴ Si parla in proposito di *indefeasible gift*.

⁴⁰⁵ Una simile vicenda è stata affrontata nel caso *Silverman* [1986] 86 Cr App R 213, CA, che vede coinvolte due anziane sorelle, alle quali l'idraulico aveva presentato un preventivo esorbitante per una semplice riparazione, da queste fiduciosamente accettata e successivamente pagata; la questione è stata risolta in senso favorevole alle vittime, anche se non si può trascurare il notevole peso assunto dalla fragilità e veneranda età di queste ultime agli occhi della Corte. La fattispecie, peraltro, rientrerebbe ora sotto le previsioni del *Fraud Act* 2006, in particolare quale *fraud by false representation*. Tale delitto verrà esaminato *infra* assieme alla *fraud by failing to disclose information*.

⁴⁰⁶ R v HINKS [2000] 4 All ER 833 (HL) LORD STEYN. . . In R v Gomez [1993] 1 All ER 1, [1993] AC 442 at 448 the House was expressly invited to hold that 'there is no appropriation where the entire proprietary interest passes'. That submission was rejected. The leading judgment in R v Gomez was therefore in terms which unambiguously rule out the submission that s 3(1) does not apply to a case of a gift duly carried out because in such a case the entire proprietary interest will have passed. . . it is immaterial whether the act was done with the owner's consent or authority. It is true of course that the certified question in R v Gomez referred to the situation where consent had been obtained by fraud. But the majority judgments do not differentiate between cases of consent induced by fraud and consent given in any other circumstances. The ratio involves a proposition of general application. R v Gomez therefore gives effect to s 3(1) of the 1968 Act by treating 'appropriation' as a neutral word comprehending 'any assumption by a person of the rights of an owner'. If the law is as held in R v Gomez, it destroys the argument advanced on the present appeal, namely that an indefeasible gift of property cannot amount to an appropriation. . . Counsel for the appellant submitted in the first place that the law as expounded in R v Gomez and Lawrence's case must be qualified to say that there can be no appropriation unless the other party (the owner) retains some proprietary interest, or the right to resume or recover some proprietary interest, in the property. Alternatively, counsel argued that 'appropriates' should be interpreted as if the word 'unlawfully' preceded it. Counsel said that the effect of the decisions in Lawrence's case and R v Gomez is to reduce the *actus reus* of theft to 'vanishing point' (see Smith and Hogan *Criminal Law* (9th edn, 1999) p 505). He argued that the result is to bring the criminal law 'into conflict' with the civil law. Moreover, he argued that the decisions in Lawrence's case and R v Gomez may produce absurd and grotesque results. He argued that the mental requirements of dishonesty and intention of permanently depriving the owner of property are insufficient to filter out some cases of conduct which should not sensibly be regarded as theft. He did not suggest that the appellant's dishonest and repellent conduct came within such a category. Instead he deployed four examples for this purpose, namely the following. (1) S makes a handsome gift to D because he believes that D has obtained a First. D has not and knows that S is acting under that misapprehension. He makes the gift. There is here a motivational mistake which, it is submitted, does not avoid the transaction. (2) P sees D's painting and, thinking he is getting a bargain, offers D £100,000 for it.

D realises that P thinks the painting is a Constable, but knows that it was painted by his sister and is worth no more than £100. He accepts P's offer. D has made an enforceable contract and is entitled to recover and retain the purchase price ... (3) A buys a roadside garage business from B, abutting on a public thoroughfare; unknown to A but known to B, it has already been decided to construct a bypass road which will divert substantially the whole of the traffic from passing A's garage. There is an enforceable contract and A is entitled to recover and retain the purchase price. The same would be true if B knew that A was unaware of the intended plan to construct a bypass road. ... (4) An employee agrees to retire before the end of his contract of employment, receiving a sum of money by way of compensation from his employer. Unknown to the employer, the employee has committed serious breaches of contract which would have enabled the employer to dismiss him without compensation. Assuming that the employee's failure to reveal his defaults does not affect the validity of the contract, so that the employee is entitled to sue for the promised compensation, is the employee liable to be arrested for the theft the moment he receives the money?... My Lords, at first glance these are rather telling examples. They may conceivably have justified a more restricted meaning of s 3(1) than prevailed in Lawrence's case and R v Gomez. The House ruled otherwise and I am quite unpersuaded that the House overlooked the consequences of its decision. On the facts set out in the examples a jury could possibly find that the acceptance of the transfer took place in the belief that the transferee had the right in law to deprive the other of it within the meaning of s 2(1)(a) of the 1968 Act. Moreover, in such cases a prosecution is hardly likely and, if mounted, is likely to founder on the basis that the jury will not be persuaded that there was dishonesty in the required sense. And one must retain a sense of perspective. At the extremity of the application of legal rules there are sometimes results which may seem strange. A matter of judgment is then involved. ... If the law is restated by adopting a narrower definition of appropriation, the outcome is likely to place beyond the reach of the criminal law dishonest persons who should be found guilty of theft. The suggested revisions would unwarrantably restrict the scope of the law of theft and, complicate the fair and effective prosecution of theft. In my view the law as settled in Lawrence's case and R v Gomez does not demand the suggested revision. Those decisions can be applied by judges and juries in a way which, absent human error, does not result in injustice. Counsel for the appellant further pointed out that the law as stated in Lawrence's case and R v Gomez creates a tension between the civil and the criminal law. In other words, conduct which is not wrongful in a civil law sense may constitute the crime of theft. Undoubtedly, this is so. The question whether the civil claim to title by a convicted thief, who committed no civil wrong, may be defeated by the principle that nobody may benefit from his own civil or criminal wrong does not arise for decision. Nevertheless there is a more general point, namely that the interaction between criminal law and civil law can cause problems: compare Beatson and Simester 'Stealing One's Own Property' (1999) 115 LQR 372. The purposes of the civil law and the criminal law are somewhat different. In theory the two systems should be in perfect harmony. In a practical world there will sometimes be some disharmony between the two systems. In any event, it would be wrong to assume on a priori grounds that the criminal law rather than the civil law is defective. Given the jury's conclusions, one is entitled to observe that the appellant's conduct should constitute theft, the only available charge. The tension between the civil and the criminal law is therefore not in my view a factor which justifies a departure from the law as stated in Lawrence's case and R v Gomez. Moreover, these decisions of the House have a marked beneficial consequence. While in some contexts of the law of theft a judge cannot avoid explaining civil law concepts to a jury (eg in respect of s 2(1)(a)), the decisions of the House of Lords eliminate the need for such explanations in respect of appropriation. That is a great advantage in an overly complex corner of the law. ...In these circumstances I would not be willing to depart from the clear decisions of the House in Lawrence's case and R v Gomez. This brings me back to counsels' principal submission, namely that a person does not appropriate property unless the other (the owner) retains, beyond the instant of the alleged theft, some proprietary interest or the right to resume or recover some proprietary interest. This submission is directly contrary to the holdings in Lawrence's case and R v Gomez. It must be rejected. The alternative submission is that the word 'appropriates' should be interpreted as if the word 'unlawfully' preceded it so that that only an act which is unlawful under the general law can be an appropriation. This submission is an invitation to interpolate a word in the carefully crafted language of the 1968 Act. It runs counter to the decisions in

of Lords, che ha risolto i contrasti sino ad allora esistenti, seppur con una *dissenting opinion* su cinque votanti.

Nel caso di specie la vittima era un uomo di mezza età, dallo scarso quoziente intellettuale, il quale aveva ricevuto in eredità dal padre la somma di £ 60.000 e nel giro di pochi mesi l'aveva interamente trasferita a D, che sosteneva di prendersi cura di lui.

La difesa di D argomentava che i ripetuti prelievi di denaro costituissero valide donazioni in suo favore. Il giudice di primo grado non esitò, tuttavia, ad affermare che anche una donazione pienamente valida potesse costituire un'appropriazione e, se caratterizzata da disonestà, un furto. La Corte d'Appello confermò la sentenza, rigettando l'appello di D. Successivamente, la *House of Lords* statuì che il principio emerso in Gomez non doveva essere limitato alle ipotesi nelle quali l'atto di disposizione fosse viziato in qualche misura, sì da rendere annullabile il negozio stesso. In tal modo, anche una donazione valida avrebbe potuto costituire un'appropriazione, nonostante la vittima non avesse alcun modo per riottenere la proprietà del bene di cui aveva disposto⁴⁰⁷.

11.1.1. Le critiche all'impostazione giurisprudenziale.

Una simile impostazione non va esente da critiche, in quanto, come è stato autorevolmente osservato⁴⁰⁸, la *House of Lords* ha completamente trascurato

Lawrence's case and R v Gomez and must also be rejected. ... In the light of a fair and balanced summing-up and a very strong prosecution case, the jury accepted the prosecution case and rejected the appellant's account as untruthful. They found that she had acted dishonestly by systematically raiding the savings in a building society account of a vulnerable person who trusted her. Even if one assumes that the judge ought to have directed more fully on dishonesty I am satisfied that the convictions are entirely safe. In these circumstances it is not necessary and indeed undesirable for the House to pronounce upon what directions should be given on dishonesty in cases akin to the present.

⁴⁰⁷ In proposito ASHWORTH Andrew (2006), *Principles of Criminal Law*, 5th Edition, Oxford University Press, 367, evidenzia che un vantaggio della sentenza Hinks è quello di aver semplificato il tipo di quesiti da sottoporre alle giurie, non dovendosi alcuna spiegazione circa gli istituti civilistici coinvolti. L'Autore è tuttavia fortemente critico delle conseguenze derivanti dall'evoluzione giurisprudenziale in materia di furto, soprattutto perché ne risulta attenuato il principio di certezza del diritto. I cittadini, viene evidenziato a pagina 370, non possono percepire quali siano i confini della punibilità a titolo di furto, se si arriva al punto di criminalizzare condotte civilmente lecite.

⁴⁰⁸ La sentenza è stata commentata da A.T.H. SMITH nel *Cambridge Law Journal*, n. 21 del 2001, sotto il significativo titolo "*Theft or sharp practice: who cares now?*". In particolare l'Autore evidenzia come, dando una risposta affermativa alla domanda "se l'acquisizione di un

di considerare quali siano le conseguenze, sul piano civilistico, di un negozio valido che però, penalmente, è considerato un furto⁴⁰⁹. Soprattutto, le argomentazioni della Corte d'Appello, avvallate dalla Camera, si basano su quella che è stata efficacemente definita «*the disturbing acceptance that a criminal conviction and the imposition of custodial sanctions may be based upon conduct which involves no inherent illegality and may only be capable of being criticised on grounds of lack of morality*».

Il rischio insito in questo tipo di interpretazione è, dunque, quello che la verifica della sussistenza o meno di un delitto quale il furto si basi esclusivamente su considerazioni di tipo morale, ciò che di fatto significherebbe l'eliminazione dei confini esistenti tra cioè che è penalmente illecito e ciò che, invece, è solo moralmente riprovevole.

Per giunta, i *Lords* non nascondono di non essere in grado di esprimere alcuna regola di carattere generale sulla base della quale identificare la disonestà minima, idonea cioè a caratterizzare un'ipotesi di furto, limitandosi ad osservare che la maggior parte dei casi, in cui disvalore raggiunge comunque solo una minima intensità, probabilmente non verranno comunque mai trattati nei tribunali⁴¹⁰.

incontrovertibile diritto di proprietà possa essere qualificata come appropriazione ai sensi della Sezione 1(1) del *Theft Act 1968*”, la *House of Lords* abbia ammesso che una persona possa diventare proprietario, in virtù di un negozio assolutamente valido, e ciò nonostante essere condannato per il furto del bene oggetto di quello stesso diritto di proprietà e in virtù della condotta stessa con la quale ne ha acquisito la proprietà. Si evidenzia però come la House abbia ommesso di considerare le immediate conseguenze pratiche della propria decisione, ovvero se il ladro sia tenuto alla restituzione in pristino o se ciò possa essergli richiesto, nonché, in tal caso, quale significato possa mantenere il termine ‘*indefeasible*’. “*What is the impact of the decision for the purposes of the law of contract? Is a contract dishonestly entered into (dishonesty, it must be remembered, being a question of fact for the jury) to be discounted so far as the underlying civil transaction is concerned? There is not the hint of an answer to these obvious questions in the speech of the majority (Lord Steyn, with whom Lords Slynn and Jauncey express themselves to be in agreement).*”

⁴⁰⁹ In effetti, lo stesso Lord Hobhouse riconosce che quali sono i principi in gioco, quando afferma che “. . . *to treat otherwise lawful conduct as criminal merely because it is open to disapprobation would be contrary to principle and open to the objection that it fails to achieve the objective and transparent certainty required of the criminal law by the principles basic to human rights*”.

⁴¹⁰ Ancora SMITH: “*In the face of the difficulties (practical and theoretical) to which the majority conclusion will lead, a series of banalities is offered in place of answers: ‘one must retain a sense of perspective’, ‘in such cases a prosecution is hardly likely’. These ‘men of the real world’ responses would be the more convincing if they helped to resolve the practical questions posed earlier in this note. But they do not. We now have no idea when a contract might be said to be tainted because a person at the bad end of a bargain alleges dishonesty on the part of the other party.*”

In conclusione, è da ritenersi che le problematiche sollevate dalla sentenza Hinks non possano dirsi placate, come auspicava la *House of Lords*, e che anzi che gli interrogativi rimasti insoluti, stante il fondamentale rilievo che rivestono, torneranno, presto o tardi, al vaglio del supremo giudice⁴¹¹.

II.2. Appropriation without physical interference.

Già si è detto come, a partire dalla sentenza Gomez, qualsiasi interferenza fisica con una cosa, con o senza il consenso del proprietario, possa qualificarsi come appropriazione. *L'actus reus* del furto, tuttavia, può concretizzarsi anche in una condotta appropriativa senza alcuna interferenza fisica con il bene che ne è oggetto.

Una tale interpretazione discende dal caso *Pitham and Hehl*⁴¹². La vittima, nel caso in questione, era un detenuto, il quale aveva pertanto lasciato libera la propria casa, circostanza di cui approfittò D, il quale introdusse nell'abitazione di V un potenziale acquirente, cui propose l'acquisto della mobilia. La Corte d'Appello statuì che D si era appropriato di questa nel momento stesso in cui aveva invitato il terzo all'acquisto⁴¹³.

Si può obiettare che la proposta di una vendita da parte di un soggetto che non sia nella posizione di disporre o anche solo minacciare la proprietà della vittima non costituisca, in realtà, un'appropriazione, quanto piuttosto una finta assunzione del diritto di proprietà. In questo senso, secondo l'esempio di *Heaton*⁴¹⁴, se D vendesse a un turista credulone i gioielli della Corona, che si trovano al sicuro nella Torre di Londra, non potrebbe dirsi che D si sia

⁴¹¹ Si veda altresì la riflessione FARREL Simon QC, YEO Nicholas, LADENBURG Guy (2007), *Blackstone's Guide to The Fraud Act 2006*, Oxford University Press, 10.

⁴¹² *Pitham and Hehl* [1976] 65 Cr App R 45, CA. A proposito della ricostruzione effettuata dalla Corte, ASHWORTH Andrew (2006), *Principles of Criminal Law*, 5th Edition, Oxford University Press, 369, evidenzia come sia stato ritenuto totalmente irrilevante che “*no hands may have been laid on the furniture*”, ovvero che il bene asseritamente oggetto di appropriazione non fosse stato neanche toccato.

⁴¹³ Ciò è peraltro tanto più strano, dal momento che nel caso di specie l'acquirente sapeva che i mobili non appartenevano a D, sicché sarebbe stato più semplice considerare che entrambi si fossero accordati per rubare il mobilio di V.

⁴¹⁴ Si veda la già citata opera *Criminal Law*, Oxford, 2006, 287.

appropriato dei gioielli. Tuttavia, alla luce del citato precedente, nel caso in cui la proposta di vendita fosse accompagnata dalla seria intenzione di realizzare il trasferimento, pochi dubbi sussisterebbero sul fatto che ciò realizzi un'appropriazione.

Si ricordi, d'altro canto, che una persona può rubare altresì beni intangibili, con i quali non è possibile realizzare alcuna interferenza fisica. Ad esempio, la Corte d'Appello, nel caso *Williams*⁴¹⁵ ha confermato che la presentazione, da parte di D, di un assegno, valido o contraffatto, tale da indurre la Banca della vittima a trasferire dei fondi a D, riducendo l'ammontare del conto di V, costituisce appropriazione del credito esistente sul conto corrente bancario. Va, viceversa, tenuto distinto il caso in cui D persuada V a trasferire direttamente i propri fondi, dal momento che in tal caso non ci sarebbe alcuna condotta che possa integrare *an assumption of any right of V over the credit balance belonging to V*⁴¹⁶.

11.3. Appropriation of company assets.

Con queste premesse, si può comprendere come si sia sviluppata una cospicua e contrastante giurisprudenza sulla questione se possa o meno qualificarsi come appropriazione di beni di proprietà di una società la condotta posta in essere dagli amministratori, i quali ne rappresentano, secondo l'efficace espressione inglese, “*mind and will*”⁴¹⁷, nel caso in cui

⁴¹⁵ *Williams* [2001] Crim LR 253; nel caso di specie, D, titolare di un'impresa di costruzioni, aveva fraudolentemente aumentato gli importi dovutogli dalla vittima, un anziano per conto del quale D aveva eseguito dei lavori, pagati con assegno. Analogamente, si avrebbe appropriazione anche se la Banca fosse stata indotta a pagare a D in altro modo, come un assegno falso, una lettera, una transazione *online*.

⁴¹⁶ *Naviede* [1997] Crim LR 662, CA. Si veda altresì, per un maggiore approfondimento, il controverso caso *Briggs* [2003] EWCA Crim 3662.

⁴¹⁷ L'idea che una società possa essere penalmente responsabile di un reato tanto quanto un essere umano è da tempo pacifica nell'ordinamento inglese. Si veda in proposito MOLAN Michael (2001), *Sourcebook on Criminal Law*, London, Cavendish Publishing, 140, che pone l'accento sulla personalità giuridica delle società, in quanto tale comparabile alla personalità dell'individuo essere umano, nonché l'importante contributo monografico di WELLS Celia (2001), *Corporations and Criminal Responsibility*, Oxford, OUP. In realtà alla base della responsabilità penale delle società vi è una finzione, di creazione giurisprudenziale, per cui gli atti e la volontà (dunque *actus reus* e *mens rea*) di determinati amministratori e direttori sono atti e volontà della società stessa. Si tratta del cosiddetto principio di identificazione (*identification principle*), che Lord Denning autorevolmente

essi usino i beni sociali disonestamente, per i propri interessi.

In effetti, se prima della sentenza *Gomez* si poteva sostenere che la società, attraverso i propri amministratori, e dunque i supposti ladri, avesse consentito alla condotta e che ciò potesse escludere che si trattasse di appropriazione ai fini della legge penale, è stato ora chiarito che la questione del consenso o meno è irrilevante ai fini della realizzazione di un'appropriazione. Non ci sarebbe, dunque, difficoltà nell'incriminare gli amministratori a titolo di furto.

Una questione controversa, affrontata dai giuristi inglesi⁴¹⁸, è stata inoltre quella se i *company controllers*, ovvero coloro che, da soli o in gruppo, possiedono l'intero capitale di una società, possano essere accusati di rubare i beni della stessa. Ad esempio, se D e E, in quanto unici soci di una determinata società, trasferiscono dei fondi della stessa nei propri conti personali, potrebbe sembrare quantomeno arduo accusarli di furto. Tuttavia, non va trascurato come la società costituisca un'entità giuridica distinta dalle persone dei soci, ciò che ha permesso di stabilire che simili ipotesi di appropriazione concretino dei furti⁴¹⁹, ancor prima che il principio espresso in *Gomez* rendesse pacifiche le incriminazioni a titolo di *theft* anche nel caso

spiega comparando una società a un corpo umano vivente, con un cervello e un sistema nervoso che ne controllano le azioni [*H.L. Bolton (Engineering) Co. Ltd v P.J. Graham & Sons Ltd* (1956) 3 All ER 624], nonché mani che ne reggono gli strumenti di lavoro. Inoltre, rileva, all'interno di una società vi sono alcuni soggetti che rivestono il ruolo di meri agenti e che pertanto non possono rappresentare la volontà dell'ente; altri invece sono i direttori e gli amministratori, i quali rappresentano la mente della società e ne controllano le azioni. Lo *state of mind* di quest'ultimi costituisce pertanto lo *state of mind* della società e tale è conseguentemente considerato dalla legge. Una simile ricostruzione è stata espressamente accettata in quello che, attualmente, costituisce il *leading case* in materia, ovvero *Tesco Supermarkets Ltd v Natrass* [1971] 2 All ER 127, HL, in cui peraltro Lord Reid ha distinto la responsabilità personale delle società, secondo il suesposto principio di identificazione, dalla responsabilità, cosiddetta *vicarious*, quale datore di lavoro. La persona che agisce per la società, infatti, agisce in rappresentanza della società, la personifica e, in sintesi "*his mind is the mind of the company*". Questo, tuttavia, è vero solo nel limite in cui la persona fisica rivesta un ruolo di alta amministrazione, ovvero, secondo la definizione del d.lgs 231/01, si trovi in posizione apicale. Questa generalmente è propria degli amministratori, quanto meno quelli delegati, ma non è limitata ad essi. In alcuni casi, anche le azioni di semplici dipendenti sono state attribuite alla società: si veda in proposito il caso *Meridian Global Funds Management Asia Ltd v Securities Commission* [1995] 3 All ER 918 (HL).

⁴¹⁸ Si veda in proposito ASHWORTH Andrew (2006), *Principles of Criminal Law*, 5th Edition, Oxford University Press, 374 e seguenti.

⁴¹⁹ Si vedano in proposito *Attorney General's Reference (No. 2 of 1982)* [1984] QB 624 e *Philippou* (1989) 89 Cr App R 290.

di appropriazione consentita dal proprietario.

11.4. Property.

Si è detto che ad essere oggetto di furto è solo la *property*. Si tratta, ora, di chiarire cosa indichi tale concetto. In effetti, la sezione 4(1) non ne offre una definizione generale, indicando invece un'ampia varietà di beni che possono essere rubati. *Property*, dispone la norma, include il denaro e ogni altra proprietà, reale o personale, incluse le *things in action*⁴²⁰ e altre proprietà intangibili⁴²¹.

Ora, appare chiaro che una simile definizione, che ripete al suo interno lo stesso concetto che intendeva definire, e che anzi elenca piuttosto che descrivere, non può essere di grande aiuto. È, tuttavia, opportuno esaminare i singoli tipi di proprietà, nell'ordine in cui appaiono nella disposizione.

Innanzitutto, va evidenziato che il denaro, in questo contesto, e all'opposto di quanto accade per il delitto di appropriazione indebita conosciuto dal codice penale italiano, non indica un bene fungibile, quanto piuttosto singole banconote o monete, anche straniere, specificamente e fisicamente individuate e non, invece, l'ammontare equivalente. In particolare, *money* non si riferisce ad altre forme di pagamento, quali gli assegni o i bonifici bancari⁴²².

Occorre, poi, distinguere tra *real property* e *personal property*, in quanto si tratta di concetti piuttosto lontani da quelli conosciuti dall'ordinamento italiano. *Real* indica infatti gli immobili, ovvero il suolo e ciò che vi è infisso, similmente a quanto stabilisce l'articolo 812 del codice civile italiano.

Che ciò possa costituire oggetto di furto è certo una peculiarità del diritto

⁴²⁰ Ovvero i diritti di credito assistiti da azione. V. *amplius infra*

⁴²¹ "*Property*" includes money and all other property, real or personal, including things in action and other intangible property.

⁴²² HEATON, Russel *Criminal Law*, Oxford, 2006, 291.

inglese, dal momento che il codice penale italiano parla espressamente di condotta diretta sulla cosa mobile altrui, tanto all'articolo 624 che al 646. La possibilità di rubare un immobile, tuttavia, è limitata dai commi seguenti della sezione 4(2) del *Theft Act* 1968, che pone una generale esclusione, temperata da tre eccezioni⁴²³, peraltro piuttosto ampie, se solo si considera che, per quel che ci interessa, vi rientra anche la condotta di chi, autorizzato a disporre di un immobile appartenente ad altri, se ne appropria usandone in violazione della fiducia riposta in lui⁴²⁴.

Personal property comprende invece qualsiasi bene fisicamente percepibile, esclusi gli immobili. Il denaro stesso è un esempio di *personal property*.

Le *things in action* o *choses in action* rappresentano invece dei diritti su beni che non possono essere posseduti fisicamente, ma che sono assistiti da azione. Si tratta, propriamente, di diritti di credito, ma l'ordinamento li considera in un'accezione peculiare. Il seguente esempio potrà forse chiarire i concetti sin qui esposti: se D ruba a V un assegno da questi sottoscritto per riscuoterlo presso la Banca di V, D avrà rubato non denaro (v. *supra*), né l'assegno considerato quale pezzo di carta (giacché intende, di fatto, restituirlo alla Banca), tuttavia, nel momento in cui lo riscuote, ruba due cose: a V il credito che questi ha verso la Banca e a quest'ultima il denaro, inteso come le banconote che ha portato via⁴²⁵.

Le altre proprietà intangibili, considerato che le stesse *things in action* sono tutte, per definizione, delle proprietà intangibili⁴²⁶, sono individuate in via

⁴²³ *A person cannot steal land, or things forming part of land and severed from it by him or by his directions, except in the following cases, that is to say: (a) when he is a trustee or personal representative, or is authorised by power of attorney, or as liquidator of a company, or otherwise, to sell or dispose of land belonging to another, and he appropriates the land or anything forming part of it by dealing with it in breach of the confidence reposed in him; or (b) when he is not in possession of the land and appropriates anything forming part of the land by severing it or causing it to be severed, or after it has been severed; or (c) when, being in possession of the land under a tenancy, he appropriates the whole or part of any fixture or structure let to be used with the land.*

⁴²⁴ *by dealing with it in breach of the confidence reposed in him.*

⁴²⁵ Kohn (1979) 69 Cr App R 395. Il ragionamento non cambierebbe nel caso in cui V avesse uno scoperto nel conto corrente bancario.

⁴²⁶ Sulle informazioni confidenziali e altri esempi controversi, si veda MOLAN Michael (2001), *Sourcebook on Criminal Law*, London, Cavendish Publishing, 923 e seguenti.

residuale, caso per caso. Così, ad esempio, afferiscono a questo sottoinsieme i brevetti⁴²⁷, nonché le quote per il mercato delle esportazioni, che le imprese possono cedere tra loro.

Quest'ultima ipotesi si rivela particolarmente interessante ai fini della presente trattazione, dal momento che è maturata proprio nell'ambito della infedeltà gestoria, nel caso di specie sanzionata a titolo di furto. Il caso *Attorney-General for Hong Kong v Nai Keung* [1987] 1 WLR 1339, PC riguardava infatti la condotta dell'amministratore di una società che aveva disonestamente svenduto ad una società concorrente, nella quale egli aveva un interesse, le quote di esportazione spettanti alla prima.

II.5. Belonging to another.

Tralasciando le complesse tematiche del furto di parti umane⁴²⁸ e di animali selvatici, che qui non rilevano, vi è, poi, da considerare l'elemento dell'altruità della cosa oggetto di furto.

In effetti, si potrebbe essere indotti a ritenere che la proprietà (*property*) appartenga esclusivamente al proprietario (*owner*), mentre ciò non risponde assolutamente al vero.

La disciplina del furto protegge infatti non solo il titolare del pieno diritto di proprietà, ma anche chi è portatore di un interesse minore verso di essa. Parlare, in questo contesto, di diritti reali limitati, sarebbe peraltro fondamentalmente scorretto, non solo in quanto la tutela prevista dal *Theft Act* abbraccia anche diritti personali di godimento, ma soprattutto perché l'ordinamento inglese conosce diversi tipi di *proprietary rights or interests*, che non possono affatto essere assimilati agli istituti conosciuti dal diritto

⁴²⁷ Tali infatti li definisce la sezione 30 del Patent Act 1977, che ne tratta come di *personal rights*.

⁴²⁸ Se è pacifico che parti di un essere umano vivente possano essere rubate (si pensi a una ciocca di capelli o a un campione di sangue), l'ordinamento inglese distingue invece nel caso di parti di un cadavere, che non possono invece essere oggetto di furto (*Kelly* (1998) 3 All ER 741, CA), a meno che esse non abbiano acquisito caratteristiche diverse, come può dirsi di una mummia egizia o di uno scheletro conservato come materiale di studio.

civile italiano.

Belonging to another è, in effetti, così definito nella sezione 5 del *Theft Act* 1968: «*Property shall be regarded as belonging to any person having possession or control of it, or having in it any proprietary right or interest (not being an equitable interest arising only from an agreement to transfer or grant an interest)*».

11.6. Lesser proprietary rights or interests.

Ora, se è chiaro che il proprietario abbia un diritto di proprietà, *a proprietary right or interest*, si tratta di vedere quali siano i *lesser proprietary rights or interests*.

In primo luogo occorre considerare che il medesimo bene può appartenere a più soggetti, ad esempio nel caso di una *partnership*, circostanza nella quale è ammesso che un co-proprietario possa rubare all'altro⁴²⁹. Un altro caso può essere quello del *lien*, ovvero del pegno, dal momento che il creditore ha diritto a mantenere il possesso del bene fino al pagamento del debito.

Di maggiore interesse, tuttavia, è la tutela degli *equitable interests*, sui quali occorre, quindi, svolgere una panoramica il più possibile sintetica, ma al tempo stesso completa.

È conoscenza comune che la proprietà di un bene istituito in *trust* spetti al *trustee*, cioè colui che amministra il *trust*. Il beneficiario ha, invece, solo *equitable interests* sul bene. Ciò non significa, però, che il beneficiario non venga tutelato in modo analogo al proprietario. Gli *equitable interests* costituiscono infatti *proprietary rights or interests* ai sensi del *Theft Act* 1968 e dunque, nell'ipotesi in cui il *trustee* si appropri disonestamente del bene, egli compirebbe un furto a danno del beneficiario⁴³⁰.

⁴²⁹ Bonner [1970] 2 All ER 97, CA. Si veda MOLAN Michael (2001), *Sourcebook on Criminal Law*, London, Cavendish Publishing, 972-973.

⁴³⁰ Mentre se il bene fosse rubato da un terzo, il furto sarebbe a danno tanto del *trustee* che del *beneficiary*.

Ora, questa considerazione assume un'importanza tanto maggiore se solo si considera che i *trust* sono normalmente creati per espressa previsione dell'originario proprietario, il cosiddetto *settlor*, che trasferisce un proprio bene al *trustee*, perché lo gestisca in favore del beneficiario, ma questa non costituisce l'unica fonte del *trust*. In effetti, in tutta una serie di ipotesi è la legge stessa che impone un *trust*, il summenzionato *constructive trust*, indipendentemente dalla volontà delle parti. Questo tipo di *trust*, come accennato, è costituito dai tribunali sulla base della necessità di imporre una cornice fiduciaria, al fine di rendere giustizia in determinate situazioni.

11.7. Ancora sul constructive trust.

Un esempio comune è quello dell'ingiusto arricchimento, causato da un errore di fatto o di diritto. Nel caso *Shadrokh-Cigari*⁴³¹, D, tutore del nipote, si era accorto che la banca di quest'ultimo gli aveva accreditato sul conto la somma di \$ 286.000 in luogo di \$ 286,00. D aveva quindi prelevato i fondi per conto del nipote, richiedendo degli assegni circolari. D venne successivamente condannato per il furto di tali assegni, in quanto la corte statui che essi appartenevano ancora alla Banca, in quanto titolare di “*an equitable proprietary interest*” su di essi.

Tale considerazione è stata successivamente posta in dubbio dal caso *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v Islington London Borough Council*⁴³², ma solo nella misura in cui non era stato valutato se l'errore fosse conosciuto o meno da colui che aveva beneficiato dell'arricchimento. Dal momento in cui si è avuta conoscenza dell'errore, infatti, può dirsi sorto un *constructive trust*.

Per quel che interessa la presente trattazione, un'ipotesi di *constructive trust* è altresì quello che sorge in capo al dipendente, il quale, abusando della

⁴³¹ *Shadrokh-Cigari* [1988] Crim LR 465, CA

⁴³² *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v Islington London Borough Council* [1996] 2 All ER 961, HL at 997.

propria posizione, trae un segreto profitto per sé, ad esempio nel caso in cui accetti una proposta di corruzione per contrarre con taluno, piuttosto che con un altro. L'ammontare dell'illecito profitto diventerebbe cioè oggetto di *trust*, in favore del datore di lavoro⁴³³.

Quanto ai successivi commi della sezione 5⁴³⁴, è bene ricordare che essi trovano applicazione solo in via sussidiaria, ovvero laddove l'altruità del bene oggetto di furto non possa già essere desunta ai sensi del 5(1).

Per quel che interessa alla presente trattazione, giova evidenziare che la previsione di cui al 5(2) riguarda i *trusts*, in cui non ci sia un beneficiario individuabile, sicché non esistono altri *proprietary rights or interests* al di fuori di quelli del *trustee*. Sarebbe, pertanto, possibile per un *trustee* disonesto usare del bene a proprio vantaggio senza mai commettere furto, dal momento che mancherebbe l'altruità del bene. Ecco, dunque, l'opportunità che la disposizione di cui al 5(2) assicuri, a chiunque abbia interesse a far valere gli obblighi discendenti dal *trust*, la proprietà fiduciaria dei beni oggetto dello stesso.

Questo vale per tutti i *trusts for charitable purposes*, nel quale caso il titolare del diritto di azione è l'*Attorney-General*, ma anche dei *trusts* di cui il beneficiario sia un animale.

Si tratta, comunque, di una previsione di carattere generale piuttosto importante, se solo la si compara con l'opposta previsione della

⁴³³ HEATON, Russel *Criminal Law*, Oxford, 2006, 296. L'Autore evidenzia, però, come la giurisprudenza non sia stata sempre costante sul punto. Ad esempio, nel caso *Powell v MacRae* [1977] Crim LR 571 è stato osservato che D, addetto ai tornelli dello stadio di Wembley, pur avendo accettato £ 2 per far entrare un tale senza biglietto, non poteva essere accusato del furto delle due sterline, perché non poteva dirsi che queste appartenessero al datore di lavoro di D.

⁴³⁴ (2) *Where property is subject to a trust, the persons to whom it belongs shall be regarded as including any person having a right to enforce the trust, and an intention to defeat the trust shall be regarded accordingly as an intention to deprive of the property any person having that right.* (3) *Where a person receives property from or on account of another, and is under an obligation to the other to retain and deal with that property or its proceeds in a particular way, the property or proceeds shall be regarded (as against him) as belonging to the other.* (4) *Where a person gets property by another's mistake, and is under an obligation to make restoration (in whole or in part) of the property or its proceeds or of the value thereof, then to the extent of that obligation the property or proceeds shall be regarded (as against him) as belonging to the person entitled to restoration, and an intention not to make restoration shall be regarded accordingly as an intention to deprive that person of the property or proceeds.* (5) *Property of a corporation sole shall be regarded as belonging to the corporation notwithstanding a vacancy in the corporation.*

perseguibilità a querela prevista per il delitto di infedeltà patrimoniale, che tante questioni solleva circa l'identificazione della persona offesa dal reato.

12. Fraud.

Il *Fraud Act* 2006, a sua volta, ha completamente novellato e positivamente semplificato la disciplina degli illeciti commessi attraverso la *deception*, ovvero l'inganno, che è termine dal significato più vasto di quello proprio degli artifici o raggiri che caratterizzano la fattispecie italiana della truffa.

Se già il *Theft Act* 1968⁴³⁵ e il successivo *Theft Act* 1978 avevano codificato una serie di offese al patrimonio basate sulla *deception*, il pregio della riforma è stato quello di sostituirvi una fattispecie unitaria, declinata attraverso tre distinte condotte⁴³⁶.

Per giunta, all'elemento della *deception* è stato sostituito il concetto di falsa rappresentazione, il che semplifica notevolmente la struttura degli illeciti. Se infatti il concetto di inganno implica che vi sia un'attività del soggetto agente, tale da indurre in errore la vittima, la novellata *fraud*, basandosi solo sull'errore della vittima, non richiede più che sussista alcuna influenza, da parte dell'agente, tale da causare l'errore stesso⁴³⁷. La condotta, pertanto, consiste oggi nel mero dare una falsa rappresentazione della realtà⁴³⁸.

12.1. Fraud by failing to disclose information.

Venendo ora alle condotte che maggiormente interessano l'ambito della

⁴³⁵ Per una panoramica sulla previgente disciplina, si rinvia a SMITH John Cyril & HOGAN Brian (1993), *Criminal Law: cases and materials*, London, Butterworths, 557 e seguenti.

⁴³⁶ Si tratta della *fraud by false representation*, della *fraud by failing to disclose information* e della *fraud by abuse of position*.

⁴³⁷ La fattispecie può così trovare applicazione anche nel caso di transazioni interamente automatizzate, superando l'*impasse* determinata dall'impossibilità di concepire come una macchina potesse essere indotta in errore.

⁴³⁸ Si ritiene, peraltro, che nella *fraud by false representation* assuma rilievo anche il silenzio, nella misura in cui l'atteggiamento dell'agente abbia agevolato la percezione del silenzio come significativo. Ad esempio, nel caso *Williams* [1980] Crim LR 589, CA, D aveva ottenuto il cambio di alcune banconote straniere, che ben sapeva essere fuori corso e pertanto senza valore. La Corte, in quel caso, ha valorizzato non tanto il silenzio, giacché su D non incombeva alcuno specifico obbligo di informazione, quanto piuttosto la circostanza che, portando le banconote all'incasso, aveva implicitamente rappresentato al personale della banca la loro persistente validità.

presente trattazione, non può mancarsi di rilevare l'originalità della fattispecie di *fraud by failing to disclose information*.

In base a tale norma, infatti, è sanzionata la condotta di chi, avendo un dovere giuridico di trasparenza, omette di rivelare determinate informazioni e intende, con tale omissione, procurare un profitto per sé stesso, oppure danneggiare altri, ovvero ancora esporre altri al pericolo di un danno.

L'espressa previsione di tale modalità di condotta potrebbe sembrare superfluo, se solo si considera che la giurisprudenza inglese ammette, entro certi limiti, che anche il silenzio possa concretizzare una falsa rappresentazione, tuttavia è innegabile che la sezione 3 offra una notevole semplificazione, consistente nell'eliminazione della necessità di identificare la falsa rappresentazione creata dall'agente.

La condotta della *fraud by failing to disclose information*, il cosiddetto *actus reus*, consiste pertanto nell'omessa comunicazione di informazioni, di cui si aveva un obbligo giuridico di rivelazione.

Tale limitazione, peraltro, è avvenuta nonostante le proposte della *Law Commission* fossero dirette nel senso di comprendere un più ampio dovere di rivelazione, esteso, oltre ai casi di obbligo giuridico, anche ad ogni ipotesi di relazione fiduciaria, dove cioè V confidi nella *disclosure* di D e sia al contempo ragionevole aspettarsi che D compia una simile *disclosure*. La Relazione al *Fraud Act* adotta, tuttavia, espressamente la spiegazione fornita dalla *Law Commission* circa le situazioni in cui sussiste un obbligo giuridico⁴³⁹. È così precisato che un tale obbligo può derivare dalla legge, la

⁴³⁹ Explanatory Notes, Printed by The Stationery Office Limited, 3-4. "18. A legal duty to disclose information may include duties under oral contracts as well as written contracts. The concept of "legal duty" is explained in the Law Commission's Report on Fraud, which said at paragraphs 7.28 and 7.29: "7.28 ...Such a duty may derive from statute (such as the provisions governing company prospectuses), from the fact that the transaction in question is one of the utmost good faith (such as a contract of insurance), from the express or implied terms of a contract, from the custom of a particular trade or market, or from the existence of a fiduciary relationship between the parties (such as that of agent and principal). 7.29 For this purpose there is a legal duty to disclose information not only if the defendant's failure to disclose it gives the victim a cause of action for damages, but also if the law gives the victim a right to set aside any change in his or her legal position to which he or she may consent as a result of the non-disclosure. For example, a person

cosiddetta *statute law*, come avviene in particolar modo per le previsioni di diritto societario (cfr. *infra*), da un contratto, dagli usi commerciali⁴⁴⁰ ovvero ancora dall'esistenza di una relazione fiduciaria tra le parti.

Ora, se è vero che in tal modo rimangono esclusi i doveri puramente morali, che pure la giurisprudenza non ha esitato a valorizzare⁴⁴¹, è altresì comprensibile come il legislatore inglese abbia cercato di limitare l'ambito dell'obbligo sanzionabile penalmente, al fine di limitare, soprattutto nell'ambito degli scambi commerciali, le incertezze che sarebbero inevitabilmente scaturite⁴⁴².

Un'ulteriore peculiarità della fattispecie riguarda poi l'elemento soggettivo, in quanto non è richiesto che l'agente conosca il proprio obbligo di *disclosure*, essendo invece sufficiente che questo esista. Dal momento, tuttavia, che la *mens rea* è connotata dalla disonestà, è probabile che in tal caso l'imputato si difenda sostenendo che il suo comportamento non sia stato disonesto.

12.2. Fraud by abuse of position.

Ulteriore condotta rilevante è costituita dall'abuso di posizione, dove cioè D rivesta una posizione privilegiata rispetto alla vittima, in forza della quale egli possa pregiudicarne il patrimonio. La peculiarità di questa condotta consiste nella mancanza di un comportamento della vittima, che non è affatto indotta ad agire in un determinato modo a causa del comportamento di D. È infatti la posizione stessa che D riveste a permettergli di agire direttamente a danno di V.

Ora, appare chiaro che è l'abusività stessa, l'approfittare di una situazione

in a fiduciary position has a duty to disclose material information when entering into a contract with his or her beneficiary, in the sense that a failure to make such disclosure will entitle the beneficiary to rescind the contract and to reclaim any property transferred under it".

⁴⁴⁰ Si discute, a tale proposito, in quale categoria possano eventualmente rientrare le norme deontologiche, che regolano lo svolgimento delle attività professionali, in quanto non aventi carattere di legge.

⁴⁴¹ Si veda in proposito il caso *Silverman*, in nota *supra*, nella trattazione della condotta del furto.

⁴⁴² Come sarebbe stato altrimenti possibile ravvisare ancora il *dolus bonus qui licet mercatoribus*?

per ricavarne un vantaggio personale, ovvero con l'intenzione di causare un danno o un pericolo al patrimonio di altri, a caratterizzare questa tipologia di *fraud*, nonostante la norma non appaia caratterizzata da alcuna condotta, neppure latamente, fraudolenta, né tantomeno ingannatoria⁴⁴³. In questo senso, tuttavia, è pienamente comprensibile l'equiparazione, compiuta dalla sezione 4(2), della condotta omissiva a quella commissiva, se essa si risolve comunque in un abuso della propria posizione.

In proposito, non può non evocarsi un confronto con l'ordinamento italiano, laddove, stante la tassatività della condotta, vi è l'impossibilità di sanzionare a titolo di infedeltà patrimoniale condotte meramente omissive degli amministratori, che ben possono, dunque, omettere, ad esempio, di riscuotere dei crediti della società, d'accordo con il debitore.

12.2.1. Le relazioni fiduciarie.

La questione principale riguardo alla norma in esame è, peraltro, identificare quali relazioni possano dare luogo alla posizione rappresentata. La Commissione, al cui testo rinvia anche la Relazione, si è limitata a svolgere degli esempi: *trustee* e *beneficiary*, amministratore e società, professionista e cliente, *principal* e *agent*⁴⁴⁴, dipendente e datore di lavoro, *partners*. Si tratta di situazioni accomunate dalla circostanza di porre dei doveri civilistici cosiddetti fiduciari.

In realtà, come è stato osservato in dottrina, la stesura del testo legislativo evidenzia come gli estensori abbiano accuratamente evitato di introdurre alcun elemento fiduciario all'interno della disposizione penale, in quanto si riteneva che una relazione di fiducia tra il soggetto attivo del reato e la

⁴⁴³ *Fraud by abuse of position: (1) A person is in breach of this section if he: (a) occupies a position in which he is expected to safeguard, or not to act against, the financial interests of another person, (b) dishonestly abuses that position, and (c) intends, by means of the abuse of that position: (i) to make a gain for himself or another, or (ii) to cause loss to another or to expose another to a risk of loss* seguenti (2) *A person may be regarded as having abused his position even though his conduct consisted of an omission rather than an act.*

⁴⁴⁴ La relazione *principal-agent* equivale al rapporto di mandato. L'*agency* è infatti il negozio che lega una persona o un ente (*agent*) ad agire per conto di un altro (*principal*). Tra gli esempi troviamo che i soci sono *principal* rispetto agli amministratori, che sono *agent*. V. LAW Jonathan (a cura di), *Oxford Dictionary of Law*, 6th edition, Oxford, 2006, alla voce *Agent*.

vittima dello stesso non dovesse necessariamente sussistere⁴⁴⁵.

Quanto all'abuso della posizione, il testo della disposizione è decisamente laconico sul punto, rinviando a una verifica caso per caso in sede di applicazione della norma. La Commissione aveva inizialmente proposto che caratteristica dell'abuso fosse la segretezza dello stesso, tuttavia, una volta espunto tale elemento dalla stesura definitiva, non vi è ragione per ritenere che sia richiesta la segretezza dell'agire abusivo.

Per giunta, anche se la disposizione definisce la relazione tra D e V nel senso della salvaguardia degli interessi di quest'ultimo, o quantomeno del non andare contro tali interessi, è stato osservato⁴⁴⁶ che l'abuso riguarda esclusivamente la posizione occupata dall'agente, che ne approfitta, mentre non è richiesto che egli venga meno, nel contempo, ai doveri che tale relazione gli impone. Così, nel caso in cui D scelga per conto di V un tipo di investimento tale da procurare un guadagno allo stesso D, questi risponderà tanto se la sua scelta sia opportuna per V, tanto, *a fortiori*, se tale scelta lo danneggia. Il giudizio di colpevolezza, nel primo caso, dipenderà dunque soprattutto dalla circostanza che la giuria rilevi o meno la disonestà del comportamento di D.

Infine, quanto alla *mens rea* si osserva che, come è stato accennato *supra* riguardo alla sezione 3, non essendo necessario che il soggetto agente si renda conto di trovarsi in una posizione di fiducia, è probabile che tale consapevolezza verrà sussunta all'interno della problematica relativa alla disonestà della condotta.

⁴⁴⁵ HEATON, Russel *Criminal Law*, Oxford, 2006, 341.

⁴⁴⁶ HEATON, Russel *Criminal Law*, Oxford, 2006, 342.

PARTE SECONDA

LA DISCIPLINA NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

Capitolo I

L'evoluzione del diritto societario in tema di conflitto di interessi

Sezione I

Il previgente articolo 2391 del codice civile

1. Un precursore nel codice di commercio. 2. Conflitto di interessi. 3. Ambito di applicazione. 4. Informazione e astensione. 5. Il dovere di non agire in conflitto di interessi.

1. Un precursore nel codice di commercio.

Senza volerci dilungare eccessivamente sull'evoluzione storica della normativa civilistica in materia di conflitto, è opportuna una breve precisazione.

Un dovere di comunicazione e di astensione era, in effetti, già stato stabilito all'articolo 150 del codice di commercio del 1882, che costituiva, dunque, un precursore di quello che sarebbe poi diventato l'articolo 2391 del codice civile. La disposizione, tuttavia, faceva espresso riferimento non tanto ad un interesse in conflitto, quanto piuttosto ad un interesse, proprio dell'amministratore, che fosse contrario a quello della società⁴⁴⁷. La norma, pertanto, si presentava fortemente incentrata sul concetto di contrarietà all'interesse sociale. D'altro lato, ciò non sembrava di ostacolo all'interpretazione, espressa da parte della dottrina pressoché unanime, nonché dalla giurisprudenza, che i doveri da essa previsti fossero sussistenti anche in presenza di un conflitto d'interessi solo potenziale⁴⁴⁸.

⁴⁴⁷ Si veda la riflessione di BELLACOSA Adriano (2007), *Sub Articolo 2391*, in *Codice commentato delle S.p.A.*, diretto da FAUCEGLIA Giuseppe e SCHIANO DI PEPE Giorgio, tomo secondo, Torino, Utet, 721

⁴⁴⁸ È stato anche osservato, da parte di ROMANO Mario (1967), *Profili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di S.p.A.*, *Raccolta studi di diritto penale*, 47, che la sostituzione dell'espressione interesse contrario, con quella di interesse in conflitto, fosse significativa di un

Inoltre, occorre segnalare come la disposizione trovasse applicazione anche in caso di amministratore unico.

2. Conflitto di interessi.

La precedente versione dell'articolo 2391 del codice civile, che recava la significativa rubrica di «conflitto di interessi»⁴⁴⁹, imponeva un rigoroso dovere di informazione e di astensione, in capo al singolo amministratore, che fosse portatore, per conto proprio o altrui, di un interesse in conflitto con quello della società.

Secondo un prevalente orientamento⁴⁵⁰, la norma trovava applicazione in presenza non già di una giustapposizione, meramente potenziale e astratta, tra l'interesse sociale e quello di cui fosse portatore un amministratore. Era, invece, ritenuto necessario ravvisare una concreta divergenza di interessi, che emergesse da un esame circa il contenuto e le modalità dell'operazione, dal compimento della quale potesse derivare un danno alla società.

In effetti, il rimedio impugnatorio operava qualora la deliberazione potesse recare danno alla società⁴⁵¹, mentre il rimedio risarcitorio era attivabile in presenza di perdite che fossero derivate alla società dal compimento dell'operazione⁴⁵².

In linea con la ricordata impostazione era la stessa giurisprudenza, che sulla

restringimento del campo applicativo della disciplina, operato in sede di redazione del codice civile del 1942, dunque, escludendo la rilevanza del conflitto di interessi solo potenziale. Non sembra, tuttavia, che tale osservazione sia pregnante, dal momento che la scelta legislativa potrebbe, ben più probabilmente, essere stata connessa ad una necessità di uniformare il lessico utilizzato nella disciplina del conflitto di interessi del socio, come osserva anche da ENRIQUES Luca (2000), *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, Giuffrè, 113 e seguenti, in particolare 118-119, nota 120, nonché 193.

⁴⁴⁹ Come osservato da BONELLI Franco (1992), *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, Giuffrè, 4, si trattava di una clausola generale, che non specificava quale fosse il comportamento che gli amministratori dovessero di volta in volta tenere.

⁴⁵⁰ PERONE Gianluca (2000), Sub. Articolo 2391, in *Codice civile ipertestuale*, a cura di BONILINI, CONFORTINI, GRANELLI, Torino, Utet, 3874; BONELLI Franco (1992), *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, Giuffrè, 81 e seguenti, in particolare alla nota 133, ove l'Autore cita ampia dottrina, tra cui MINERVINI, OPPO, ROMANO, WEIGMANN e ALLEGRI.

⁴⁵¹ La formula era identica a quella oggi recata dalla riforma (articolo 2391, comma 3).

⁴⁵² La formula utilizzata dalla riforma è “danni derivati alla società dalla sua azione od omissione” (articolo 2391, comma 4).

scorta del cosiddetto criterio di incompatibilità dell'interesse⁴⁵³, aveva attribuito esclusiva rilevanza al carattere di contrarietà all'interesse sociale della deliberazione, derivante dall'incidenza dell'interesse dell'amministratore⁴⁵⁴.

Significativamente, la giurisprudenza di legittimità si era, altresì, espressa nel senso che, ai fini della sussistenza della responsabilità degli amministratori per la loro partecipazione ad una deliberazione riguardante un'operazione in conflitto di interessi con la società, nel ricorrere dei suindicati presupposti, fosse ininfluenta la valutazione delle scelte gestionali e delle ragioni che avevano indotto gli amministratori a decidere il compimento dell'operazione medesima⁴⁵⁵.

⁴⁵³ Si veda Cassazione 5404/83, in *Giurisprudenza Italiana*, 1984, I,1, 256, in *Diritto Fallimentare*, 1983, II, 1103, nonché in *Foro Italiano*, 1984, I, 2298; tale pronuncia aveva escluso il carattere neutro di una deliberazione del consiglio di amministrazione di una società per azioni, che aveva disposto la revoca del consigliere delegato e la sua sostituzione con altro amministratore, avendo accertato che tale deliberazione non aveva avuto ad oggetto il semplice trasferimento delle funzioni delegate da un consigliere di amministrazione all'altro, ma aveva costituito lo strumento per attuare una modificazione dell'attività operativa della società, impedendone la espansione commerciale in altra regione, cui il nuovo consigliere delegato, senza il cui voto la deliberazione non avrebbe ottenuto la necessaria maggioranza, era controinteressato quale amministratore ed azionista di altra società che operava in detta regione. Si veda inoltre il contributo di BONELLI Franco (2004), *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, Giuffrè, 153, nota 206, il quale ricorda che è principio pacificamente affermato dalla giurisprudenza quello secondo cui "la valutazione dell'esistenza del conflitto vada condotta in concreto, con riferimento al contenuto e alle specifiche condizioni dell'atto". Identica regola operativa era adottata per giudicare dell'annullabilità ai sensi dell'articolo 1394 del codice civile del contratto concluso dall'amministratore unico o delegato.

⁴⁵⁴ Il dato è evidenziato, seppure con alcune variazioni, da tutta la dottrina. Lo sottolineava già MINERVINI Gustavo, *Sulla tutela dell'"interesse sociale"*, cit., p. 320 nonché ne *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, p. 406. Si vedano poi, *ex plurimis*: BONELLI Franco (1991), *La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da COLOMBO e PORTALE, 4, Torino, 376 e seguenti e MAFFEIS Daniele (2004), *Il "particolare rigore" della disciplina del conflitto di interessi nelle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società di capitali*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1060 e seguenti, il quale osserva che non è un caso che l'obbligo di comunicazione e di astensione sia sempre rimasto sulla carta, in quanto «rimane sulla carta un obbligo di astensione, o altro strumento di tutela preventiva, che, benché si riferisca al conflitto di interessi come situazione, tuttavia subordina la sanzione ad un giudizio sul risultato dell'azione e sull'incidenza dell'interesse in conflitto. La previsione del danno dipendente dall'incidenza, quale requisito del conflitto di interessi, svuota infatti di significato la previsione dell'obbligo di astensione. Perché, mentre il rispetto dell'obbligo di comunicazione o di astensione richiederebbe un giudizio *ex ante*, invece il danno e l'incidenza richiedono un giudizio *ex post*».

⁴⁵⁵ In questo senso Cassazione civile, 04.04.1998 n. 3483: «ai fini della sussistenza della responsabilità degli amministratori per la loro partecipazione ad una delibera riguardante un'operazione in conflitto di interessi con la società, è sufficiente che tale operazione presenti una utilità per la controparte nella quale i suddetti amministratori abbiano un interesse, risultando ininfluenta, a tal fine, la valutazione delle scelte gestionali e delle ragioni che hanno indotto gli amministratori a compierle, posto che, in presenza di un conflitto di interessi, la fonte della responsabilità è costituita dal compimento dell'azione in sé e per sé considerata, dalla sua illegittimità conseguente all'essere stata compiuta in violazione di precisi canoni generali e specifici di comportamento, e dalla dannosità della scelta gestionale, senza che, peraltro, possa rilevare il merito

Occorre sottolineare, in ogni caso, come fosse emerso nella giurisprudenza di merito⁴⁵⁶ che l'articolo 2391 non valesse ad escludere che l'amministratore di società di capitali potesse porre in essere atti finalizzati al perseguimento del proprio esclusivo interesse, ancorché concorrenziale con quello societario⁴⁵⁷, potendo ciò avvenire, tuttavia, solamente nei limiti invalicabili del divieto di agire in danno della società rappresentata.

3. Ambito di applicazione.

Nel testo del previgente articolo 2391 si distinguevano due fattispecie che conducevano all'impugnabilità della deliberazione. Nella prima ipotesi erano rilevanti, oltre alla presenza di un interesse in capo ad un amministratore, la mancata informazione sullo stesso, il voto determinante in senso favorevole all'amministratore interessato e la contrarietà della deliberazione all'interesse sociale, per l'incidenza dell'interesse dell'amministratore. Nella seconda ipotesi, invece, rilevava non tanto che alla presenza di un interesse in capo ad un amministratore facesse seguito o meno la comunicazione dell'interesse, quanto piuttosto la mancata astensione e il successivo voto determinante, quindi la contrarietà della deliberazione all'interesse sociale per l'incidenza dell'interesse dell'amministratore⁴⁵⁸.

Analogamente, anche per quanto atteneva al rimedio risarcitorio, erano due le fattispecie che conducevano al risarcimento del danno, incentrate l'una

di tale scelta», in *Giurisprudenza italiana*, 1999, 324, *Massimario Giuridico Italiano*, 1998, nonché *Le Società*, 1999, 1, 62.

⁴⁵⁶ Tanto si legge in un *obiter dictum* della Corte d'Appello di Napoli, 23.11.1987, in *Le Società*, 1988, 486, secondo cui l'amministratore di una società può porre in essere atti che abbiano come finalità il perseguimento di propri fini esclusivi ancorché concorrenziali con quelli societari, ma sempre nei limiti invalicabili del divieto di agire in danno della società rappresentata.

⁴⁵⁷ Fermo restando, peraltro, il disposto dell'articolo 2390, che disciplina, oggi come allora, il divieto di concorrenza.

⁴⁵⁸ MAFFEIS Daniele (2004), *Il "particolare rigore" della disciplina del conflitto di interessi nelle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società di capitali*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1061 e seguenti, il quale osserva come la seconda fattispecie, incentrata sulla sanzione del risultato dell'azione, costituiva il cuore della vecchia disciplina e coincide nella sostanza con quella oggi delineata nel secondo comma dell'articolo 2475 *ter* del codice civile, a proposito delle decisioni degli amministratori di società a responsabilità limitata.

sulla mancata notizia, l'altra sulla mancata astensione e accomunate dal requisito della contrarietà della deliberazione all'interesse sociale per l'incidenza dell'interesse dell'amministratore.

Ne discende che, nel vigore della vecchia disciplina di cui all'articolo 2391 del codice civile, sia il rimedio impugnatorio, che quello risarcitorio presupponevano l'incidenza del voto determinante dell'amministratore interessato.

La dottrina prevalente era, poi, concorde nel ritenere che l'articolo 2391, limitandosi a regolare l'efficacia e l'impugnabilità delle deliberazioni consiliari cui avessero partecipato amministratori in conflitto di interessi con la società e la conseguente responsabilità di questi ultimi, potesse trovare applicazione esclusivamente in presenza di una pluralità di amministratori investiti del potere di gestione e di una deliberazione dai medesimi adottata⁴⁵⁹.

4. Informazione e astensione.

Dalla disposizione in esame discendeva, poi, ogniqualvolta l'amministratore versasse in una situazione di conflitto di interessi con la società rispetto ad una determinata operazione, un obbligo di comunicazione agli altri amministratori ed ai sindaci, anche qualora l'operazione stessa non dovesse essere deliberata dal consiglio di amministrazione.

Si noti che destinatario dei doveri di comunicazione e di astensione era l'amministratore che «ha» un interesse in conflitto con quello della società, non essendo invece richiesto che egli perseguisse tale interesse. Dunque, era

⁴⁵⁹ CALANDRA BUONAURO Vincenzo, (1991), *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, in n *Trattato delle società per azioni*, diretto da COLOMBO Giovanni E. e PORTALE Giuseppe B., vol. IV, Torino, Utet, 171 e seguenti. In senso contrario, tuttavia, sulla scorta della considerazione che l'articolo 2391 e l'articolo 1394 sono destinati ad operare su piani diversi, determinando, il primo, l'invalidità della delibera assembleare e, il secondo, l'invalidità del negozio concluso in conflitto di interessi, era stato affermato che l'esigenza di riconoscere e garantire una uniformità di disciplina rendesse preferibile, in presenza di un atto esecutivo del rappresentante sociale, dare applicazione in ogni caso all'articolo 2391, anche in presenza di amministrazioni unipersonali: BELLACOSA Adriano (1997), *Il conflitto d'interessi dell'amministratore unico di società per azioni e l'articolo 2391 del codice civile*, in *Giurisprudenza commerciale*, I, 158.

sufficiente trovarsi in una tal situazione, non essendo requisito per l'applicazione della norma né l'intenzione di agire in vista della realizzazione dell'interesse extrasociale, né, tanto meno, l'azione in tale direzione⁴⁶⁰, tanto più che sarebbe stato assurdo ritenere sussistenti dei doveri, di astensione e comunicazione, solo in capo ad un amministratore che voglia violare il proprio dovere di fedeltà nei confronti della società.

Il precetto della legge era tassativo e giustificabile in virtù dell'esigenza che, al momento di decidere se compiere o meno l'operazione, gli organi sociali fossero a conoscenza e potessero, pertanto, appropriatamente valutare la circostanza che, in ordine a quella stessa operazione, un amministratore si trovasse in una situazione antagonista rispetto a quella della società⁴⁶¹.

L'obbligo di informazione, inoltre, gravava sia sull'amministratore che non partecipasse all'adunanza in cui veniva trattata l'operazione, rispetto alla quale lo stesso versasse in conflitto di interessi, sia su quello intervenuto⁴⁶².

Ad avviso di gran parte della dottrina⁴⁶³, l'obbligo di astensione gravante sull'amministratore in conflitto di interessi atteneva, però, unicamente all'esercizio del diritto di voto e non anche alla partecipazione alla riunione ed alla discussione in ordine all'opportunità della operazione. Infatti, sebbene fosse stata sostenuta anche un'interpretazione secondo la quale il consigliere in conflitto non dovesse prendere parte né alla discussione, né al

⁴⁶⁰ Si tratta di un'osservazione fatta propria da ENRIQUES Luca (2000), *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, Giuffrè, 195, il quale, a pagina 183 e seguenti, metteva altresì in guardia dalla polisemia che investe l'espressione "conflitto di interessi". Da un lato, infatti, la situazione di riferimento può essere la mera presenza di un pericolo per l'interesse dell'amministrato, dall'altro il conflitto di interessi potrebbe rilevare già come una violazione di un dovere di fedeltà e lealtà proprio del gestore.

⁴⁶¹ PERONE Gianluca (2000), *Sub. Articolo 2391*, in *Codice civile ipertestuale*, a cura di BONILINI, CONFORTINI, GRANELLI, Torino, Utet, 3875.

⁴⁶² MARANO Pierpaolo (1996), *Sull'astensione degli amministratori di società di capitali*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 627 e seguenti; *contra*, CAGNASSO Oreste (1991), *L'amministrazione collegiale e delegata*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da COLOMBO e PORTALE, IV, Torino, 272.

⁴⁶³ FRÈ Giancarlo e SBISÀ Giuseppe (1997), *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca. Artt. 2325-2409*, 829; MARANO Pierpaolo (1996), *Sull'astensione degli amministratori di società di capitali*, in *Giurisprudenza commerciale*, 627 e seguenti; BONELLI Franco (1992), *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, Giuffrè, 88 e seguenti. Si vedano altresì le riflessioni svolte a proposito dei risvolti penali dell'obbligo di astensione, nel capitolo dedicato al previgente articolo 2631 del codice civile.

voto⁴⁶⁴, una simile interpretazione non trovava, tuttavia, saldi appigli testuali, sicché era opinione condivisa che il consigliere in conflitto avesse solo l'obbligo di non votare nelle delibere cui fosse interessato⁴⁶⁵.

L'esigenza di preservare la corretta funzionalità dell'organo amministrativo della società, evitando che gli amministratori potessero essere influenzati nell'esercizio del loro ufficio, appariva, comunque, sufficientemente tutelata attraverso il dovere di informazione e, d'altro canto, sarebbe potuto apparire superfluo impedire all'amministratore, una volta che questi avesse comunicato agli altri partecipanti la particolare situazione in cui si trovava, di esprimere la sua opinione in ordine all'operazione.

È stato, in effetti, osservato che chi si astiene dall'adozione della delibera manifesta una volontà che non è di consenso, né di dissenso, rispetto ad una determinata proposta e quindi alla relativa delibera, bensì neutra. Più complessa, tuttavia, appare la valutazione del comportamento di chi, intervenuto alla riunione del consiglio, abbandoni il luogo dell'adunanza prima dell'inizio delle operazioni di voto o manifesti inequivocabilmente la volontà di non parteciparvi, restando, però, nei locali dove avviene la votazione⁴⁶⁶. Se, però, si individua nell'astensione un'espressione di

⁴⁶⁴ CHIAPPETTA Francesco (1991), *La partecipazione al voto e alla discussione dell'amministratore in conflitto d'interessi*, in *Giurisprudenza commerciale*, I, 265 e seguenti. C'è da dire che si trattava di una soluzione indubbiamente più elegante, dal momento che avrebbe contribuito a fugare ogni dubbio circa la correttezza dell'amministratore, al quale solo, invece, era rimessa la scelta, moralmente apprezzabile, di non perorare in favore del proprio interesse, per poi limitarsi alla mera osservanza di un obbligo formale. Osserva, peraltro, ENRIQUES Luca (2000), *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, Giuffrè, alla nota 66 di pagina 233, come tale soluzione avesse avuto, nel vigore dell'analogo articolo 150 del codice di commercio, autorevolissimi sostenitori, quali FRÉ, ASQUINI, PUGLIATTI. CHIAPPETTA, d'altro canto, osserva che l'interpretazione maggioritaria, pure se sostenuta da autorevoli studiosi di diritto commerciale, è frutto di una scarsa analisi del problema, che la dottrina commercialistica non ha approfondito. Quanto alla dottrina penalistica, che l'Autore pure richiama, citando ANTOLISEI e CONTI, si sarebbe occupata maggiormente della questione, in ragione del collegamento con l'allora vigente articolo 2631 del codice civile e tuttavia avrebbe finito con l'interpretare in senso restrittivo il significato della partecipazione alla deliberazione. Tenuto conto, però, della peculiarità dell'interpretazione di una norma penale, riteniamo che la questione vada affrontata più ampiamente *infra*, nella parte dedicata all'abrogata disposizione di cui all'articolo 2631 del codice civile, cui si rinvia.

⁴⁶⁵ ROVELLI Luigi (1989), *Direzione unitaria e responsabilità nel gruppo*, in *Le società*, 1132; BONELLI Franco (1992), *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, Giuffrè, 61 e seguenti.

⁴⁶⁶ Così osservava MARANO Pierpaolo (1996), *Sull'astensione degli amministratori di società di capitali*, in *Giurisprudenza commerciale*, 04, 622 e seguenti, secondo il quale chi si allontana a

neutralità, non sembrerebbero sussistere ostacoli affinché anche queste ultime ipotesi vi rientrino⁴⁶⁷.

Gli Autori⁴⁶⁸ che avevano, però, sostenuto che l'obbligo di astensione dovesse essere inteso nel senso di giungere a precludere all'amministratore in conflitto di interessi la possibilità stessa di partecipare al dibattito precedente la votazione, prendevano, tuttavia, spunto dalle differenze letterali riscontrabili tra il dettato dell'articolo 2391, che faceva riferimento all'astensione dalla partecipazione alla deliberazione e quello dell'articolo 2373, che vieta, invece, il solo esercizio del diritto di voto, sottolineando, poi, come la nozione di deliberazione non si esaurisca nella votazione, ma comprenda anche la partecipazione alla discussione⁴⁶⁹.

5. Il dovere di non agire in conflitto di interessi.

Sebbene dottrina e giurisprudenza avessero rilevato che la norma di cui all'articolo 2391 del codice civile fosse applicabile alle sole ipotesi di deliberazione da parte del consiglio di amministrazione, in realtà questa opinione, restrittiva della portata della disposizione in parola, concerneva, a rigore, esclusivamente la validità del negozio.

In effetti, come osservato in dottrina⁴⁷⁰, nel caso di società gestita da un

prescindere da quelli che ne sono i motivi, è di fatto assente alla votazione e, quindi, dal risultato della stessa formalizzato nella delibera. La riflessione di questo Autore, tuttavia, seppure estensivamente riferibile anche alle deliberazioni del consiglio di amministrazione, era incentrata prevalentemente sull'assemblea dei soci.

⁴⁶⁷ Osserva ancora MARANO Pierpaolo (1996), *Sull'astensione degli amministratori di società di capitali*, in *Giurisprudenza commerciale*, 04, 622 e seguenti, in nota 15 e 16, che la volontà di chi si astiene, considerata nel suo aspetto oggettivo, si avvicina in tutte le ipotesi prese in considerazione alla volontà di chi è assente.

⁴⁶⁸ CHIAPPETTA Francesco (1991), *La partecipazione al voto e alla discussione dell'amministratore in conflitto d'interessi*, in *Giurisprudenza commerciale*, I, 265 e seguenti; SALAFIA Vincenzo (1996), *Il conflitto di interessi nelle società di capitali*, *Le Società*, 4, 395.

⁴⁶⁹ In giurisprudenza, solo una pronuncia (Tribunale di Sulmona, 24.9.93) appoggia tale interpretazione, ritenendo che avessero posto in essere «un accorgimento che solo formalmente soddisfaceva l'esigenza di estraneità alle deliberazioni, ma che in effetti non vale ad eliminare la frequente commistione di interessi che si realizza tra i consiglieri, in un gioco di vicendevoli favori ed in un quadro di permanente conflitto di interessi tra carica e privato ex articolo 2391, i componenti del consiglio di amministrazione di una società per azioni i quali, in occasione delle deliberazioni riguardanti affari rispetto ai quali gli stessi versino in conflitto di interessi, di volta in volta escano dall'aula per rientrarvi subito dopo».

⁴⁷⁰ BONELLI Franco (1992), *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano,

amministratore unico o con un unico amministratore delegato, anche su costoro sarebbe gravato un più generale obbligo di non agire in conflitto di interessi derivante dall'applicazione analogica dell'articolo 2391, secondo comma, del codice civile⁴⁷¹.

Come ricordato da attenta dottrina⁴⁷², il terzo comma dell'articolo 2391 è stato aggiunto ai primi due, che sono riconducibili direttamente all'articolo 150 del codice di commercio del 1882, soltanto in una fase avanzata dei lavori per la redazione del codice. Ne conseguiva che l'aggiunta, in tale terzo comma, dell'inciso «qualora possa recare danno alla società» non solo non poteva portare argomenti a favore di un restringimento del campo di applicazione della fattispecie del primo comma, ovvero degli obblighi di comunicazione e astensione, bensì indicava come fosse, invece, richiesto un danno meno che potenziale, ovvero un danno forse anche solo possibile.

Va, peraltro, evidenziato come, nell'articolo 2391 del codice civile l'accento fosse posto sul conflitto, cioè sulla divergenza tra l'interesse dell'amministratore e l'interesse sociale, rappresentata dalla situazione in cui l'amministratore avesse un interesse, per conto proprio o di terzi, ad una operazione orientata secondo date condizioni, mentre rispondeva all'interesse sociale che l'operazione fosse compiuta a diverse condizioni⁴⁷³. Ciò nondimeno, il conflitto non derivava da un'astratta e tipica contrapposizione formale di posizioni, rilevabile indipendentemente dalle effettive condizioni di una determinata operazione: il conflitto era rilevato solo se il contenuto e le modalità dell'operazione fossero tali da determinare

Giuffrè, 81.

⁴⁷¹ L'obbligo di non agire in conflitto di interessi potrebbe farsi derivare anche dagli articoli 1394 e 1395 del codice civile, norme che costituiscono un «principio generale, applicabile come tale nel concorso dei suoi presupposti in ogni caso di conflitto di interessi, anche quando il conflitto medesimo sorga tra le società ed amministratori»: in questo senso, infatti, Cassazione civile, 10 febbraio 1962, n. 285, in *Diritto fallimentare*, 1962, II, 115.

⁴⁷² ENRIQUES Luca (2000), *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, Giuffrè, 193.

⁴⁷³ ROMANO Mario (1967), *Profili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di S.p.A.*, *Raccolta studi di diritto penale*, 44 e ss, 59 e seguenti, nonché 108 e seguenti; BONELLI Franco (1992), *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, Giuffrè, 70.

una concreta divergenza d'interessi⁴⁷⁴.

Ne conseguiva che non assumesse rilevanza in assoluto, ad esempio, né che l'amministratore fosse controparte dell'operazione, né che tale ruolo avesse il suo coniuge, oppure una diversa persona o una diversa società con la quale l'amministratore avesse, direttamente o indirettamente, un qualche interesse per conto proprio o altrui; occorreva, semmai, accertare in quali operazioni le condizioni fossero tali da far emergere che l'amministratore avesse, in concreto, fatto prevalere il proprio o l'altrui interesse personale, danneggiando la società amministrata⁴⁷⁵.

⁴⁷⁴ La contraria opinione, secondo la quale il conflitto indicherebbe una relazione tipica di incompatibilità assoluta, sicché sarebbe sempre rilevabile indipendentemente dall'effettivo contenuto dell'atto, è stata sostenuta, con riferimento al divieto di voto imposto al socio dall'articolo 2373 del codice civile, da JAEGER Pier Giusto (1964), *L'interesse sociale*, Milano, Giuffrè, 209 e seguenti. Questa opinione, se riferita all'amministratore che avesse agito in conflitto di interessi, appariva però contestabile, perché avrebbe colpito anche quelle situazioni in cui l'operazione fosse stata vantaggiosa per la società, per avere l'amministratore concretamente perseguito l'interesse sociale; in queste ipotesi, si domandava BONELLI Franco (1992), *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, Giuffrè, 83, quale risarcimento si sarebbe potuto ottenere dagli amministratori, dato che la società non avrebbe subito alcun danno. A supporto della tesi orientata nel senso della necessità di considerare l'effettivo contenuto dell'operazione per poter affermare che l'amministratore ha violato il proprio obbligo di agire senza conflitto di interessi un riferimento veniva ravvisato nella pronuncia Cassazione penale, 25 febbraio 1959, in *Foro italiano*, 1960, II, 9, che, con riguardo all'articolo 2631 del codice civile (su cui *amplius infra*), aveva evidenziato che l'ipotesi di conflitto «non può minimamente realizzarsi ogni qual volta l'amministratore, magari dopo aver notiziato gli altri amministratori ed i sindaci del ritenuto conflitto di interessi, partecipi alla delibera sostenendo decisamente la soluzione favorevole alla società e votando per essa. Benché la lettera della disposizione incriminatrice sembri suffragare la contraria tesi, bisogna concludere che nell'ipotesi succitata l'illecito penale ex articolo 2631 non ricorre. Diversamente si avrebbe l'incongruenza che l'amministratore il quale si limita ad astenersi dalla deliberazione (che può ben concludersi nel senso da lui desiderato e quindi con danno potenziale per la società) andrebbe indenne da pena; mentre sarebbe passibile di sanzione punitiva l'amministratore che, in seno al consiglio, si sia battuto per il trionfo della tesi contraria al suo interesse privato ed abbia votato a favore della medesima». Si veda anche ACCINNI Giovanni Paolo (1991), *Profili penali del conflitto di interessi nei gruppi di società*, in *Rivista delle società*, 1016, 1031, 1038, 1043, 1049, 1067.

⁴⁷⁵ BONELLI Franco (1992), *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, Giuffrè, 84 e seguenti.

Sezione II

Il vigente articolo 2391 del codice civile

1. Le nuove linee guida in materia di interessi degli amministratori. 2. Il mancato coordinamento con l'articolo 2634 del codice civile. 3. Un interrogativo circa il maggior rigore della nuova disciplina. 4. La *ratio* della norma. 5. Una disciplina sul conflitto di interessi. 6. La comunicazione di ogni interesse. 7. Quando l'interesse dell'amministratore coincide con quello della società. 7.1. Permane un obbligo di astensione? 8. Modelli di tutela preventiva e tutela successiva. 8.1 Il modello di disciplina del conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni. 9. L'emersione dell'interesse in conflitto. 10. Un particolare fenomeno: *gli interlocking directorates*. 11. Il nesso causale rispetto al danno. 11.1. Il significato dell'espressione "danno"

1. Le nuove linee guida in materia di interessi degli amministratori.

Dopo aver rilevato come un esplicito riferimento al conflitto di interessi fosse rinvenibile⁴⁷⁶ nella vecchia norma civilistica, di cui al previgente articolo 2391 del codice civile, e, di conseguenza, nella previgente disposizione penale⁴⁷⁷, occorre ora dare brevemente conto di come sia cambiata la disciplina civilistica contenuta nell'articolo 2391 del codice civile con il d.lgs 17 gennaio 2003, n. 6.

Il nuovo testo dell'articolo 2391 del codice civile impone all'amministratore un obbligo di informazione all'apparenza assai più pregnante, connesso a una disciplina più rigorosa fondata sul valore della trasparenza⁴⁷⁸.

⁴⁷⁶ Qualche dubbio sulla portata di tale riferimento era peraltro sollevato; v. in proposito ANTOLISEI Francesco (2002), *Manuale di Diritto Penale, Leggi complementari*, Volume I, *I reati societari, bancari, di lavoro e previdenza*, XII edizione, Milano, Giuffrè, 261; questo Autore notava come il codice civile ne accennasse nella rubrica dell'articolo 2391, ma non lo definisse.

⁴⁷⁷ Si veda in proposito AMATI Enrico (2005), *Le infedeltà, Le singole fattispecie*, in *Reati societari*, a cura di ROSSI Alessandra, Torino, UTET Giuridica, 405. Sulla fattispecie di cui al previgente articolo 2631 c.c. si veda *infra*.

⁴⁷⁸ Si veda ACQUAROLI Roberto (2004), *Alcune osservazioni sul reato di infedeltà patrimoniale alla luce del nuovo diritto societario*, in *La riforma dei reati societari, Atti del seminario, Macerata, 21 marzo 2003*, a cura di PIERGALLINI Carlo, Milano, Giuffrè, 174-181. Si veda anche, per lucide

Il maggior rigore di questa disciplina vuole, infatti, sottolineare non solo che qualsiasi amministratore, gestore di un patrimonio altrui, non può approfittare della propria posizione per conseguire diretti o indiretti vantaggi, ma anche e, soprattutto, il valore della trasparenza nella gestione della società⁴⁷⁹. La nuova disciplina sul conflitto di interessi si struttura, quindi, come affermazione dei principi della trasparenza e della correttezza, quali valori fondamentali per una buona *corporate governance*⁴⁸⁰.

Dalla riforma del 2003 è, d'altro canto, risultato, altresì, un quadro fortemente improntato anche ad una dimensione privatistica della società commerciale⁴⁸¹, in cui la tutela degli interessi contrapposti presenti al suo interno viene affidata alla contrattazione⁴⁸².

Come visto, il precedente testo dell'articolo 2391 del codice civile poneva, al centro della disciplina il conflitto di interessi, cui lo stesso articolo era intitolato. L'amministratore che in una determinata operazione avesse, per conto proprio o altrui, un interesse in conflitto con quello della società, aveva l'obbligo di darne notizia agli altri amministratori e al collegio sindacale, nonché di astenersi dal partecipare alle deliberazioni riguardanti l'operazione stessa, laddove l'abrogato articolo 2631 del codice civile, come

considerazioni di carattere comparatistico riguardo alle tecniche di prevenzione degli abusi degli amministratori ENRIQUES Luca (2000), *Il conflitto d'interessi nella gestione della società per azioni: spunti teorici e profili comparatistici in vista della riforma del diritto societario*, in *Rivista delle società*, 509 e seguenti.

⁴⁷⁹ MASULLO Maria Novella (2003), 2634, in *Le leggi penali d'udienza*, a cura di PADOVANI Tullio, Milano, Giuffrè, 1308.

⁴⁸⁰ FRANCHI Antonio (2004), *La responsabilità degli amministratori di S.p.A. nel nuovo diritto societario*, in *Temi di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 4.

⁴⁸¹ Il legislatore della riforma del 2003 non ha stravolto la società per azioni come tipo di società per capitali: la linea di riforma ha seguito un disegno volto a diversificare le sottofattispecie (da una parte la s.p.a. chiusa e dall'altra, tra le società aperte, quella quotata e quella con titoli diffusi), tendenzialmente prevedendo per le società chiuse una maggiore personalizzazione nel senso del riconoscimento dell'autonomia privata e, per tutte, norme più precise a tutela della correttezza dell'attività e dei procedimenti. In effetti la più evidente ragione di tale impostazione consisteva nel fatto che la tutela del pubblico risparmio risultava non sufficientemente garantita dalle capacità di discernimento e negoziazione delle parti sul mercato e dunque l'intervento del legislatore appariva necessario per tutelare la regolarità delle contrattazioni e degli scambi come riflesso della corretta *corporate governance* all'interno della società. V. meglio SANTOSUOSSO Daniele U. (2003) *Il nuovo diritto societario, I principi della legge delega e le linee guida della riforma*, Milano, Giuffrè, supplemento al fascicolo 9/2003 di *Diritto & Giustizia*, 3 e seguenti

⁴⁸² ACQUAROLI Roberto (2004), *Alcune osservazioni sul reato di infedeltà patrimoniale alla luce del nuovo diritto societario*, in *La riforma dei reati societari, Atti del seminario, Macerata, 21 marzo 2003*, a cura di PIERGALLINI Carlo, Milano, Giuffrè, 175.

si vedrà, nel precisare che l'obbligo di astensione riguardava la partecipazione alle deliberazioni del consiglio di amministrazione e del comitato esecutivo, ne gravava la violazione di sanzioni penali commisurate alla gravità della violazione.

Venendo a esaminare le peculiarità che caratterizzano la nuova disciplina, va notato che a essere rimasto immutato, nel nuovo testo dell'articolo 2391 del codice civile, vi è solo il 2° periodo del 3° comma, ovvero la limitata opponibilità ai terzi della deliberazione viziata dalla violazione degli obblighi, ora essenzialmente di *disclosure*, imposti agli amministratori.

La riforma ha, infatti, inciso profondamente sulla disposizione in esame, a partire dal dato più evidente, ovvero la rubrica. Non si menziona più l'amministratore, che in una determinata operazione abbia, per conto proprio o di terzi, un interesse in conflitto con la società. Il conflitto di interessi, scomparso dalla rubrica dell'articolo, anche all'interno della disposizione è stato sostituito dall'anodina locuzione «interessi degli amministratori».

Il primo comma dispone, dunque, che l'amministratore debba dare notizia agli altri amministratori e al collegio sindacale, di ogni interesse che, per conto proprio o di terzi, abbia in una determinata operazione della società. L'obbligo di dare notizia è, inoltre, particolarmente articolato.

Il vigente articolo 2391 del codice civile, d'altro canto, neppure fa parola dell'obbligo di astensione dell'amministratore interessato. È, invece, posto a carico del consiglio di amministrazione (e del comitato esecutivo)⁴⁸³ l'obbligo di motivare adeguatamente le ragioni e la convenienza per la società dell'operazione. A tal proposito, è da ritenere⁴⁸⁴ che il consiglio di amministrazione, informato dell'interesse di un amministratore, debba

⁴⁸³ A tale considerazione pare potersi arrivare argomentando a partire dal comma 3, che, a differenza del comma 2, menziona esplicitamente sia il consiglio di amministrazione che il comitato esecutivo.

⁴⁸⁴ In questo senso MINERVINI Gustavo (2006), *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2, 156.

adeguatamente motivare la deliberazione, anche nel caso di un eventuale rigetto, tanto nel caso in cui la doverosa comunicazione del singolo sia avvenuta, quanto se la notizia sia pervenuta al consiglio *aliunde*.

La seconda parte del primo comma concerne, poi, in particolare, l'amministratore delegato che abbia interesse in una determinata operazione, dal momento che egli deve astenersi dall'operazione, investendo della stessa l'organo collegiale competente.

Il decreto legislativo n. 310 del 2004 ha, altresì, integrato il primo comma con una parte quarta, nella quale, anche se sommariamente⁴⁸⁵, si considera il caso dell'amministratore unico, facendogli carico di dare notizia dell'interesse anche alla prima assemblea utile⁴⁸⁶.

Il rimedio impugnatorio è previsto dal terzo comma. Sono disciplinate due distinte fattispecie, ovvero l'inosservanza di quanto disposto nei due precedenti commi e l'ipotesi di deliberazioni del consiglio o del comitato esecutivo adottate con il voto determinante dell'amministratore interessato.

Rimane, inoltre, quale requisito per l'impugnazione, per entrambe le fattispecie, che le deliberazioni possano recare danno alla società⁴⁸⁷.

Il quarto comma dispone, poi, che l'amministratore risponda dei danni derivanti dalla sua azione od omissione. Si tratta di una disposizione speciale relativa alla responsabilità dell'amministratore interessato, che si aggiunge a quella prevista dal diritto comune per gli amministratori di società per azioni.

⁴⁸⁵ Così si esprime, ad esempio, MINERVINI Gustavo (2006), *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2, 150.

⁴⁸⁶ Precedentemente all'introduzione di tale modifica sembrava potersi fare riferimento alla norma in generale all'amministratore, e quindi a un qualsiasi amministratore, e dunque ritenere che su di esso gravasse l'obbligo di comunicare al collegio sindacale (*rectius* l'organo di controllo) l'interesse, di cui sia portatore rispetto ad una determinata operazione della società e astenersi dal compierla. Così FRANCHI Antonio (2004), *La responsabilità degli amministratori di S.p.A. nel nuovo diritto societario*, in *Temi di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 7. Tale interpretazione non potrà però essere trasfusa, come vedremo, nel contenuto della norma penale, dal momento che ne determinerebbe un ampliamento in *malam partem*.

⁴⁸⁷ Trattasi di una formula identica a quella contenuta nel terzo comma del testo precedente. Legittimati all'impugnazione sono il collegio sindacale e gli amministratori, esclusi quelli consenzienti, sempre se l'amministratore interessato abbia adempiuto al suo obbligo di informazione.

Il quinto ed ultimo comma dell'articolo 2391 del codice civile, recupera, infine, come è stato notato⁴⁸⁸, sotto il profilo della responsabilità civile comportamenti degli amministratori, come l'utilizzazione di dati, notizie e opportunità di affari appresi nell'esercizio degli uffici, per i quali il previgente articolo 2622 del codice civile comminava una sanzione penale. Tale ultimo comma appare, comunque, eterogeneo rispetto alla materia disciplinata dai primi quattro commi⁴⁸⁹.

2. Il mancato coordinamento con l'articolo 2634 del codice civile.

Come meglio si dirà nel corso della trattazione della normativa penale di riferimento, i redattori del nuovo articolo 2391 del codice civile non hanno compiuto alcun tentativo di coordinare la normativa che andavano creando con l'allora recentemente introdotto articolo 2634 del codice civile. Così, mentre quest'ultima disposizione ruota attorno alla situazione del socio che ha un interesse in conflitto con quello della società, trovando perfetta rispondenza con il vecchio articolo 2391 del codice civile, una tale ipotesi di conflitto non appare più disciplinata dalla disposizione che lo ha sostituito.

Inoltre, la norma penale identifica sommariamente e globalmente la condotta che qualifica illecita, riferendosi al compimento di atti di disposizione, mentre il nuovo testo dell'articolo 2391 del codice civile proceduralizza le operazioni e correla il connotato dell'illiceità ai vizi delle singole fasi del procedimento⁴⁹⁰.

Tra gli effetti di tale impostazione, interamente improntata alla filosofia riformatrice della regolamentazione attraverso norme imperative inderogabili⁴⁹¹, vi è che perde di rilevanza il conflitto di interessi come

⁴⁸⁸ SALANITRO Niccolò, *Gli interessi degli amministratori delle società di capitoli*, in *Rivista delle società*, 2003, 53.

⁴⁸⁹ Così mette in luce MINERVINI Gustavo (2006), *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2, 150.

⁴⁹⁰ Segnala ancora MINERVINI Gustavo (2006), *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2, 151.

⁴⁹¹ SANTOSUOSSO Daniele U. (2003) *Il nuovo diritto societario, I principi della legge delega e le linee*

limite inderogabile delle decisioni del singolo amministratore: al divieto di inquinare il processo decisionale con i condizionamenti derivanti dall'essere portatori di interessi confliggenti con quelli societari, si sostituisce piuttosto un obbligo di trasparenza nel processo decisionale⁴⁹².

Si tratta, comunque, di un profilo della riforma delle società che non poteva non interferire sulla disciplina dettata dalla fattispecie incriminatrice, di poco anteriore, di cui all'articolo 2634 del codice civile, e ciò sia sul piano dell'ambito di applicazione, sia riguardo all'interpretazione degli elementi costitutivi della fattispecie.

Ciò, innanzitutto, proprio perché la nuova disciplina dell'interesse dell'amministratore non contiene più alcun espresso riferimento alla situazione di conflitto di interessi. Il nuovo articolo 2391 si muove infatti lungo due direttrici: in primo luogo regolamenta tutti gli interessi degli amministratori, quindi anche quelli concorrenti, non necessariamente in conflitto con l'interesse della società; ma soprattutto trasforma quello che prima era un mero obbligo di astensione, in un dovere di informazione⁴⁹³.

Il precetto della norma sembra, dunque, consistere in un obbligo di trasparenza da osservare di fronte a qualunque interesse in conflitto, ancorché sia tale da non arrecare pregiudizio alla società. Questo perché, come è stato osservato, il conflitto, nel senso di contrapposizione degli interessi, o è sempre attuale o non è conflitto, mentre potenziale è il danno alla società prima dell'operazione. Semmai può parlarsi di conflitto e di rischio di danno rilevanti o irrilevanti, ma ciò nulla toglie alla sussistenza

guida della riforma, Milano, Giuffrè, supplemento al fascicolo 9/2003 di *Diritto & Giustizia*, 63.

⁴⁹² La riforma del diritto societario mette inoltre mano alla tanto attesa disciplina dei gruppi societari, ma non è possibile affrontare qui tale aspetto, che meriterebbe semmai una trattazione a parte. In discussione sono i confini stessi del conflitto di interessi nelle attività infragruppo, cioè fino a che punto i vantaggi compensativi scriminino la condotta di gestori che con la loro attività non perseguono direttamente il vantaggio dell'ente che amministrano, bensì di un altro ente, nell'ottica del gruppo.

⁴⁹³ ACQUAROLI Roberto (2004), *Alcune osservazioni sul reato di infedeltà patrimoniale alla luce del nuovo diritto societario*, in *La riforma dei reati societari, Atti del seminario, Macerata, 21 marzo 2003*, a cura di PIERGALLINI Carlo, Milano, Giuffrè, 176-177.

concreta del conflitto come situazione antitetica di interessi⁴⁹⁴. In questo senso potrebbe dirsi che l'innovazione consista nell'obbligo di trasparenza anche di fronte ad un conflitto irrilevante⁴⁹⁵.

3. Un interrogativo circa il maggior rigore della nuova disciplina.

Quando nella Relazione governativa al d.lgs n. 6 del 2003 si sottolinea “il maggior rigore” della disciplina introdotta rispetto a quella precedente, il riferimento può evidentemente valere per la sola disciplina civilistica, poiché se la precedente disciplina penalistica del conflitto di interessi aveva una indubbia efficacia deterrente, quella dell'attuale articolo 2634 del codice civile è, come meglio si vedrà nel prosieguo, di fatto inesistente⁴⁹⁶.

Tralasciando, per il momento, un confronto tra le norme penali, anche a voler svolgere una comparazione fra le sole discipline civilistiche che si sono succedute, il maggior rigore di quella nuova potrebbe, tuttavia, essere posto in dubbio⁴⁹⁷. Certo, non può non attribuirsi un certo peso alla constatazione che nei sessant'anni e più di vigenza del vecchio articolo 2391 i giudici avevano annullato per conflitto di interessi due sole deliberazioni⁴⁹⁸.

⁴⁹⁴ SANTOSUOSSO Daniele U. (2003) *Il nuovo diritto societario, I principi della legge delega e le linee guida della riforma*, Milano, Giuffrè, supplemento al fascicolo 9/2003 di *Diritto & Giustizia*, 63.

⁴⁹⁵ La ratio di tale obbligo di trasparenza, anche per i casi di conflitti irrilevanti o inesistenti, risiede, infatti, nella considerazione del legislatore di non voler lasciare al soggetto portatore di un dato interesse il giudizio sulla rilevanza e/o confliggenza del suo interesse medesimo in una certa operazione. L'amministratore interessato sarà, quindi, obbligato a fornire all'organo gestorio e all'organo di controllo, tutti i dettagli che permettano loro una valutazione circa la sussistenza o meno di un conflitto. V. FRANCHI Antonio (2004), *La responsabilità degli amministratori di S.p.A. nel nuovo diritto societario*, in *Temì di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 5.

⁴⁹⁶ MINERVINI Gustavo (2006), *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2, 152; sull'efficacia deterrente della previgente norma penale, si veda anche ENRIQUES Luca, *Ad articolo 2391*, in *Il Nuovo diritto delle società* a cura di MAFFEI ALBERTI, I, Padova, CEDAM, 2005, 768.,

⁴⁹⁷ Un'ampia valutazione è svolta da MAFFEIS Daniele (2004), *Il “particolare rigore” della disciplina del conflitto di interessi nelle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società di capitali*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1053 e seguenti.

⁴⁹⁸ Ovvero una di s.p.a. e una di s.r.l., secondo quanto riferisce ENRIQUES Luca, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, Milano, 2000, p. 3. In passato, comunque, quella della deliberazione presa con il voto determinante dell'amministratore in conflitto di interessi con la società rappresentava la sola ipotesi in cui fosse ammessa l'azione di annullamento, da parte degli amministratori assenti o dissenzienti o dei sindaci. Cfr. GALGANO Francesco e GENGHINI Riccardo (2004), *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, CEDAM, vol. XXIX, 258-259.

Orbene, si potrebbe ritenere che il rigore della nuova disciplina derivi dalla circostanza che la violazione degli analitici obblighi di comunicazione o dell'obbligo di adeguata motivazione della deliberazione possa essere rilevante per l'applicazione dei rimedi di cui agli articoli 2383, comma 3 e 2409 del codice civile⁴⁹⁹. Qualcuno ha, d'altro lato, evidenziato come gli obblighi previsti dall'articolo 2391 contribuiscano a rinforzare dei precetti derivanti dall'etica⁵⁰⁰.

Ad ogni modo, se è opportuno analizzare in che misura si possa attribuire un significato al giudizio di "particolare rigore" espresso nella Relazione, va preso atto che non si tratta di una valutazione agevole. Come notato da un Autore⁵⁰¹, la comparazione in termini di rigore fra le due discipline probabilmente non è possibile, perché esse corrispondono a due modelli diversi: la disciplina precedente era volta principalmente a incidere sul problema del conflitto di interessi come patologia nella gestione della società, mentre quella ora introdotta risponde piuttosto all'esigenza di *disclosure*, nell'ottica di una *governance* improntata alla massima trasparenza dei processi decisionali.

4. La ratio della norma.

Già si è detto che il nuovo testo dell'articolo 2391 del codice civile persegue

⁴⁹⁹ Ad avviso di MAFFEIS Daniele (2004), *Il "particolare rigore" della disciplina del conflitto di interessi nelle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società di capitali*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1055, la violazione può essere rilevante ai sensi degli articoli 2409 e seguenti del codice civile e così i soci potrebbero denunciare al tribunale la reticenza, magari reiterata e sistematica, dell'amministratore sui suoi interessi nelle operazioni sociali ed anche la mancanza di motivazione delle deliberazioni circa le ragioni e la convenienza di deliberazioni adottate in presenza di interessi comunicati dagli amministratori. Parimenti la mancata comunicazione o motivazione potrebbero costituire giusta causa di revoca ai sensi dell'articolo 2383, comma 3 del codice civile. Si veda Trib. Milano, 10 ottobre 1985, in *Giurisprudenza commerciale*, 1986, II, p. 459.

⁵⁰⁰ L'importanza della riflessione circa una possibile soluzione etica del "problema del conflitto di interessi" è indicata da ROSSI Guido (2003), *Il conflitto epidemico*, Milano, Adelphi, 143, e più in generale da BUONOCORE Vincenzo (2004), *Etica degli affari e impresa etica*, in *Giurisprudenza commerciale*, 02, 181 e seguenti. Entrambi gli Autori evidenziano come l'inizio del terzo millennio è stato caratterizzato dal succedersi di eclatanti scandali nel mondo dell'impresa e della finanza, iniziati nel 2000 negli Stati Uniti con il caso Enron e passando nei due anni successivi attraverso gli scandali WorldCom, Vivendi, Ahold, fino ai clamorosi eventi italiani della Cirio e della Parmalat.

⁵⁰¹ MARCHETTI Carlo (2004), *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni: i modelli di definizione di un problema in un'analisi economica comparata*, in *Giurisprudenza commerciale*, Giuffrè, 6, 1229.

l'obiettivo della trasparenza attraverso un'estensione, rispetto al passato, sia quantitativa che qualitativa, dell'obbligo di informazione degli amministratori⁵⁰² circa ogni interesse, per conto proprio o di terzi, che eventualmente abbiano in una determinata operazione, per quanto attiene all'*an* e alle sue modalità.

Dalla novella vengono affermati, così, il principio di trasparenza ed il principio di correttezza della *corporate governance* dal punto di vista gestionale, segnatamente sotto il profilo della prevenzione del danno. Dalla norma si desume, infatti, che non soltanto qualunque tipo di conflitto di interessi, ma qualunque interesse dell'amministratore in una certa operazione societaria dovrà essere portato a conoscenza degli altri amministratori e del collegio sindacale a cura dello stesso amministratore⁵⁰³, facendo puntuale e completa luce sulle sue caratteristiche⁵⁰⁴, in ogni circostanza⁵⁰⁵.

Orbene, in questo modo il nuovo articolo 2391 del codice civile sembra prevedere, come *supra* accennato, una più rigorosa disciplina del conflitto di interessi. Nella nuova norma non è infatti più richiesto che l'interesse dell'amministratore sia in conflitto con quello della società e lo stesso *nomen iuris* della disposizione è cambiato da «conflitto di interessi» a «interessi degli amministratori»⁵⁰⁶.

L'estensione è quindi quantitativa, dal momento che si è liberato l'amministratore dall'onere dell'auto-valutazione del rapporto fra il proprio interesse e quello della società, almeno per quanto concerne l'obbligo di

⁵⁰² *Rectius*: di ciascun amministratore nei confronti degli altri amministratori, nonché del collegio sindacale.

⁵⁰³ SANTOSUOSSO Daniele U. (2003) *Il nuovo diritto societario, I principi della legge delega e le linee guida della riforma*, Milano, Giuffrè, supplemento al fascicolo 9/2003 di *Diritto & Giustizia*, 63.

⁵⁰⁴ Il nuovo testo dell'articolo 2391 del codice civile dispone infatti che «l'amministratore deve dare notizia agli altri amministratori e al collegio sindacale di ogni interesse che, per conto proprio o di terzi, abbia in una determinata operazione della società, precisandone la natura, i termini, l'origine e la portata».

⁵⁰⁵ Questo tema sarà comunque maggiormente discusso e approfondito *infra*, nella trattazione sull'interesse come elemento costitutivo del delitto di omessa comunicazione del conflitto di interessi.

⁵⁰⁶ AMATI Enrico (2005), *Le infedeltà, Le singole fattispecie*, in *Reati societari*, a cura di ROSSI Alessandra, Torino, UTET Giuridica, 408.

informazione dell'amministratore⁵⁰⁷.

L'estensione è poi anche qualitativa, in quanto si esige che l'amministratore precisi la natura, i termini, l'origine e la portata dell'interesse, al fine di permettere all'organo amministrativo⁵⁰⁸ di compiere un'adeguata valutazione. Dunque, anche da questo aspetto, emerge con forza la volontà legislativa che all'auto-valutazione del singolo amministratore si sostituisca la valutazione del collegio.

D'altro canto, liberato dall'onere di autovalutazione, il singolo amministratore è tuttavia soggetto ad un altro e non meno stringente onere, ovvero quella di continua auto-analisi del proprio assetto di interessi⁵⁰⁹, date le conseguenze che possono derivare dalla mancata comunicazione di questo, a maggior ragione dopo che la legge 28 dicembre 2005 n. 262⁵¹⁰ ha introdotto, all'articolo 2629-bis del codice civile, la pena della reclusione da uno a tre anni, se siano derivati danni alla società o a terzi, anche se ciò vale solo per alcuni tipi di società.

La scelta modellistica effettuata dal legislatore non è, tuttavia, del tutto lineare e, anzi, è stato osservato come presenti una qual certa ambiguità⁵¹¹. L'elencazione delle fattispecie che giustificano il ricorso al rimedio impugnatorio, contenuta nel primo periodo del terzo comma, ne è la chiara dimostrazione. Le prime due fattispecie⁵¹² corrispondono al modello volto a promuovere una *governance* improntata a trasparenza dei processi decisionali; la terza fattispecie, ossia l'ipotesi di una deliberazione

⁵⁰⁷ Il che non toglie che la nuova disciplina resti, nel suo complesso, una disciplina del conflitto di interessi, in quanto volta a evitare il prevalere dell'interesse dell'amministratore sull'interesse sociale; si veda, per un maggiore approfondimento, *infra*, nonché l'opera MAFFEIS Daniele (2003), *Il nuovo conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni e di società a responsabilità limitata: (alcune) prime osservazioni*, in *Rivista di diritto privato*, n. 3, 522.

⁵⁰⁸ Consiglio di amministrazione ovvero comitato esecutivo.

⁵⁰⁹ MINERVINI Gustavo (2006), *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2, 153.

⁵¹⁰ Si tratta, come tutti sanno, della cosiddetta legge per la tutela del risparmio.

⁵¹¹ Ancora MINERVINI Gustavo (2006), *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2, 157.

⁵¹² Ovvero le violazioni dei primi due commi dello stesso articolo: omessa o insufficiente comunicazione dell'amministratore interessato, omessa insufficiente o contraddittoria motivazione dell'organo collegiale.

dell'organo collegiale adottata con il voto determinante dell'amministratore interessato, corrisponde piuttosto al modello volto ad incidere su un problema di patologia della gestione sociale. Comune alle tre fattispecie è, però, pur sempre il requisito della idoneità a recare danno alla società.

Può, pertanto, affermarsi che la nuova disciplina concerne il conflitto di interessi, tanto quanto la precedente, è volta a prevenire il pericolo dell'incidenza dell'interesse dell'amministratore sulla cura dell'interesse sociale. Il fine è, infatti, pur sempre la prevalenza dell'interesse sociale.

La grande differenza rispetto al passato è essenzialmente che la tutela del preminente interesse della società non passa più attraverso l'autovalutazione dell'amministratore interessato, bensì è devoluta all'organo collegiale⁵¹³. La stessa Relazione al decreto legislativo di riforma organica delle società espone che, nella nuova disciplina delle deliberazioni del consiglio, così come introdotta all'articolo 2391 del codice civile, «il conflitto di interessi è disciplinato con particolare rigore sotto vari profili».

La nuova norma impedisce che l'amministratore possa continuare a decidere, da solo, circa l'esistenza di un suo rilevante interesse nell'operazione, per trasferire al consiglio, opportunamente informato⁵¹⁴,

⁵¹³ Dunque, se la valutazione dell'organo collegiale è corretta, la deliberazione è conforme all'interesse sociale. È quindi ovvio presupposto del rimedio impugnatorio che la deliberazione non sia conforme all'interesse sociale ("possa recare danno alla società"). Perché mai annullare deliberazioni utili o semplicemente innocue? In questo senso MINERVINI Gustavo (2006), *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2, 158 e, seppure implicitamente, MAFFEIS Daniele (2004), *Il "particolare rigore" della disciplina del conflitto di interessi nelle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società di capitali*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1076 e ss, laddove spiega che una fondamentale differenza è che con il nuovo 2391 non si ha più un giudizio prognostico.

⁵¹⁴ Perché la decisione del consiglio sia consapevole, la comunicazione da parte dell'amministratore deve specificare "la natura, i termini, l'origine e la portata" dell'interesse (articolo 2391, comma 1): vi è consenso fra i commentatori sul punto che nulla di ciò che l'amministratore sa del proprio interesse può essere sottaciuto al consiglio ed anzi l'amministratore è tenuto ad informarsi su ciò che, del suo interesse, egli non sa, ma che la sua diligenza professionale gli impone di sapere al fine di rendere compiutamente informato il consiglio. Si vedano GALGANO Francesco (2003), *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 261; SALANITRO Niccolò (2003), *Gli interessi degli amministratori nelle società di capitali*, in *Rivista delle società*, 1, 51; SALAFIA Vincenzo (2006), *La legge sul risparmio, Le società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n.2, 1468; MAFFEIS Daniele (2003), *Il nuovo conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni e di società a responsabilità limitata: (alcune prime osservazioni)*, in *Rivista di diritto privato*, n. 3, 517 e seguenti.

una decisione sulla convenienza della deliberazione per la società⁵¹⁵.

5. La comunicazione di ogni interesse.

Vi è, poi, un'altra doverosa osservazione da compiere. Per quanto si continui ad avere a che fare una disciplina che, seppure improntata a principi di trasparenza e che mira a trasferire sul collegio obblighi che prima pendevano esclusivamente in capo al singolo amministratore, è pur sempre diretta a governare situazioni di conflitto d'interessi, non si deve, tuttavia, ritenere che l'estensione dell'obbligo di comunicazione a ogni interesse dei singoli amministratori sarà privo di pratiche conseguenze.

A parte l'aggravamento dell'obbligo di auto-analisi di cui si è detto, lo svolgimento delle adunanze consiliari ne risulterà infatti notevolmente appesantito, in quanto all'assolvimento dell'obbligo di dettagliata comunicazione del singolo si aggiunge anche quello di adeguata motivazione delle ragioni e della convenienza dell'operazione da parte del collegio⁵¹⁶.

Pertanto, se sotto il vigore della norma precedente un Autore⁵¹⁷ sottolineava come fosse necessario intendere l'obbligo di comunicazione dell'interesse in conflitto in senso limitato e che tale riduzione dello spettro applicativo della norma derivasse dall'espreso riferimento a “una determinata operazione”, cioè singola, con tutte le sue caratteristiche specifiche, oggi, lo stesso

⁵¹⁵ Si veda BONELLI Franco (2004), *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, Giuffrè, 147. Sottolinea, poi, efficacemente SALANITRO Niccolò (2003), *Gli interessi degli amministratori nelle società di capitali*, in *Rivista delle società*, 1, 51 che “si vuole che la valutazione dell'incidenza dell'interesse sia affidata all'intero consiglio di amministrazione e al collegio sindacale”.

⁵¹⁶ Peggio ancora, osserva MINERVINI Gustavo (2006), *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2, 153-154, per il caso dell'amministratore delegato, il quale, ai sensi del primo comma, 2° periodo, del codice civile dell'articolo 2391, ogni qual volta “faccia capolino” un interesse proprio o di terzi (si pensi agli amministratori delegati di società di gruppo, che spesso sono manager dirigenti distaccati della capogruppo), dovrà astenersi dal compiere l'operazione, investendo della stessa l'organo collegiale.

⁵¹⁷ ENRIQUES Luca (2000), *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, Giuffrè, 203.

Autore⁵¹⁸ torna a esigere che, perché sorga a carico dell'amministratore un obbligo di informazione, l'interesse (non più espressamente qualificato come conflittuale) sia qualitativamente e quantitativamente rilevante⁵¹⁹, nel senso che l'utilità prospettata sia tale da poter ragionevolmente influire sulle scelte di un amministratore mediamente diligente e corretto.

6. Quando l'interesse dell'amministratore coincide con quello della società.

Vi è questione se sia soggetto a comunicazione l'interesse dell'amministratore coincidente con l'interesse della società. La citata dottrina⁵²⁰, per le ragioni *supra* evidenziate, lo esclude. Una simile riflessione a prima vista sembra, in effetti, ovvia e ragionevole, in quanto si è detto che la *ratio* della norma in esame sia comunque quello di disciplinare situazioni di conflitto di interessi, laddove, se gli interessi di amministratori e società coincidono, non si dovrebbe porre alcun problema. In realtà, in un'ottica di completa trasparenza delle scelte gestorie, è essenziale che gli interessi oggetto di comunicazione e successiva discussione siano individuati sulla base della loro rilevanza a incidere sull'amministrazione della società e non già su una presunta inidoneità derivante del tipo di interesse. A tal proposito, un caso esemplare, che emerge dalla riflessione di altra dottrina⁵²¹ è quello degli amministratori

⁵¹⁸ ENRIQUES Luca (2005), in collaborazione con POMELLI Alessandro, *Articolo 2391 (Interessi degli amministratori)*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di MAFFEI ALBERTI Alberto, Padova, CEDAM, 759 e seguenti; svolge interessanti considerazioni sulla «soglia di rilevanza giuridica dell'interesse» anche ZAMPERETTI Giorgio Maria (2005a), *Il «nuovo» conflitto di interessi degli amministratori di s.p.a.: profili sparsi di fattispecie e di disciplina*, in *Le società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n.9, 1087 e seguenti.

⁵¹⁹ Non “marginale, remoto, insignificante”, non, in una parola, “minimale”. Si veda, poi, con maggior dettaglio la discussione circa l'interesse penalmente rilevante ai sensi dell'articolo 2629-bis. Se è infatti innegabile che la disposizione penale compia un rinvio alla disciplina in esame, d'altro canto è altrettanto evidente che esigenze di legalità nell'individuazione della condotta punibile siano percepite dai penalisti, sì che anch'essi, forse con rigore ancor maggiore, devono occuparsi di delimitare l'area dell'obbligo di comunicazione.

⁵²⁰ ENRIQUES Luca (2005), in collaborazione con POMELLI Alessandro, *Articolo 2391 (Interessi degli amministratori)*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di MAFFEI ALBERTI Alberto, Padova, CEDAM, 760.

⁵²¹ MINERVINI Gustavo (2006), *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.*, in *Giurisprudenza*

remunerati, in tutto o in parte, con compensi incentivanti.

In prima battuta si potrebbe pensare che clausole di questo genere forniscano la rappresentazione concreta dell'interesse sociale ed escludano, quindi, che l'interesse degli amministratori chiamati a beneficiarne possa reputarsi non coincidente o addirittura antagonistico rispetto all'interesse sociale. Ma non è esattamente così. In realtà simili clausole individuano solo taluni degli obiettivi della società. Ad esempio, le clausole incentivanti correlate al dividendo distribuito o alla quotazione delle azioni, specie se contengono limitazioni temporali, possono spingere gli amministratori a una strategia di massimizzazione dell'utile o del valore di mercato delle azioni nel breve periodo, con il sacrificio delle possibilità di crescita e di stabilità dell'impresa a lungo termine⁵²², dal momento che gli amministratori sono nominati al massimo per un triennio⁵²³. Ne consegue che nemmeno gli interessi degli amministratori scaturenti dalle clausole in discorso si sottraggono alla disciplina dell'articolo 2391 del codice civile

D'altro lato, poiché l'articolo 2391, terzo comma, annovera, tra le deliberazioni degli organi collegiali amministrativi suscettibili di impugnativa, le deliberazioni adottate con il voto determinante dell'amministratore interessato, è opportuna una riflessione su che cosa significhi, in questo specifico contesto, la locuzione amministratore interessato. È, infatti, da ritenere opportuna un'interpretazione restrittiva, ovvero che si debba considerare esclusivamente l'ipotesi in cui l'amministratore portatore di un interesse personale voti, in quella deliberazione, in senso conforme al proprio interesse. Sarebbe, viceversa, contro ogni logica e paradossale, che si inficiasse una deliberazione per il

commerciale, 2, 154.

⁵²² Critico delle *stock options* ritenute figlie dell'"enfaticizzazione dell'obiettivo della creazione di valore per gli azionisti" è MONTALENTI Paolo (2004), *Il conflitto di interessi nella riforma del diritto societario*, in *Rivista di Diritto Civile*, 244.

⁵²³ Salvo rinnovo, naturalmente, ma "di doman non v'è certezza": cfr. VENTORUZZO Marco (2005), *Articolo 2391. Interessi degli amministratori*, in *Amministratori*, a cura di GHEZZI, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da MARCHETTI, Milano, Egea, 444.

voto determinante di un amministratore-gentiluomo⁵²⁴, che avesse votato contro il proprio interesse.

6.1. Permane un obbligo di astensione?

All'amministratore che abbia un interesse nell'operazione non è più espressamente vietato votare: si prende atto che l'interesse del quale egli sia portatore, per conto proprio o di terzi, può ben essere un interesse solidale con quello della società e che l'operazione può realizzarli entrambi, senza recare pregiudizio alla società. Qualora risulti che la deliberazione è suscettibile di recare danno alla società, allora la deliberazione adottata con il voto determinante di quell'amministratore sarà annullabile⁵²⁵; in questo caso, però, è perfettamente comprensibile come, se non sono stati adempiuti gli obblighi di informazione previsti, l'annullamento possa essere richiesto anche da un amministratore non assente, né dissenziente.

Data la previsione dell'impugnabilità della deliberazione adottata con il voto determinante dell'amministratore interessato, emerge, tuttavia, la questione se ciò implichi a suo carico l'obbligo di astensione. La maggioranza della dottrina lo nega; altri ha, invece, così riassunto la normativa vigente: l'amministratore interessato «può votare: a condizione che il suo voto non sia determinante per la delibera a pena di invalidità della stessa», aggiungendo che ciò equivarrebbe a dire che deve astenersi dalla votazione⁵²⁶.

I casi in cui l'incidenza dell'interesse dell'amministratore può, in effetti,

⁵²⁴ Così è stato chiamato con una punta di ironia da ENRIQUES Luca (2005), in collaborazione con POMELLI Alessandro, *Articolo 2391 (Interessi degli amministratori)*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di MAFFEI ALBERTI Alberto, Padova, CEDAM, 768. Di opinione diversa pare VENTORUZZO Marco (2005), *Articolo 2391. Interessi degli amministratori*, in *Amministratori*, a cura di GHEZZI, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da MARCHETTI, Milano, Egea, 477.

⁵²⁵ GALGANO Francesco e GENGHINI Riccardo (2004), *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, CEDAM, vol. XXIX, 268.

⁵²⁶ Così CANDELLERO Dario (2004), *Sub articolo 2391*, in *Il nuovo diritto societario, Commentario agli articoli 2325-2409 del codice civile*, diretto da COTTINO Gastone ed altri, Bologna, Zanichelli, 2004, 750 e seguenti; nello stesso senso BONELLI Franco (2004), *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, Giuffrè, 145 e seguenti.

manifestarsi anche senza il voto dell'amministratore interessato sono, d'altro canto, solo apparenti. Così, nel caso in cui sia violato l'obbligo di comunicazione da parte dell'amministratore interessato, ma quest'ultimo non voti, potrebbe accadere che l'interesse non comunicato incida sull'operazione nel momento in cui gli altri amministratori, che hanno un interesse a favorire l'amministratore interessato, votino contro l'interesse sociale. Similmente potrebbe dirsi del caso in cui sia violato l'obbligo di motivazione e il consiglio abbia votato, senza il voto dell'amministratore interessato, a favore dell'interesse dell'amministratore. In entrambi i casi, in realtà, sarebbe rilevante la situazione di conflitto di interessi degli altri amministratori, che hanno votato a favore dell'operazione⁵²⁷.

7. Modelli di tutela preventiva e tutela successiva.

Al fine di verificare come operi la tutela dell'interesse sociale, occorre verificare se il rimedio offerto dal legislatore operi per il semplice fatto che è stato violato un obbligo, il che segnalerebbe una tecnica di tutela preventiva, ovvero se sia colpito il risultato dell'azione solo nel caso in cui al pericolo sia seguito il danno, ciò che sarebbe indice di una tecnica di tutela successiva.

Sulla scorta dell'analisi lucidamente operata da parte della dottrina commercialistica⁵²⁸, possiamo utilmente richiamare alcuni esempi di discipline del conflitto di interessi. Così, per il conflitto di interessi del notaio, gli articoli 28, comma 1, n. 3 e comma 1, n. 3, legge c.d. notarile 16 febbraio 1913, n. 89 statuiscono che il notaio non può ricevere atti che «contengano disposizioni che interessino lui stesso, la moglie sua (*recte*, “il

⁵²⁷ In questi termini MAFFEIS Daniele (2004), *Il “particolare rigore” della disciplina del conflitto di interessi nelle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società di capitali*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1070.

⁵²⁸ Ancora MAFFEIS Daniele (2004), *Il “particolare rigore” della disciplina del conflitto di interessi nelle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società di capitali*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1056 e seguenti

coniuge suo”) o alcuno dei suoi parenti o affini nei gradi [...] o persone delle quali egli sia procuratore per l'atto da stipularsi», sotto pena di nullità degli stessi atti. D'altra parte, per il conflitto di interessi del giudice, nel processo civile, il codice di procedura civile prevede, all'articolo 51, un obbligo di astensione del giudice, dipendente dalla sussistenza di un interesse nella causa o in altra vertente su identica questione di diritto, o da rapporti di parentela, o da vincoli di affiliazione o convivenza, o da particolari circostanze, o dal precedente svolgimento di determinate attività o dall'esercizio di determinate funzioni. Si tratta di un modello di disciplina incentrato, tipicamente, sulla situazione di conflitto di interessi e che si estende anche ad altri ambiti, in cui il conflitto di interessi riguarda non l'esercizio di un'attività, bensì la conclusione di un contratto⁵²⁹.

Talora si può, peraltro, notare come la tecnica di tutela successiva si aggiunga a quella preventiva. Così è nell'ambito del conflitto di interessi delle banche e degli altri soggetti abilitati alla prestazione di servizi di investimento⁵³⁰, ove è prescritto sia che la banca debba organizzarsi per evitare situazioni di conflitto di interessi e informare il cliente delle eventuali situazioni di conflitto di interessi nelle quali si trova, sia che debba comunque agire, sempre, in situazioni di conflitto di interessi, nell'interesse del cliente⁵³¹.

⁵²⁹ Così, per il contratto di acquisto di beni e diritti dell'incapace da parte del rappresentante legale nei casi previsti dagli articoli 323, 378, 396, comma 2, 424, per il contratto di acquisto di beni da parte dei soggetti elencati nell'articolo 1471 o di acquisto di crediti da parte dei soggetti elencati nell'articolo 1261 (si veda, *amplius*, MAFFEIS Daniele (2002), *Conflitto di interessi nel contratto e rimedi*, Milano, Giuffrè 41 e seguenti nonché 245 e seguenti) la legge prevede che il rimedio impugnatorio opera sul semplice presupposto che sia stato violato l'obbligo di astensione, del tutto indipendentemente dal fatto che il risultato dell'azione, cioè il contratto, sia contrario all'interesse, e quindi dannoso per il sostituito.

⁵³⁰ V. articolo 21 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 e Regolamento CONSOB 11522 del 1 luglio 1998.

⁵³¹ MAFFEIS Daniele (2004), *Il "particolare rigore" della disciplina del conflitto di interessi nelle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società di capitali*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1057, nonché MAFFEIS Daniele (2002), *Conflitto di interessi nel contratto e rimedi*, Milano, Giuffrè, 479 e seguenti. Per un confronto in ottica penalistica si rimanda a ZAMBUSI Angelo (2005), *L'infedeltà patrimoniale interna degli operatori bancari*, Padova, CEDAM, in particolare alle pagine 96 e seguenti, nonché 247 e seguenti.

7.1. Il modello di disciplina del conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni.

Il previgente articolo 2391 del codice civile delineava, come visto, un modello di tutela eterogeneo. La tutela appariva, dunque, preventiva, perché l'amministratore era tenuto, prima della discussione e della deliberazione, a dare notizia dell'interesse in conflitto e ad astenersi dal partecipare alla deliberazione; tuttavia, nella prospettiva dei rimedi, emergeva che la tutela era successiva, perché sia il rimedio risarcitorio sia il rimedio impugnatorio erano subordinati al danno.

Prescindendo dalla circostanza che la vecchia disciplina prevedesse che l'amministratore fosse responsabile delle perdite mentre la nuova prevede che l'amministratore debba risarcire il danno, nozione più ampia di perdita⁵³², si tratta di individuare gli elementi di novità della disciplina di cui al vigente articolo 2391 del codice civile, per andare quindi a verificare quale sia il modello di tutela adottato dal legislatore della riforma.

In primo luogo, dal momento che, come visto, il nuovo articolo 2391 obbliga l'amministratore a comunicare ogni interesse nell'operazione, i casi di conflitto di interessi sono disciplinati dal legislatore facendo riferimento all'interesse, in quanto tale, e non più solo all'interesse in conflitto. Si tratta di un avvicinamento alla disciplina del conflitto di interessi di giudici e notai, i quali tuttavia devono essere imparziali nell'esercizio della propria attività, laddove gli amministratori di società non devono tanto essere imparziali, quanto piuttosto sono tenuti ad agire nell'interesse della società. Per questo, il riferimento ad ogni interesse non comporta, in realtà, l'eliminazione di un qualsiasi criterio di rilevanza dell'interesse⁵³³. Anzi, ne

⁵³² Come osserva MAFFEIS Daniele (2004), *Il "particolare rigore" della disciplina del conflitto di interessi nelle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società di capitali*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1062, nota 28.

⁵³³ Ad onta dell'espressione "ogni interesse", l'amministratore non sarà, tuttavia, tenuto a comunicare letteralmente "ogni" interesse. Esistono, infatti, interessi dell'amministratore che questi sicuramente non comunicherà e che nessuno pretenderà che siano comunicati o che sarebbe irrealistico od ingenuo pretendere di fare oggetto di obbligo di comunicazione. Si pensi all'esempio formulato da MINERVINI

consegue che la decisione del consiglio comporti un giudizio di relazione fra l'interesse dell'amministratore e l'interesse sociale, giudizio che presuppone, da un lato, che sia chiaramente identificato l'interesse dell'amministratore e, dall'altro, che l'intero consiglio si sia compiutamente raffigurato l'interesse sociale nell'operazione. Si tratta pertanto di un giudizio che non si può compiere prima della discussione⁵³⁴.

In secondo luogo, il nuovo articolo 2391 non prevede alcun espresso obbligo di astensione dell'amministratore interessato⁵³⁵. La novità che appare dal testo legislativo è, tuttavia, solo apparente, perché è stato osservato che, in via applicativa, già sotto il vecchio articolo 2391 era prevalsa la considerazione che l'amministratore interessato non rispondesse per aver violato l'obbligo di astenersi quando l'operazione, avuto riguardo alle concrete condizioni che erano emerse dalla discussione, non fosse stata contraria all'interesse sociale⁵³⁶.

Infine, occorre tener conto che il nuovo articolo 2391 obbliga il consiglio di amministrazione a motivare adeguatamente le ragioni e la convenienza per

a proposito dell'interesse, proprio del rappresentante volontario, a svolgere la propria attività in maniera da non essere chiamato a risponderne o a non essere revocato per giusta causa, cfr. MINERVINI Gustavo (1946), *Il conflitto d'interessi fra rappresentante e rappresentato nella recente codificazione*, in *Archivio giuridico*, II, 134 e seguenti; si ricordi, poi, che con il previgente articolo 2391 del codice civile si riteneva non dover essere oggetto di comunicazione dall'amministratore al consiglio l'interesse convergente con l'interesse sociale; si veda in particolare ENRIQUES Luca (2000), *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, Giuffrè, 188.

⁵³⁴ Si rinvia a MAFFEIS Daniele (2004), *Il "particolare rigore" della disciplina del conflitto di interessi nelle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società di capitali*, in *Rivista del diritto commerciale*, nota 32 di pagina 1064, dove si evidenzia che, se, ad esempio, la società ha interesse ad estendere l'ambito di attività, è soltanto dalla discussione che emerge quale sia per la società lo strumento contrattuale opportuno, quale sia il prezzo conveniente, quale il contraente migliore disponibile sul mercato e contemporaneamente, via via che questi elementi si definiscono, «acquista un senso il giudizio se l'interesse dell'amministratore nell'operazione sia o non sia in conflitto, perché il conflitto ci sarà se l'amministratore ha bisogno di favorire un possibile contraente della società al quale è legato da un rapporto d'affari, non ci sarà se al contraente della società sia legato da un semplice rapporto di parentela che non influisce minimamente sulla determinazione delle clausole del contratto».

⁵³⁵ È venuta, cioè, meno la previsione dell'obbligo di astensione, contenuta nel vecchio testo dell'articolo 2391.

⁵³⁶ MAFFEIS Daniele (2004), *Il "particolare rigore" della disciplina del conflitto di interessi nelle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società di capitali*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1065. L'Autore, peraltro, non prende minimamente in considerazione il collegamento della previgente disciplina con la sanzione penale allora prevista all'articolo 2631 del codice civile; quanto si vuole osservare, comunque, è che maggior rilievo aveva non se l'amministratore votava, bensì come votava. Sul punto si veda altresì BONELLI Franco (2004), *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, Giuffrè, 149.

la società dell'operazione, ovvero la rispondenza dell'operazione all'interesse sociale. La necessità di indicare le ragioni della decisione esprime l'esigenza che la motivazione possa essere successivamente apprezzata e giudicata dai terzi, oltre che eventualmente dal giudice, nel più ampio quadro possibile, analogamente a come hanno potuto fare i consiglieri di amministrazione.

Più problematico, semmai, il requisito dell'adeguatezza della motivazione, giacché senza un termine di riferimento si tratta di un concetto privo di significato. L'attribuzione di un significato all'espressione "adeguata" richiama dunque la domanda di partenza, ovvero se il modello adottato con la riforma del 2003 sia improntato soltanto alla sanzione successiva, ovvero anche alla prevenzione⁵³⁷. Nel primo caso, infatti, la motivazione dovrebbe chiarire esclusivamente perché la deliberazione è conveniente, mentre nel secondo la motivazione potrebbe dirsi adeguata solo se contenga anche un resoconto del riesame critico che il consiglio abbia fatto di natura, termini, origine e portata dell'interesse.

8. L'emersione dell'interesse in conflitto.

Il riferimento a ogni interesse porta a dedurre, quantomeno a prima vista, che oggi, a differenza che nel vigore della precedente disciplina, l'obbligo di comunicazione riguardi anche l'interesse non in conflitto. Sul punto, come anticipato, è tuttavia necessario compiere qualche approfondimento.

L'ampiezza dell'espressione normativa fa, infatti, il paio con l'esplicitazione di natura, termini, origine e portata dell'interesse da comunicare. Questo, congiuntamente alla circostanza che è venuta meno l'autovalutazione del singolo, porta a ritenere che prima della discussione e della deliberazione non esistono interessi in conflitto e interessi non in conflitto. In realtà, ed è

⁵³⁷ La sanzione successiva attiene cioè al carattere eventualmente contrario all'interesse del risultato dell'operazione, per l'incidenza di un interesse dell'amministratore, mentre la prevenzione del pericolo della insorgenza di una situazione di conflitto di interessi è attuata tramite la compiuta informazione di tutto il consiglio su ogni interesse degli amministratori.

su questo punto che bisogna evitare ogni fraintendimento, solo dal giudizio sulla situazione di conflitto di interessi, in quanto giudizio di relazione fra interesse dell'amministratore ed interesse sociale nell'operazione, l'interesse dell'amministratore emerge sotto ogni possibile profilo di rilevanza. Dunque, come è stato osservato⁵³⁸, è inesatto distinguere, rispetto a un interesse in una determinata operazione, se sia in conflitto o non lo sia nel momento in cui sorge l'obbligo di comunicazione⁵³⁹.

La nuova formula legislativa è, quindi, più felice della precedente⁵⁴⁰ e non perché obblighi l'amministratore a comunicare anche un interesse non in conflitto, ciò che ha portato a ritenerla più rigorosa, bensì perché elimina ogni equivoco sulla possibilità di un giudizio preventivo sul conflitto e chiarisce che il giudizio sulla convenienza dell'operazione, che spetta all'intero consiglio, può sorgere soltanto dalla discussione e compiersi con la conclusione di essa⁵⁴¹. Ad avvalorare una tale conclusione, si noti che non è previsto alcun rimedio, né impugnatorio, né risarcitorio, se la deliberazione non può recare danno alla società, sia che l'amministratore interessato non abbia comunicato il suo interesse, sia che la deliberazione non contenga la

⁵³⁸ MAFFEIS Daniele (2004), *Il "particolare rigore" della disciplina del conflitto di interessi nelle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società di capitali*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1067.

⁵³⁹ Del resto, se si riuscisse ad immaginare un "interesse non in conflitto", la previsione dell'obbligo di una sua comunicazione agli altri amministratori sarebbe inspiegabile dato che non potrebbe mai, incidendo sull'operazione, renderla contraria all'interesse sociale.

⁵⁴⁰ Secondo MINERVINI già più felice era la formulazione dell'articolo 2391 del codice civile del 1942, perché l'espressione "interesse in conflitto", meglio esprimeva, rispetto ad "interesse contrario" (ovvero la locuzione usata dal codice del commercio del 1882), l'idea per cui ciò che è rilevante è che «l'amministratore ha interesse ad una deliberazione orientata in dato senso, mentre risponde all'interesse sociale una deliberazione orientata in senso diverso»; si veda appunto MINERVINI Gustavo (1956), *Sulla tutela dell'"interesse sociale" nella disciplina delle deliberazioni assembleari e di consiglio*, in *Rivista di diritto civile*, 321. Il legislatore del 2003 ha, quindi, portato a compimento un processo di progressiva chiarificazione della formula, iniziato nel 1942, dal momento che il nuovo articolo 2391 fa oggi riferimento ad ogni interesse nell'operazione mentre il vecchio articolo 2391 faceva riferimento ad interessi in conflitto e l'articolo 150, primo comma, del codice del commercio a interessi contrari. In realtà, come detto nel capitolo dedicato al previgente articolo 2391 del codice civile, la dottrina dominante, nella vigenza del codice di commercio, conscia che la disciplina prendeva in considerazione un momento anteriore alla definizione delle condizioni dell'operazione, faceva riferimento, nonostante la formulazione letterale della norma, ad ogni interesse dell'amministratore che potenzialmente confliggesse con quello della società: ENRIQUES Luca (2000), *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, Giuffrè, 95-97.

⁵⁴¹ In questi termini si esprime MAFFEIS Daniele (2003), *Il nuovo conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni e di società a responsabilità limitata: (alcune) prime osservazioni*, in *Rivista di diritto privato*, n. 3, 522 e 531.

motivazione, sia che il voto dell'amministratore sia stato determinante.

Il vecchio testo dell'articolo 2391 del codice civile, invece, quando rimetteva all'amministratore di valutare, al fine di comunicare ed astenersi, se il proprio interesse fosse in conflitto, utilizzava una formula improvvida, che non ha mai creato problemi applicativi per la sola ragione che la giurisprudenza non ha mai realmente attribuito un autonomo rilievo all'obbligo di comunicazione ed alla conseguente astensione, ma ha piuttosto attribuito rilievo decisivo alle concrete condizioni dell'operazione⁵⁴².

9. Un particolare fenomeno: gli interlocking directorates.

Come evidenziato in un'interessante analisi sviluppata di recente da un Autore⁵⁴³, nell'80% delle società quotate nella borsa italiana sono presenti amministratori titolari di incarichi in imprese concorrenti: si tratta del fenomeno dei cosiddetti *interlocking directorates*.

Orbene, se è innegabile che la condivisione di consiglieri di amministrazione costituisca eccellente strumento di rafforzamento dei legami di controllo azionario, fondati su partecipazioni reciproche di minoranza⁵⁴⁴, un simile fenomeno presenta anche degli aspetti negativi. Minore contendibilità del controllo equivale infatti ad assenza di stimoli per il *management* ad una continua e costante ricerca dell'efficienza, ma non solo: il perseguimento di benefici privati del gruppo di comando minoritario e dei *chief executive officers* a scapito dei piccoli risparmiatori e degli stessi investitori istituzionali incide negativamente sulla stessa appetibilità dei

⁵⁴² MAFFEIS Daniele (2004), *Il "particolare rigore" della disciplina del conflitto di interessi nelle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società di capitali*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1068, in nota.

⁵⁴³ Il riferimento è a SANTAGATA Renato (2009), *Interlocking directorates ed interessi degli amministratori di società per azioni*, in *Rivista delle Società*, n. 2-3 marzo-giugno, 310-346, che a sua volta si basa sui risultati di una recente indagine conoscitiva dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato sugli assetti di *corporate governance* di banche, imprese assicurative e società di gestione del risparmio.

⁵⁴⁴ Ostacola, infatti, la contendibilità, garantendo coesione all'interno dei gruppi.

titoli emessi dalle società.

Per quanto attiene al nostro oggetto d'esame, è interessante verificare come questa situazione generalizzata si ponga in rapporto con le norme di diritto societario in materia di conflitto di interessi.

Prima dell'entrata in vigore della riforma del 2003, in effetti, non sembravano sussistere problemi di liceità circa la coincidenza degli amministratori di più società. Il problema, piuttosto, era, come del resto è tuttora, il corretto esercizio dei poteri connessi alle molteplici cariche assunte da parte dei gestori. Con riguardo al previgente testo dell'articolo 2391 del codice civile, esaminato in precedenza, ricordiamo come esso fosse finalizzato a prevenire conflitti di interessi degli amministratori, suscettibili di recar danno alla società. Secondo tale disposizione, l'amministratore comune alla controllante ed alla controllata, in quanto portatore, nel consiglio di quest'ultima, di un interesse per conto terzi, avrebbe dovuto esplicitarne l'esistenza, solo nel caso, lo si ribadisce, in cui ritenesse, sulla base di una propria valutazione, che il perseguimento di questo fosse idoneo a influenzare la gestione della società controllata in senso contrario all'interesse della stessa.

Diversa la situazione successiva all'entrata in vigore dell'attuale formulazione dell'articolo 2391 del codice civile. La riforma, infatti, parrebbe idonea a impedire gli *interlocking directorates* nei gruppi di società, a prescindere dai rilievi, *supra* compiuti, circa gli aspetti positivi collegati a tale fenomeno.

Sulla base della disciplina degli interessi degli amministratori, infatti, gli amministratori comuni a più società dovrebbero osservare un costante ed esteso dovere di informazione al consiglio ed al collegio sindacale, con riguardo a ogni operazione con possibile portata infragruppo, ovvero non più limitatamente alle ipotesi di conflitto.

Quand'anche effettivamente realizzabile, la puntuale ottemperanza di questo

pervasivo obbligo richiederebbe agli *interlocking directors* un tale dispendio di tempo ed energie dall'impedire in fatto l'assunzione stessa del cumulo di cariche⁵⁴⁵. Si aggiunga che, qualora gli amministratori delegati fossero tra quelli comuni, il dovere di astensione li escluderebbe dalla gestione strategica del gruppo: l'amministrazione delegata sarebbe dunque privata della sua utilità operativa nel gruppo⁵⁴⁶.

Orbene, come già accennato, la tensione all'obiettivo della trasparenza realizzata attraverso un'informazione, che sia la più ampia e completa possibile, conduce ad un ulteriore e differente problema, che emerge in tutta la sua rilevanza proprio considerando la situazione degli *interlocking directors*. L'obbligo di informativa, quand'anche debitamente ottemperato, non porterebbe infatti ad alcun risultato positivo, se la mole dei dati di cui deve essere data notizia non fosse preceduta da un'accurata selezione degli stessi. Eccessiva informazione, in questi termini, equivale infatti a carenza della stessa⁵⁴⁷.

10. Il nesso causale rispetto al danno.

Il vigente testo dell'articolo 2391 del codice civile stabilisce, al terzo comma, che il rimedio impugnatorio per conflitto di interessi debba dipendere dal danno, nei casi in cui è stato violato l'obbligo di comunicazione o di motivazione. Non vi è, tuttavia, alcun riferimento all'incidenza dell'interesse, perché l'amministratore interessato abbia espresso un voto determinante: ne consegue che non rileva, affinché scatti il

⁵⁴⁵ Tenuto conto della persistente diffusione del fenomeno, come osserva SANTAGATA Renato (2009), *Interlocking directorates ed interessi degli amministratori di società per azioni*, in *Rivista delle Società*, n. 2-3 marzo-giugno, 312 e seguenti, «quand'anche effettivamente realizzabile in presenza di una fitta trama di operazioni infragruppo, la puntuale ottemperanza di questo pervasivo obbligo richiederebbe agli *interlocking directors* un tale dispendio di tempo ed energie dall'impedire in fatto l'assunzione stessa del cumulo di cariche».

⁵⁴⁶ PATRONI GRIFFI Ugo (2003), *Commento all'articolo 2391 del codice civile*, in *La riforma delle società*, a cura di M. SANDULLI e V. SANTORO, I, Torino, 2003, 464.

⁵⁴⁷ Tale selezione dovrebbe essere diretta ai dati che, per le loro *oggettive caratteristiche*, rivelino il potenziale pericolo di una *determinata operazione* per la società controllante o controllata. Cfr. *amplius supra*.

rimedio impugnatorio, che l'interesse non comunicato o, nel caso di mancanza di un'adeguata motivazione, quello comunicato non abbiano inciso sulla deliberazione.

Potrebbe pertanto apparire che l'amministratore interessato sia responsabile, indipendentemente dall'incidenza del proprio voto, ogni volta che per una ragione qualsiasi la deliberazione sia contraria all'interesse sociale, sol che egli non abbia comunicato il proprio interesse nell'operazione, ovvero non abbia votato per motivare circa le ragioni e la convenienza dell'operazione per la società. Peraltro, la presenza, al comma successivo, dell'espressione «danni derivati dalla sua azione od omissione» evoca, quantomeno in tema di rimedio risarcitorio, il requisito del nesso causale.

Se ne conclude che la nuova disciplina appare connotata da un particolare rigore nella misura in cui il rimedio impugnatorio, per il caso di violazione dell'obbligo di comunicazione e dell'obbligo di motivazione, prescinde dal voto determinante dell'amministratore interessato⁵⁴⁸.

10.1. Il significato dell'espressione "danno".

Per comprendere la reale portata della modifica legislativa, bisogna, tuttavia, verificarne la possibile applicazione, tenuto altresì conto che costituisce criterio consolidato in giurisprudenza, nell'applicazione delle menzionate discipline del conflitto di interessi nell'esercizio di attività, quando il rimedio impugnatorio dipende dalla sussistenza di un danno, quello di considerare rilevante non qualsiasi risultato dell'azione che fosse

⁵⁴⁸ Oggi non è affatto in discussione che i rimedi impugnatorio e risarcitorio presuppongano il danno, mentre è in discussione il requisito dell'incidenza. Tuttavia, secondo SANTAGATA Renato (2009), *Interlocking directorates ed interessi degli amministratori di società per azioni*, in *Rivista delle Società*, n. 2-3 marzo-giugno, 310-346, si impone il necessario coordinamento tra sistemi strettamente connessi e complementari, non a caso collocati in due norme consecutive, gli artt. 2391 e 2392 del codice civile: da un lato la trasparenza degli interessi degli amministratori e dall'altro il regime della loro responsabilità verso la società, nell'applicazione del quale hanno oggi assunto rilievo decisivo, appunto, le "funzioni in concreto attribuite" agli amministratori (articolo 2392, comma 1, secondo periodo). Inoltre e soprattutto, l'amministratore comune a più società sembra potersi esimere dall'osservanza dell'informazione richiesta dall'articolo 2391, comma 1, rispetto ad operazioni infragruppo effettuate a "condizioni normali" (articolo 2343-bis, comma 4) e di mercato.

contrario all'interesse, bensì esclusivamente il risultato contrario all'interesse per l'incidenza dell'interesse in conflitto, ovvero, nel caso degli amministratori di società, per il voto determinante dell'amministratore interessato. Dunque, l'incidenza dell'interesse sull'atto ha rappresentato, sino ad oggi, un requisito ineliminabile nella disciplina del conflitto di interessi⁵⁴⁹.

Oggi, divenuti irrilevanti, a norma dell'articolo 2391 del codice civile, il voto determinante e dunque l'incidenza dell'interesse, il requisito del danno non può conservare lo stesso significato che l'espressione ha rivestito sotto la vecchia disciplina, ovvero quello di contrarietà all'interesse sociale per l'incidenza dell'interesse in conflitto. Al danno deve, dunque, essere attribuito un significato diverso.

È, però, necessaria una riflessione, su cui poi tornare quando dovrà essere valutata la natura dell'elemento del danno nel delitto introdotto all'articolo 2629-bis del codice civile. In effetti, può notarsi come far dipendere un rimedio per violazione di legge da un danno, che non dipende dalla violazione di legge, possa apparire arbitrario. Orbene, l'interprete, di fronte ad una scelta arbitraria del legislatore, potrebbe essere tentato di fornire una lettura delle norme tendenzialmente *contra litteram legis*, ad esempio considerando che la violazione dell'obbligo di comunicazione da parte dell'amministratore interessato e la violazione dell'obbligo di adeguata motivazione da parte del consiglio siano vizi che rendono impugnabili le deliberazioni del consiglio, in quanto prese non in conformità della legge, cioè ai sensi dell'articolo 2388, comma 4 del codice civile, che prevede

⁵⁴⁹ Come chiarito da MAFFEIS Daniele (2004), *Il "particolare rigore" della disciplina del conflitto di interessi nelle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società di capitali*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1073 e seguenti l'Autore precisa altresì che l'interprete non ha faticato, né fatica, a giustificare tale applicazione. E aggiunge che in materia di conflitto di interessi il significato dell'espressione "danno", quale requisito per la reiezione degli effetti da parte del *dominus*, è quello di contrarietà all'interesse per l'incidenza dell'interesse in conflitto. La tutela successiva contro il conflitto di interessi scatta, infatti, quando esso ha inciso sull'atto.

l'annullabilità come rimedio generale⁵⁵⁰.

Oltre che in ragione dell'eccessiva severità della disciplina che conseguirebbe a una simile soluzione, vi è, tuttavia, anche un altro motivo che spinge a rivalutare l'elemento del danno espresso dall'articolo 2391 del codice civile. Il requisito del danno trova, infatti, la sua *ratio* nell'esigenza di limitare il numero delle deliberazioni di società di capitali che potranno essere impugnate. In questo senso, il danno può essere considerato come un elemento aggiuntivo, che contribuisca a restringere la nozione per limitare i casi di impugnazione.

Si tenga anche conto che, mentre nel vigore della precedente disciplina il riferimento al danno potenziale si spiegava perché il danno diveniva attuale con l'esecuzione della decisione⁵⁵¹, oggi bisogna comprendere per quale ragione anche il nuovo articolo 2391 richieda che la deliberazione possa recare danno.

Il problema è, essenzialmente, che con il nuovo articolo 2391 non si ha un giudizio prognostico: il giudice applicherà l'articolo 2391 una volta che la deliberazione è già stata presa. Probabilmente, dunque, il fraseggio dell'articolo 2391 si spiega nel senso che esso detta un requisito dell'impugnazione ed è dunque una norma rivolta all'attenzione tanto del giudice, che dei soggetti legittimati a proporre l'impugnazione. Nel nuovo articolo 2391 la potenzialità potrebbe esprimere, oltre al concetto della prossima esecuzione, quello di incertezza della lesione. Naturalmente, occorrerà che la contrarietà della deliberazione all'interesse sociale rientri in quella incertezza qualificata che è la probabilità.

Questa lettura, che potrebbe, quindi, consentire l'abbandono del concetto di

⁵⁵⁰ Così MAFFEIS Daniele (2004), *Il "particolare rigore" della disciplina del conflitto di interessi nelle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società di capitali*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1074 e seguenti; è lo stesso Autore, tuttavia, ad osservare che, nell'interpretazione del nuovo articolo 2391, questa lettura va scartata dall'interprete, oltre che perché contro la lettera della disposizione, dal momento che un rimedio impugnatorio, che prescindesse dal danno, sarebbe eccessivamente severo.

⁵⁵¹ La deliberazione era potenzialmente dannosa, nel senso che era destinata ad essere eseguita.

incompatibilità degli interessi, è, comunque, perfettamente in linea con le caratteristiche della disciplina introdotta dalla riforma del diritto societario.

Capitolo II **L'estensione della tutela penale**

Sezione I

Il previgente articolo 2631 del codice civile

1. Il precedente modello sanzionatorio. **2.** L'ambito di applicazione e i soggetti attivi. **3.** La *ratio* dell'incriminazione e il bene giuridico tutelato. **4.** Interesse della società e interesse dell'amministratore. 4.1. Interesse per conto di terzi. 4.2. Valutabilità dell'interesse. **5.** La situazione di conflitto e suoi limiti di rilevanza. 5.1. L'effettività del conflitto d'interessi. 5.2. L'attualità del conflitto d'interessi. 5.2.1. Fideiussioni e compensi. 5.2.2. La società con un unico socio. **6.** Elemento materiale. 6.1. La partecipazione alla deliberazione. 6.2. Rilevanza o meno della direzione del voto. 6.3. L'eccessivo rigore formalistico. 6.4. La discrasia rispetto alla disciplina civilistica. 6.5. L'orientamento giurisprudenziale. 6.5.1. Il requisito della marginalità del voto. **7.** Elemento soggettivo. **8.** La causazione di un pregiudizio alla società.

1. Il precedente modello sanzionatorio.

Prima della riforma del diritto penale societario del 2002, il nostro ordinamento contemplava una norma, l'articolo 2631 del codice civile, che nelle intenzioni del legislatore⁵⁵², muniva di difesa penale l'articolo 2391 del codice civile⁵⁵³, ovvero l'ipotesi di conflitto di interessi dell'amministratore di società di capitali.

Si trattava indubbiamente della figura criminosa maggiormente significativa in materia e non a caso è quella che viene presa in considerazione ai fini della presente trattazione. Si è, infatti, osservato come tale norma fosse «l'unica, fra le disposizioni penali societarie, che, in via del tutto generale⁵⁵⁴

⁵⁵² Secondo quanto riporta ANTOLISEI Francesco (1999), *Leggi complementari, vol. I-I reati societari, bancari, di lavoro e previdenza, Manuale di Diritto Penale*, XI edizione, Milano, Giuffrè, 313.

⁵⁵³ Naturalmente nella versione vigente fino alla riforma del 2003. Per maggiori dettagli sulla portata innovativa della disciplina attualmente vigente, v. *supra*.

⁵⁵⁴ Si trattava, in effetti, non già dell'unica disposizione a disciplinare situazioni di conflitto di interessi, quanto piuttosto la sola ad operare un'astrazione rispetto alle possibili condotte indicative di

- seppure restringendo, oggettivando la situazione-base, l'ambito di tutela -
accentra la sua considerazione nel dominio naturale dell'abuso del
patrimonio della società⁵⁵⁵».

un simile conflitto, ciò che costituisce la ragione per cui è tale fattispecie a essere presa in considerazione ai fini del presente lavoro. Non può, peraltro, tacersi l'esistenza di norme quali quelle di cui all'abrogato articolo 2624 del codice civile e all'articolo 136 del d.lgs 385 del 1993, anch'essa oggetto di ripetute novelle. In effetti, non può tacersi come la riforma operata dal d.lgs 61 del 2002 abbia attuato una vera e propria *abolitio criminis* quanto alla fattispecie di "Prestiti e garanzie della società", la quale sanzionava «gli amministratori, i direttori generali, i sindaci e i liquidatori che contraggono prestiti sotto qualsiasi forma, sia direttamente sia per interposta persona, con la società che amministrano o con una società che questa controlla o da cui è controllata, o che si fanno prestare da una di tali società garanzie per debiti propri», ma al tempo stesso permanga una figura analoga nell'ordinamento italiano, e precisamente all'articolo 136 ("Obbligazioni degli esponenti bancari") del Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia. Orbene, tale disposizione, originariamente costituiva una norma speciale rispetto all'articolo 2624 del codice civile, prevedendo un apposito meccanismo di deroga proprio per gli esponenti bancari (si rinvia, per maggior approfondimento, a ZAMBUSI Angelo (2005), *L'infedeltà patrimoniale interna degli operatori bancari*, Padova, CEDAM, 14 e seguenti, come pure 96 e seguenti), nel senso di prevedere che chi svolgeva funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso una banca non potesse contrarre obbligazioni di qualsiasi natura o compiere atti di compravendita, direttamente o indirettamente, con la banca che amministra, dirige o controlla, «se non previa deliberazione dell'organo di amministrazione presa all'unanimità e col voto favorevole di tutti i componenti dell'organo di controllo, fermi restando gli obblighi di astensione previsti dalla legge». I dubbi sull'eventuale tacita abrogazione della norma a seguito della riforma dei reati societari, con l'eliminazione della fattispecie di base, questione circa i termini della quale si rinvia a AMBROSETTI Enrico Mario (2008), *La "trasparenza interna": le fattispecie a tutela del patrimonio della banca*, in AMBROSETTI Enrico Mario, MEZZETTI Enrico, RONCO Mauro, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, Zanichelli, 320 e seguenti, nonché, con particolare riferimento all'intervento della Consulta, SEMINARA Sergio (2005), *Note sul reato di illeciti rapporti patrimoniali tra dirigenza e banca (art.136, t.u.b.)*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, vol. LVIII, maggio-giugno 2005, 238-252, furono peraltro superati a seguito della novellata disciplina, di cui all'articolo 136 T.U.B., introdotta con il d.lgs 37 del 2004 e successivamente dal d.lgs 262 del 2005. Ad oggi, la fattispecie di cui alla suddetta disposizione del T.U.B. continua dunque, pur in assenza di un'analoga disposizione tra i reati societari, a stabilire che «chi svolge funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso una banca non può contrarre obbligazioni di qualsiasi natura o compiere atti di compravendita, direttamente o indirettamente, con la banca che amministra, dirige o controlla, se non previa deliberazione dell'organo di amministrazione presa all'unanimità e col voto favorevole di tutti i componenti dell'organo di controllo», sempre fermi restando gli obblighi di astensione, oltre che «a chi svolge funzione di amministrazione, direzione e controllo, presso una banca o società facenti parte di un gruppo bancario, per le obbligazioni e per gli atti indicati nel comma 1 posti in essere con la società medesima o per le operazioni di finanziamento poste in essere con altra società o con altra banca del gruppo. In tali casi l'obbligazione o l'atto sono deliberati, con le modalità previste dal comma 1, dagli organi della società o banca contraente e con l'assenso della capogruppo». Continua, inoltre, a essere prevista la medesima sanzione stabilita dall'articolo 2624, primo comma, del codice civile, nonostante ora tale disposizione (falso in revisione) sia posta a salvaguardia di un bene affatto diverso, un discorso a parte deve essere svolto, poi, in relazione al previgente articolo 2630 del codice civile, ovvero l'abrogata fattispecie di violazione di obblighi incombenti agli amministratori. Tale disposizione puniva con la reclusione fino ad un anno e con una multa gli amministratori, che percepissero compensi o partecipazioni in violazione dell'articolo 2389, ovvero assumessero per conto della società partecipazioni in altre imprese, che per la misura e per l'oggetto, importassero una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale determinato dall'atto costitutivo.

⁵⁵⁵ ROMANO Mario (1967), *Profili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di S.p.A.*, *Raccolta studi di diritto penale*, 125; analogamente, PEDRAZZI Cesare (1953), *Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 543; BETTIOL Rodolfo (1971), *Conflitto d'interessi e deliberazione collegiale nell'ambito delle società di capitali e cooperative (art. 2631 del codice civile)*, in *Giurisprudenza di merito*, IV, 52; nonché FOFFANI Luigi (1987), *La tutela della società commerciale contro le infedeltà patrimoniali degli amministratori. Prima parte*, in *Giurisprudenza commerciale*, 94.

Per l'appunto, la disposizione collegava la sanzione penale alla disciplina civilistica, la quale, come visto, stabiliva che l'amministratore, che in una determinata operazione avesse, per conto proprio o di terzi, un interesse in conflitto con quello della società, avrebbe dovuto darne notizia agli altri amministratori e al collegio sindacale, oltre ad astenersi dal partecipare alle deliberazioni riguardanti l'operazione stessa.

Il previgente articolo 2631 del codice civile, significativamente rubricato «conflitto d'interessi», puniva, dunque, con la pena della multa, l'amministratore che, avendo in una determinata operazione, per conto proprio o di terzi, un interesse in conflitto con quello della società, non si astenesse dal partecipare alla deliberazione del consiglio o del comitato esecutivo⁵⁵⁶, relativa all'operazione stessa. Al capoverso, inoltre, alla multa si aggiungeva la pena della reclusione, se dalla deliberazione fosse derivato un pregiudizio alla società.

Tale disposizione sanzionatoria generava diversi problemi interpretativi, che andremo brevemente ad esaminare e non a caso definiti, da autorevole dottrina⁵⁵⁷, “sottili e tormentosi”.

2. L'ambito di applicazione e i soggetti attivi.

Innanzitutto va segnalato che, da un lato, la collocazione della norma, sotto il capo II del titolo XI⁵⁵⁸, e, dall'altro, il puntuale riferimento, nella

⁵⁵⁶ Il riferimento alla deliberazione del comitato esecutivo, accanto a quella del consiglio, è stato opportunamente inserito dall'articolo 10 comma 1 l. 157/1991 (sulla disciplina dell'*insider trading*), onde colmare una vistosa lacuna del regolamento previgente, nel quale - ad onta della palese identità di *ratio* - il debito rispetto del principio di stretta legalità impediva di ritenere penalmente rilevante la partecipazione del soggetto qualificato alle deliberazioni dell'organo collegiale ristretto (lacuna tanto più grave a fronte di ciò, che laddove è previsto, il comitato esecutivo decide praticamente tutto, e che non era invece riscontrabile in ambito civilistico, giacché l'articolo 2391 del codice civile riferiva già *ab origine* genericamente l'obbligo di astensione alle "deliberazioni riguardanti l'operazione", con espressione suscettiva quindi di abbracciare anche le delibere del comitato). Per una valutazione sulla modifica, si veda ACCINNI Giovanni Paolo (1991), *Profili penali del conflitto di interessi nei gruppi di società*, in *Rivista delle società*, 1070, il quale, pur esprimendo un giudizio complessivamente positivo, sottolinea, al tempo stesso, come permanessero delle lacune, relativamente alle operazioni che non fossero sottoposte a formali deliberazioni.

⁵⁵⁷ NAPOLEONI Valerio (1992), *Infedeltà ed abusi di potere*, Milano, Giuffrè, 26.

⁵⁵⁸ Ovvero, tra le *Disposizioni penali in materia di società e consorzi*, proprio nelle *Disposizioni speciali per le società per azioni, in accomandita per azioni, a responsabilità limitata e per le società*

descrizione della condotta tipica, alla deliberazione del consiglio o del comitato esecutivo, rendevano palese come destinatari del precetto fossero unicamente gli amministratori di società per azioni, in accomandita per azioni, a responsabilità limitata e cooperative, nelle quali esistesse un consiglio di amministrazione.

Un altro elemento pure indicativo dell'eccessivo formalismo, o della «frettolosa formulazione»⁵⁵⁹, della disposizione era costituito dalla mancata considerazione della posizione dell'amministratore unico. Questi, infatti, sarebbe sempre sfuggito alla sanzione in quanto, non essendovi un consiglio di amministrazione, non avrebbe mai integrato la condotta dolosa, che consisteva appunto nella partecipazione alla delibera del consiglio o del comitato esecutivo⁵⁶⁰.

La disposizione risultava, quindi, inapplicabile non soltanto ai fatti commessi nell'ambito delle società di persone, ma anche nei riguardi di quelle società di capitali in cui mancasse un organo amministrativo collegiale⁵⁶¹. Peraltro, l'assunto secondo cui l'amministratore unico non poteva rendersi responsabile del delitto in esame era in perfetta sintonia con le *supra* esaminate conclusioni di giurisprudenza e dottrina circa l'ambito di operatività del previgente articolo 2391 del codice civile.

cooperative.

⁵⁵⁹ Secondo l'espressione di ANTOLISEI Francesco (1999), *Leggi complementari, vol. I -I reati societari, bancari, di lavoro e previdenza, Manuale di Diritto Penale*, undicesima edizione, Milano, Giuffrè, pagina 313.

⁵⁶⁰ V. in proposito anche SAMORÌ Samuele (1990), *Conflitto di interessi ed illeciti rapporti patrimoniali*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, a cura di MAZZACUVA Nicola, Padova, CEDAM, vol. II, 257.

⁵⁶¹ ANTOLISEI Francesco (1999), *Leggi complementari, vol. I -I reati societari, bancari, di lavoro e previdenza, Manuale di Diritto Penale*, XI edizione, Milano, Giuffrè, 467; NAPOLEONI Valerio (1992), *Infedeltà ed abusi di potere*, Milano, Giuffrè, 28; quest'ultimo Autore osservava che l'amministratore unico, invero, ove avesse deciso e compiuto operazioni rispetto alle quali si trovava in conflitto di interessi con la società, avrebbe eventualmente risposto, se del caso, di un diverso reato, quale l'appropriazione indebita aggravata o il delitto di cui all'allora vigente articolo 2624 del codice civile (ovvero di aver contratto prestiti o essersi fatto prestare garanzie dalla società), ma mai di quello in esame.

3. La ratio dell'incriminazione e il bene giuridico tutelato.

A proposito della norma in esame, va ricordato come nella Relazione ministeriale si segnalasse che attraverso tale fattispecie si intendeva apprestare una difesa penale contro la trasgressione dell'obbligo imposto dall'allora vigente articolo 2391 del codice civile⁵⁶², ai sensi del quale l'amministratore che avesse, in una determinata operazione, per conto proprio o di terzi, un interesse in conflitto con quello della società, era tenuto a darne notizia agli altri amministratori e al collegio sindacale, oltre ad astenersi dal partecipare alle deliberazioni riguardanti l'operazione stessa. La sanzione civilistica predisposta per l'inosservanza di tale precetto comminava, però, come visto, l'obbligo al risarcimento del danno, solo nel caso che dal compimento dell'operazione fossero derivate delle perdite alla società.

Inoltre, la tesi secondo cui la norma penale avrebbe sanzionato l'inosservanza del precetto civilistico appariva posta in dubbio dall'osservazione che l'articolo 2631 stabiliva la sanzione per la violazione di uno solo degli obblighi imposti all'amministratore in conflitto, ovvero quello di astenersi dal partecipare alla delibera⁵⁶³.

Il fine dell'incriminazione veniva, comunque, generalmente individuato nell'intento di evitare che un interesse conflittuale con quello della società potesse intervenire a turbare la fedeltà dell'organo amministrativo, ovvero a scongiurare il pericolo che, in una situazione di conflitto tra l'interesse della società ed un interesse extrasociale, l'amministratore, tradendo il vincolo di fedeltà inerente alla sua carica, potesse far prevalere, in seno all'organo deliberante, il primo, a scapito dei corretti criteri di gestione.

⁵⁶² Dettato bensì in tema di società per azioni, ma esteso alle altre società dotate di personalità giuridica dagli articoli 2464, 2487 comma 2 e 2516 del codice civile

⁵⁶³ Così correttamente osservava NAPOLEONI Valerio (1992), *Infedeltà ed abusi di potere*, Milano, Giuffrè, 27.

Come osservato da parte della dottrina⁵⁶⁴, oggetto precipuo di tutela penale era perciò, ovviamente, l'interesse della società alla conservazione e all'incremento del proprio patrimonio, il che non poneva particolari problemi per quanto concerne l'ammissibilità del suo inserimento nel novero dei beni giuridici. Si trattava, insomma, di impiegare la sanzione penale al fine di impedire che l'organizzazione sociale venisse distolta dal perseguimento dello scopo sociale e assicurare che i gestori non abusassero del potere di cui erano investiti.

Nonostante questa impostazione normativa, l'interprete doveva, tuttavia, guardarsi dal rischio di essere indotto a ritenere che il vincolo di fedeltà, che lega l'amministratore alla società, fosse o potesse essere elevato a bene giuridico. All'amministratore non andava, dunque, imputato l'aver compiuto un atto esorbitante le proprie attribuzioni o ispirato a finalità extrasociali, bensì l'aver recato danno alla società con abuso dei propri poteri⁵⁶⁵.

Analogamente, non andava immune da critiche neppure l'opinione dottrinale in base alla quale il termine di riferimento della protezione penale, in questo particolare settore dei reati societari, avrebbe dovuto essere individuato nella "correttezza formale" dei gestori, nel "buon funzionamento" del

⁵⁶⁴ FOFFANI Luigi (1987), *La tutela della società commerciale contro le infedeltà patrimoniali degli amministratori. Prima parte*, in *Giurisprudenza commerciale*, 91 e seguenti. In particolare l'Autore afferma che «A parte il più che problematico inquadramento costituzionale di un bene giuridico modellato sul valore della fedeltà dell'amministratore alla società, finirebbe per essere inevitabilmente sacrificata, in una simile prospettiva, l'esigenza di "afferrabilità" dell'oggetto della tutela» e mette in guardia che «il pericolo maggiore non è tanto quello di poter confondere la fedeltà con il bene giuridico, quanto piuttosto quello di concentrare il fuoco del disvalore penale sull'«azione infedele», sulla «contrarietà al dovere», la quale incarnerebbe « la quintessenza ideale della figura criminosa», a tutto scapito dell'offesa al bene giuridico, il "disvalore dell'evento" (la lesione o la messa in pericolo del patrimonio sociale), che finirebbe per essere relegato ai margini della fattispecie»; richiama quindi ZUCCALÀ Giuseppe (1961), *L'infedeltà nel diritto penale*, Padova, CEDAM, 241 e 242, il quale assegna al risultato offensivo della condotta un ruolo meramente secondario ed eventuale nella costruzione della fattispecie di infedeltà; in essa, infatti, «non si richiede necessariamente un evento per la perfezione del delitto: la legge punisce la condotta infedele senza esigere puntualmente una conseguenza lesiva. Il delitto di infedeltà è delitto di condotta: ed anche quando si richiede, da parte della norma, che un evento derivi dalla condotta [...], il disvalore del mezzo sovrasta pur sempre il disvalore del risultato».

⁵⁶⁵ Così, PEDRAZZI Cesare (1953), *Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 577; nello stesso senso ROMANO Mario (1967), *Profili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di S.p.A.*, *Raccolta studi di diritto penale*, 132, nota 112, nonché, in una prospettiva *de iure condendo*, MARINUCCI Giorgio e ROMANO Mario (1971), *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in *Diritto penale delle società commerciali*, a cura di NUVOLONE Pietro, Milano, Giuffrè, 117.

consiglio di amministrazione, nella “limpidezza” della gestione sociale⁵⁶⁶. Anche una simile impostazione, infatti, porta a svilire l'autonomo significato dell'offesa, facendone «null'altro che un doppione della tipicità, attraverso la creazione di beni giuridici meramente fittizi⁵⁶⁷».

Si tratta di osservazioni che, come si vedrà, mantengono la propria rilevanza anche oggi, riguardo alle nuove disposizioni, cui il previgente articolo 2631 ha lasciato il passo.

Occorre peraltro dar conto che, in ordine all'identificazione dell'oggetto della tutela sussisteva un parziale⁵⁶⁸ contrasto in dottrina. Un primo orientamento, infatti, ravvisava il bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice nel patrimonio della società⁵⁶⁹, considerato sia sotto l'aspetto della conservazione dei valori esistenti, sia sotto quello del loro incremento⁵⁷⁰. Il legislatore avrebbe voluto, insomma, liberare la società dai «rischi relativi a soluzioni vantaggiose per chi detiene il potere deliberativo»⁵⁷¹.

⁵⁶⁶ GIULIANI BALESTRINO Ubaldo (1978), *I problemi generali nei reati societari*, Milano, Giuffrè, 28 e 46.

⁵⁶⁷ FOFFANI Luigi (1987), *La tutela della società commerciale contro le infedeltà patrimoniali degli amministratori. Prima parte*, in *Giurisprudenza commerciale*, 93.

⁵⁶⁸ Tale lo definiva NAPOLEONI Valerio (1992), *Infedeltà ed abusi di potere*, Milano, Giuffrè, 32; l'Autore osservava, infatti, come l'identificazione della *ratio* della norma in esame non presentasse, invece, particolari problemi interpretativi, dal momento che appariva evidente la potenzialità lesiva di una situazione di conflitto di interessi, come evidenziava la stessa Relazione ministeriale al codice civile (Relazione al Re). D'altro canto, tuttavia, la distinzione tra le diverse posizioni in tema di bene giuridico tutelato, pur partendo da tale comune presupposto, derivava proprio dalla considerazione che non era altrettanto univoca l'identificazione del bene leso o messo in pericolo dal conflitto d'interessi.

⁵⁶⁹ ACCINNI Giovanni Paolo (1991), *Profili penali del conflitto di interessi nei gruppi di società*, in *Rivista delle società*, 1044 e seguenti; MIRTO Pietro (1954), *Il diritto penale delle società*, Milano, Giuffrè, 321; SAMORÌ Samuele (1990), *Conflitto di interessi ed illeciti rapporti patrimoniali*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, a cura di MAZZACUVA Nicola, Padova, CEDAM, vol. II, 256. Nel senso che la norma tuteli in via primaria il patrimonio della società e indirettamente e di riflesso quello dei soci e dei creditori, BRICOLA Franco (1976), *Il costo del principio societatis delinquere non potest nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, 1016.

⁵⁷⁰ Si vedano NAPOLEONI Valerio (1992), *Infedeltà ed abusi di potere*, Milano, Giuffrè, 32 e ss; FOFFANI Luigi (1987), *La tutela della società commerciale contro le infedeltà patrimoniali degli amministratori. Prima parte*, in *Giurisprudenza commerciale*, 91 e seguenti, nonché FOFFANI Luigi (1990), *Le fattispecie di infedeltà patrimoniale degli organi sociali: conflitto di interessi ed illeciti rapporti patrimoniali*, in *Diritto penale commerciale*, a cura di MAZZACUVA Nicola, volume II, *I reati societari e il mercato mobiliare*, Torino, Utet, 211.

⁵⁷¹ Così ROMANO Mario (1967), *Profili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di S.p.A.*, *Raccolta studi di diritto penale*, 127 e seguenti.

Secondo altra dottrina⁵⁷², invece, sulla base della preliminare considerazione che la norma sanzionasse la dazione del voto in una situazione di conflitto in sé e per sé, a prescindere da ogni nota di pericolo effettivo per gli interessi patrimoniali della società, il bene giuridico sarebbe stato costituito dall'interesse alla correttezza formale delle deliberazioni del consiglio di amministrazione e del comitato esecutivo; correttezza formale, per l'appunto, tale da assicurare una gestione del patrimonio sociale trasparente e onesta. Il momento del danno patrimoniale sarebbe, d'altro canto, passato in secondo piano nell'economia della norma penale, imperniata essenzialmente sul mezzo lesivo tipico e sul disvalore intrinseco di quest'ultimo. Sicché, anche a voler ammettere che l'articolo 2631 del codice civile proteggesse indirettamente interessi di natura patrimoniale, assumendo la connotazione di reato plurioffensivo, all'osservanza delle forme sarebbe stata comunque riconosciuta una posizione di priorità nella scala dei valori tutelati⁵⁷³.

La tesi da ultimo ricordata era stata, peraltro, criticata, in quanto, come accennato, si era obiettato che il concetto di corretto funzionamento del consiglio di amministrazione non sarebbe suscettibile, per la sua

⁵⁷² ANTOLISEI Francesco (1999), *Leggi complementari, vol. I -I reati societari, bancari, di lavoro e previdenza, Manuale di Diritto Penale*, undicesima edizione, Milano, Giuffrè, 467; CONTI Luigi (1988), *Disposizioni penali in materia di società e consorzi. Art. 2621-2642*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di GALGANO Francesco, III edizione, Bologna, Zanichelli, 243; FOFFANI Luigi (1990), *Le fattispecie di infedeltà patrimoniale degli organi sociali: conflitto di interessi ed illeciti rapporti patrimoniali*, in *Diritto penale commerciale*, a cura di MAZZACUVA Nicola, volume II, *I reati societari e il mercato mobiliare*, Torino, Utet, 211; GIULIANI BALESTRINO Ubaldo (1978), *I problemi generali nei reati societari*, Milano, Giuffrè, 46; PEDRAZZI Cesare (1953), *Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 580, accenna ad una preminente tutela del «buon funzionamento del consiglio di amministrazione», seguito sul punto da CHIAPPETTA Francesco (1991), *La partecipazione al voto e alla discussione dell'amministratore in conflitto d'interessi*, in *Giurisprudenza commerciale*, I, 268. In giurisprudenza, si veda Cassazione pen, sez. V, 4.7.1989, in *Rivista Penale*, 1991, 46 e in *Cassazione Penale*, 1991, I, 307, che parla specificamente di «garanzia della correttezza formale delle deliberazioni adottate dagli amministratori»; infine, rilevante si presentava anche la sentenza Trib. Milano 6.2.1988, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1989, II, 107, secondo cui l'articolo 2631 del codice civile imponeva «un obbligo di 'correttezza formale' indipendentemente dal verificarsi di un danno».

⁵⁷³ STELLA Federico (1960), *Profili penalistici del conflitto di interessi degli amministratori di società commerciali*, Nota a Cassazione penale 25.2.1959, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 943.

evanescenza, di essere considerato quale oggetto di tutela penale⁵⁷⁴. Era stato, altresì, osservato che l'asserita esigenza di garantire una amministrazione formalmente corretta si sarebbe, tutt'al più, sostanziata nell'enucleazione di un bene giuridico meramente strumentale⁵⁷⁵.

In effetti, tra le due soluzioni interpretative sopra ricordate, quella che identificava l'oggetto della tutela nel patrimonio sociale si dimostrava con ogni probabilità più convincente⁵⁷⁶. Anche al di là del, pur puntuale, rilievo circa l'evanescenza dell'entità che avrebbe dovuto essere assunta a termine di riferimento dell'offesa, infatti, sintomatico dell'intenzione del legislatore penale era lo stesso capoverso dell'articolo 2631 del codice civile, che, considerando la causazione di un pregiudizio alla società come motivo di aggravamento della pena, indicava in che direzione andare a cercare quale fosse l'evento temuto, anche a livello di semplice pericolo⁵⁷⁷.

Soprattutto, poi, la tesi in virtù della quale la tutela sarebbe stata incentrata sulla mera limpidezza delle deliberazioni consiliari appariva destinata a perdere di consistenza nel momento in cui si evidenziava come la fattispecie criminosa in esame, in realtà, non prescindesse affatto, come si dirà, dall'esigenza del riscontro di un pericolo effettivo per i valori patrimoniali dell'ente.

Sotto un'altra prospettiva, si riteneva, poi, che la norma incriminatrice fosse stata posta a salvaguardia non soltanto della società, ma anche dei soci e dei terzi, in particolare dei creditori sociali. Essi pure, infatti, sono interessati, oltre che alla conservazione ed all'incremento del patrimonio sociale, al buon funzionamento dell'ente⁵⁷⁸.

⁵⁷⁴ FOFFANI Luigi (1987), *La tutela della società commerciale contro le infedeltà patrimoniali degli amministratori. Prima parte*, in *Giurisprudenza commerciale*, 93 e 101.

⁵⁷⁵ ROMANO Mario (1967), *Profili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di S.p.A.*, *Raccolta studi di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 134 e seguenti.

⁵⁷⁶ NAPOLEONI Valerio (1992), *Infedeltà ed abusi di potere*, Milano, Giuffrè, 34

⁵⁷⁷ ACCINNI Giovanni Paolo (1991), *Profili penali del conflitto di interessi nei gruppi di società*, in *Rivista delle società*, 1040

⁵⁷⁸ ANTOLISEI Francesco (1999), *Leggi complementari, vol. I - I reati societari, bancari, di lavoro e previdenza, Manuale di Diritto Penale*, XI edizione, Milano, Giuffrè, 467 in nota; SAMORÌ Samuele

A prescindere, comunque, dalla difficoltà di concepire un interesse dei terzi, penalmente tutelato, al rispetto delle regole interne di funzionamento dell'ente, tale considerazione non mancava di suscitare perplessità anche nell'ottica della protezione del patrimonio sociale, in quanto il soggetto passivo sembrava dover essere identificato unicamente nella società, nei cui soli confronti sussiste quel vincolo di fedeltà, il tradimento della quale costituisce il mezzo tipico di aggressione all'interesse protetto⁵⁷⁹.

In quest'ottica, conseguiva altresì che il consenso dell'assemblea ad una data operazione si sarebbe dovuto ritenere rilevante, nell'ottica applicativa della scriminante dell'articolo 50 del codice penale, se non addirittura tale da escludere la configurabilità stessa della situazione di conflitto d'interessi⁵⁸⁰.

4. Interesse della società e interesse dell'amministratore.

Allo stesso tempo, condizione affinché sorgesse l'obbligo dell'amministratore di astenersi dal partecipare alla deliberazione consiliare o del comitato esecutivo, la violazione del quale costituiva il presupposto della condotta e connotava il reato in esame, era che l'amministratore avesse, in una determinata operazione per conto proprio o di terzi, un interesse in conflitto con quello della società.

La disposizione poneva, quindi, all'interprete due distinti ordini di problemi: da un lato, l'esatta individuazione dei due termini del conflitto, ovvero l'interesse della società e l'interesse dell'amministratore; dall'altro, la

(1990), *Conflitto di interessi ed illeciti rapporti patrimoniali*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, a cura di MAZZACUVA Nicola, Padova, CEDAM, vol. II, 256; implicitamente, Trib. Milano 6.2.1988, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1989, II, 107.

⁵⁷⁹ Nel senso che la fattispecie dell'articolo 2631 del codice civile sia posta ad esclusiva tutela della società, MAZZACUVA Nicola (1985), *Problemi attuali di diritto penale societario*, Milano, Giuffrè, 25 e in nota; v. pure gli accenni in BRICOLA Franco (1976), *Il costo del principio societas delinquere non potest nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, 1016; in ambito privatistico, JAEGER Pier Giusto (1964), *L'interesse sociale*, Milano, Giuffrè, 143 e seguenti.

⁵⁸⁰ In quest'ultimo senso, ZUCCALÀ Giuseppe (1988), *Dei delitti di infedeltà degli organi verso la società: problemi attuali*, in *Rivista trimestrale di Diritto penale dell'economia*, 163 e NAPOLEONI Valerio (1992), *Infedeltà ed abusi di potere*, Milano, Giuffrè, 35;

determinazione della natura di detta situazione e dei caratteri che essa doveva presentare per assumere rilevanza penale.

Quanto al primo aspetto, l'attenzione andava portata anzitutto sul primo parametro di verifica della situazione conflittuale dell'amministratore, ossia l'interesse sociale. Stabilire in che cosa questo consistesse era, in verità, un compito per nulla agevole, soprattutto perché la definizione del concetto di interesse sociale rappresenta il principale campo di battaglia di due contrapposte teorie, quella istituzionalistica e quella contrattualistica.

Per limitarci soltanto a fugacissimi accenni su di esse, basti rammentare che alla stregua della prima teoria l'interesse sociale si concreterebbe in un *quid* trascendente l'interesse dei soci, identificandosi nell'interesse dell'impresa in sé, ossia all'efficienza dell'apparato produttivo.

Nella dottrina penalistica, che si è occupata del tema in relazione all'articolo 2631⁵⁸¹, prevaleva, tuttavia, la teoria contrattualistica, secondo cui l'interesse sociale non consisterebbe in null'altro che nell'interesse comune dei soci, e, più precisamente, nell'interesse di costoro alla realizzazione dello scopo della società, ovvero ancora nel conseguimento di utili per il tramite della realizzazione dell'oggetto sociale.

L'interesse sociale, comunque, non sembra poter essere considerato come equivalente alla semplice somma degli interessi particolari dei singoli soci, trattandosi, invece, di un interesse obiettivo ed astratto⁵⁸². In sintesi, può

⁵⁸¹ CONTI Luigi (1988), *Disposizioni penali in materia di società e consorzi. Art. 2621-2642*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di GALGANO Francesco, III edizione, Bologna, Zanichelli, 246; ROMANO Mario (1967), *Profili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di S.p.A.*, *Raccolta studi di diritto penale*, 60; STELLA Federico (1960), *Profili penalistici del conflitto di interessi degli amministratori di società commerciali*, Nota a Cassazione penale 25.2.1959, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 948.

⁵⁸² Per la dottrina commercialistica JAEGER Pier Giusto (1964), *L'interesse sociale*, Milano, Giuffrè, 181 e seguenti; tra i penalisti si rinvia ad ACCINNI Giovanni Paolo (1991), *Profili penali del conflitto di interessi nei gruppi di società*, in *Rivista delle società*, 1050. Nella giurisprudenza di legittimità, nel senso che un conflitto tra società di capitali ed amministratori possa configurarsi anche quando questi ultimi ne siano gli unici soci, in un'ottica istituzionalistica, si vedano Cassazione civile 20.6.1958, n. 2148 (nel senso che è possibile configurare un conflitto di interessi tra la totalità dei soci e l'ente societario; in *Giurisprudenza Italiana*, 1959, 1, 204) e Cassazione civile 25.10.1958, n. 3471 (la quale afferma che ben è configurabile un conflitto di interessi fra una società di capitali e i soci stipulanti in suo nome, anche quando essi siano i soli soci ed amministratori della società; in *Diritto Fallimentare*, 1958, 2, 61).

dirsi che l'interesse sociale coincida con l'interesse comune dei soci in quanto tali.

Quanto al secondo punto, meno ardua, invece, era l'individuazione del dato antagonistico di riferimento della situazione conflittuale, rappresentato dall'interesse dell'amministratore. Esso consiste nella prospettiva di vantaggio collegata a una determinata direzione della deliberazione consiliare o del comitato. Va rimarcato, tuttavia, che, come evidenziato in dottrina, siffatta prospettiva di vantaggio in tanto poteva venire in considerazione nell'orbita della disposizione incriminatrice *de qua*, in quanto possedesse la nota dell'extra-socialità: ovverosia, il risultato positivo che l'agente si prefigurava non doveva passare per il tramite della sua eventuale qualità di socio⁵⁸³.

4.1. Interesse per conto di terzi.

Per esplicita previsione normativa, inoltre, ai fini della configurabilità di un conflitto di interessi giuridicamente significativo, veniva in considerazione non soltanto l'interesse che nell'operazione l'amministratore avesse per conto proprio, ma anche quello di cui egli si facesse portatore per conto di terzi. Siffatta indicazione veniva interpretata da una parte della dottrina come espressiva dell'intendimento legislativo di attribuire valenza penalistica non solo al vantaggio che l'amministratore potesse realizzare in forma diretta ed immediata⁵⁸⁴, ma altresì a quello che egli potesse ottenere in forma indiretta e mediata⁵⁸⁵. Tale opinione appariva, peraltro, parzialmente da correggere, risultando maggiormente rispondente al dato normativo ritenere che, mediante l'inciso in questione, si fosse voluto riconnettere l'obbligo di astensione, oltre che al caso in cui l'amministratore fosse titolare di un

⁵⁸³ Si veda, in proposito, NAPOLEONI Valerio (1992), *Infedeltà ed abusi di potere*, Milano, Giuffrè, 38.

⁵⁸⁴ Ad esempio, assumendo direttamente la veste di controparte contrattuale della società.

⁵⁸⁵ Ad esempio, contrattando con la società amministrata per conto di altra società nella quale vanti una partecipazione di rilievo.

interesse personale nell'operazione cui la delibera si riferiva⁵⁸⁶, anche all'ipotesi in cui il soggetto qualificato risultasse portatore nel frangente di un interesse altrui.

Ci si domandava, peraltro, a tale riguardo, se fosse necessario che fra amministratore e terzo contro interessato intercorresse una relazione che potesse qualificarsi come giuridica, per effetto della quale il primo avesse l'obbligo di curare l'interesse del secondo. Tenuto conto della *ratio* della norma, sembrava, tuttavia, che il quesito meritasse risposta negativa, soprattutto alla luce della considerazione che notevole incidenza potevano rivestire dei rapporti di carattere familiare, ai quali, pure, non si connette alcun obbligo giuridico di perseguire l'interesse del terzo.

4.2. Valutabilità dell'interesse.

L'interesse dell'amministratore doveva essere, altresì, oggettivamente valutabile, non rilevando ai fini dell'applicazione della norma incriminatrice un semplice movente psicologico extrasociale, privo di effettivi collegamenti con la realtà esterna, dal quale l'amministratore fosse eventualmente ispirato nella dichiarazione di voto⁵⁸⁷.

Controverso era, poi, se detto interesse dovesse necessariamente attenersi alla sfera economico-patrimoniale. La tesi affermativa veniva giustificata, da un lato, con l'esigenza di omogeneità, nel quadro della situazione di conflitto, tra l'interesse dell'amministratore ed interesse della società⁵⁸⁸ e, dall'altro, con la specificazione dell'evento temuto in termini di pregiudizio

⁵⁸⁶ Non importa se in via mediata o immediata: l'interesse indiretto, in definitiva, è pur sempre un interesse "per conto proprio": così NAPOLEONI Valerio (1992), *Infedeltà ed abusi di potere*, Milano, Giuffrè, 38.

⁵⁸⁷ ROMANO Mario (1967), *Profili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di S.p.A.*, Raccolta studi di diritto penale, 52e seguenti; v. pure FOFFANI Luigi (1990), *Le fattispecie di infedeltà patrimoniale degli organi sociali: conflitto di interessi ed illeciti rapporti patrimoniali*, in *Diritto penale commerciale*, a cura di MAZZACUVA Nicola, volume II, *I reati societari e il mercato mobiliare*, Torino, Utet, 212; SAMORÌ Samuele (1990), *Conflitto di interessi ed illeciti rapporti patrimoniali*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, a cura di MAZZACUVA Nicola, Padova, CEDAM, vol. II, 257.

⁵⁸⁸ Sulla natura patrimoniale del quale non dovrebbero sussistere dubbi, date le condizioni strutturali e finalistiche dell'organismo societario.

economico contenuta negli articoli 2631, comma secondo, e 2391, commi secondo e terzo del codice civile⁵⁸⁹.

Sennonché, siffatte osservazioni conducevano solo alla conclusione che il conflitto dovesse avere un'incidenza economica nei confronti della società, non che lo stesso interesse personale attenesse esclusivamente alla sfera patrimoniale⁵⁹⁰.

Da ultimo, in relazione all'ipotesi di conflitto indiretto tra la società e l'amministratore, veniva avanzata, al fine di dirimere i possibili dubbi emergenti dalle situazioni più sfumate, la proposta di adottare un concorrente criterio di ordine quantitativo, argomentando che l'interesse del soggetto qualificato in conflitto con quello sociale, al fine di generare l'obbligo di astensione, dovesse, a seguito di un giudizio da compiersi caso per caso, «rivestire un'importanza apprezzabile»⁵⁹¹.

5. La situazione di conflitto e suoi limiti di rilevanza.

Vediamo ora, brevemente, qual era la definizione operativa di conflitto di interessi, ai fini dell'applicazione dell'abrogato articolo 2631. Secondo una ricostruzione mutuata dal diritto commerciale⁵⁹², era individuabile un

⁵⁸⁹ ROMANO Mario (1967), *Profili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di S.p.A.*, *Raccolta studi di diritto penale*, 54 e seguenti, cui aderisce FOFFANI Luigi (1990), *Le fattispecie di infedeltà patrimoniale degli organi sociali: conflitto di interessi ed illeciti rapporti patrimoniali*, in *Diritto penale commerciale*, a cura di MAZZACUVA Nicola, volume II, *I reati societari e il mercato mobiliare*, Torino, Utet, 212, 639

⁵⁹⁰ ACCINNI Giovanni Paolo (1991), *Profili penali del conflitto di interessi nei gruppi di società*, in *Rivista delle società*, 1054. Osservava, peraltro, NAPOLEONI Valerio (1992), *Infedeltà ed abusi di potere*, Milano, Giuffrè, 40, come la tesi criticata apparisse in contrasto con la soluzione generalmente accolta in ordine alla possibilità che l'interesse extrasociale generatore della situazione di conflitto consistesse in un interesse pubblico.

⁵⁹¹ CONTI Luigi (1988), *Disposizioni penali in materia di società e consorzi. Art. 2621-2642*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di GALGANO Francesco, III edizione, Bologna, Zanichelli, 248.

⁵⁹² SAMORÌ Samuele (1990), *Conflitto di interessi ed illeciti rapporti patrimoniali*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, a cura di MAZZACUVA Nicola, Padova, CEDAM, vol. II, 257; ANTOLISEI Francesco (1999), *Leggi complementari, vol. I - I reati societari, bancari, di lavoro e previdenza, Manuale di Diritto Penale*, undicesima edizione, Milano, Giuffrè, 312; MINERVINI Gustavo (1946), *Conflitto di interessi tra rappresentante e rappresentato nella recente codificazione*, in *Archivio giuridico*, 17 e seguenti. Critica, sul punto, la posizione di SCOPINARO Lucia (2003), *Infedeltà*, in *Diritto penale delle società*, vol. 5, *Trattato teorico pratico delle società*, a cura di SCHIANO DI PEPE Giorgio, Milano, IPSOA, II edizione, 282, allorchè sottolinea che «i criteri per stabilire la sussistenza di una situazione di conflitto di interessi non sono ricavabili in via autonoma alla luce dei principi penali [...] con la conseguenza che il nucleo del precetto non è costituito dal necessario rispetto di un

conflitto di interessi in tre situazioni: quando l'interesse dell'amministratore fosse contrario a quello della società perché egli ne era la controparte contrattuale; quella in cui l'amministratore svolgesse attività di gestione di un'impresa concorrente; allorchè l'amministratore sfruttasse conoscenze acquisite nell'esercizio delle sue funzioni per trarne profitto e ciò andasse a scapito della società.

In generale, poteva dirsi che ricorresse una situazione di conflitto allorquando l'interesse della società e quello dell'amministratore venissero a trovarsi in rapporto di antagonismo o di collidenza⁵⁹³, per cui la relazione fra i due interessi era tale che la soddisfazione dell'uno escludeva o comunque riduceva la soddisfazione dell'altro⁵⁹⁴.

Non ogni ipotesi di conflitto rilevava, d'altro canto, ai fini dell'applicazione della previsione punitiva in esame. Questa richiedeva, anzitutto, che il conflitto si manifestasse con riguardo ad una determinata operazione. Il che comportava che se, ad esempio, l'amministratore, in violazione dell'articolo 2390 del codice civile, avesse esercitato con carattere di continuità un'attività in concorrenza con quella della società da lui amministrata, generando così una condizione permanente di contrasto d'interessi, egli si sarebbe esposto alla revoca dall'ufficio ed all'obbligo di risarcire il danno,

dovere sostanziale di fedeltà, ma dalla mera imposizione di un dovere di astensione».

⁵⁹³ ANTOLISEI Francesco (1999), *Manuale di Diritto Penale, Leggi complementari*, Volume I, *I reati societari, bancari, di lavoro e previdenza*, undicesima edizione, Milano, Giuffrè, 426; MIRTO Pietro (1954), *Il diritto penale delle società*, Milano, Giuffrè, 320; Cassazione pen, sez. V, 4.7.1989, in *Rivista Penale*, 1991, 46 e in *Cassazione Penale*, 1991, I, 307. Dunque, mentre risponde all'interesse sociale che l'operazione considerata si indirizzi in una certa direzione, l'interesse dell'amministratore tende ad orientarla in direzione opposta, o comunque divergente; in questo senso BONELLI Franco (1992), *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, Giuffrè, 375 e seguenti. In giurisprudenza, Cassazione Penale, 25 febbraio 1959, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1960, 939.

⁵⁹⁴ Osservava NAPOLEONI Valerio (1992), *Infedeltà ed abusi di potere*, Milano, Giuffrè, 41, come affiorasse prepotentemente la diversa ispirazione della fattispecie in esame rispetto a quella dell'interesse privato dell'amministratore giudiziario e del commissario governativo in atti della gestione, di cui all'allora vigente articolo 2637 del codice civile, fattispecie modellata a sua volta sullo schema dell'abrogato articolo 324 del codice penale. Nel richiedere, infatti, come presupposto dell'operatività del divieto, una contrapposizione conflittuale tra l'interesse sociale e quello del soggetto qualificato, l'articolo 2631 del codice civile non impediva a quest'ultimo di perseguire l'interesse personale di cui è portatore quante volte lo stesso non interferisca negativamente con quello della società. Si veda altresì ROMANO Mario (1967), *Profili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di S.p.A.*, *Raccolta studi di diritto penale*, 128 e seguenti.

ma non avrebbe, tuttavia, posto in essere il presupposto per l'applicabilità dell'articolo 2631 del codice civile, fin tanto che tale conflitto non fosse emerso in relazione ad uno specifico affare, sottoposto alla deliberazione del consiglio o del comitato esecutivo⁵⁹⁵.

5.1. L'effettività del conflitto d'interessi.

In aggiunta a quanto precede, la dottrina e la rara giurisprudenza in argomento avevano enucleato due ulteriori caratteri che il conflitto doveva presentare per far scattare l'obbligo di astensione di cui all'articolo 2391, sanzionato ex articolo 2631 del codice civile: quelli, cioè, dell'effettività e dell'attualità⁵⁹⁶.

Il conflitto doveva essere, invero, effettivo e reale, ossia non virtuale ed ipotetico⁵⁹⁷.

Il significato del connotato dell'effettività emergeva, infatti, dalla considerazione che, in una pluralità di disposizioni, il legislatore ha

⁵⁹⁵ Osservava ancora NAPOLEONI Valerio (1992), *Infedeltà ed abusi di potere*, Milano, Giuffrè, 42, come taluno avesse opinato che il riferimento normativo ad una "operazione", come punto di emergenza del conflitto, sarebbe servito a circoscrivere l'operatività degli articoli 2391 e 2631 del codice civile alle sole deliberazioni inerenti alla gestione dell'impresa sociale, con esclusione di quelle riguardanti la mera organizzazione interna dell'ente (quale, ad esempio, la deliberazione concernente la determinazione della remunerazione degli amministratori. L'opinione tuttavia non convinceva, in quanto il sostantivo "operazione" sembra essere stato piuttosto usato con un significato ampio e generico, tale da comprendere ogni situazione comunque suscettiva di generare un conflitto d'interessi tra amministratore e società: ROMANO Mario (1967), *Profili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di S.p.A.*, *Raccolta studi di diritto penale*, 63 e seguenti.

⁵⁹⁶ FOFFANI Luigi (1987), *La tutela della società commerciale contro le infedeltà patrimoniali degli amministratori: insufficienza della normativa vigente e prospettive di riforma*, in *Giurisprudenza commerciale*, I, 104; FOFFANI Luigi (1990), *Le fattispecie di infedeltà patrimoniale degli organi sociali: conflitto di interessi ed illeciti rapporti patrimoniali*, in *Diritto penale commerciale*, a cura di MAZZACUVA Nicola, volume II, *I reati societari e il mercato mobiliare*, Torino, Utet, 212; ROMANO Mario (1967), *Profili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di S.p.A.*, *Raccolta studi di diritto penale*, 41 e seguenti; SAMORÌ Samuele (1990), *Conflitto di interessi ed illeciti rapporti patrimoniali*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, a cura di MAZZACUVA Nicola, Padova, CEDAM, vol. II, 257.

⁵⁹⁷ ACCINNI Giovanni Paolo (1991), *Profili penali del conflitto di interessi nei gruppi di società*, in *Rivista delle società*, 1041 e *passim*; ANTOLISEI Francesco (1999), *Manuale di Diritto Penale, Leggi complementari*, Volume I, *I reati societari, bancari, di lavoro e previdenza*, undicesima edizione, Milano, Giuffrè, 469; BETTIOL R., *Conflitto d'interessi*, 41; CONTI Luigi (1988), *Disposizioni penali in materia di società e consorzi. Art. 2621-2642*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di GALGANO Francesco, III edizione, Bologna, Zanichelli, 247; FOFFANI Luigi (1990), *Le fattispecie di infedeltà patrimoniale degli organi sociali: conflitto di interessi ed illeciti rapporti patrimoniali*, in *Diritto penale commerciale*, a cura di MAZZACUVA Nicola, volume II, *I reati societari e il mercato mobiliare*, Torino, Utet, 212; ROMANO Mario (1967), *Profili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di S.p.A.*, *Raccolta studi di diritto penale*, 43 e seguenti; Cassazione penale, 25 febbraio 1959, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1960, 939.

collegato a determinati indici tipici una presunzione *iuris ed de iure* di conflitto d'interessi tra amministratore ed amministrato, ciò che costituisce il presupposto logico della disciplina adottata nei singoli casi⁵⁹⁸. Orbene, in simili casi, il compito dell'interprete si esaurisce nel verificare se, nella fattispecie concreta, sussista il dato formale legislativamente assunto come rivelatore della situazione conflittuale e, una volta effettuata con esito positivo tale preliminare indagine, resta totalmente irrilevante la circostanza che, per avventura, gli interessi dei soggetti, cui si rivolge la disciplina, risultino di fatto non contrastanti, se non addirittura convergenti.

Diversamente accadeva, invece, nelle ipotesi disciplinate dagli artt. 2631 e 2391 del codice civile, dalla cui previsione esulava ogni riferimento ad indici tipici espressivi del conflitto. Conseguentemente, la sussistenza di quest'ultimo doveva giudicarsi avendo di mira le concrete contingenze, e cioè l'effettivo contenuto dell'operazione oggetto della delibera consiliare o del comitato; detto altrimenti, di situazione conflittuale produttiva dell'obbligo di astensione poteva parlarsi soltanto qualora la natura e le modalità concrete dell'operazione fossero atte ad ingenerare un'effettiva collisione tra interesse dell'amministratore ed interesse sociale⁵⁹⁹.

Peraltro, come accennato, la dottrina era pervenuta ad enucleare, con riguardo all'articolo 2631 del codice civile, certune fattispecie paradigmatiche della contrapposizione conflittuale d'interessi⁶⁰⁰. Risorgeva,

⁵⁹⁸ Ciò è avvenuto, ad esempio, per il divieto di acquisto di beni appartenenti all'incapace da parte del tutore o del protutore, *ex* articolo 378 del codice civile, ma è così anche nei casi disciplinati dall'articolo 1471 del codice civile, o per il divieto di voto dell'amministratore di società di capitali nelle deliberazioni assembleari riguardanti la propria responsabilità, ai sensi dell'articolo 2373 del codice civile; nel diritto penale societario, un tipico esempio di questa categoria di previsioni normative era, prima della riforma, costituito dall'articolo 2624 del codice civile, che sottoponeva a pena amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori che ottenessero prestiti o garanzie dalla società amministrata o da altra società a questa legata da rapporti di controllo attivo o passivo.

⁵⁹⁹ NAPOLEONI Valerio (1992), *Infedeltà ed abusi di potere*, Milano, Giuffrè, 44. Su tali concetti si vedano anche ACCINNI Giovanni Paolo (1991), *Profili penali del conflitto di interessi nei gruppi di società*, in *Rivista delle società*, 1041; ROMANO Mario (1967), *Profili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di S.p.A.*, *Raccolta studi di diritto penale*, 41 e seguenti; nonché, tra i privatisti, con riguardo all'articolo 2391 del codice civile, BONELLI Franco (2004), *Gli amministratori di società dopo la riforma del diritto societario*, Milano, Giuffrè, 226 e seguenti.

⁶⁰⁰ Tra le quali, maggiormente significative erano considerate l'assunzione, da parte dell'amministratore, in via diretta od indiretta, della qualità di controparte contrattuale della società; lo

così, l'interrogativo se bastasse, per affermare l'esistenza di una situazione di conflitto penalmente rilevante, il ricorrere di tali ipotesi, oppure occorresse ulteriormente valutare le peculiarità della singola fattispecie. Era evidente che se si fosse sposata la prima alternativa si sarebbe finito con il ritenere sufficiente una situazione di conflitto determinata in modo virtuale ed astratto e si sarebbe verificata la sostituzione della presunzione legale di conflitto con una *praesumptio hominis*, altrettanto assoluta, a fronte della quale la sanzione penale avrebbe potuto essere applicata in situazioni nelle quali mancava una reale conflittualità⁶⁰¹.

Sembrava, quindi, decisamente preferibile ritenere che la ricorrenza di una delle situazioni paradigmatiche non comportasse *tout court* l'applicabilità dell'articolo 2631 del codice civile, risolvendosi, semmai, in una mera ragione di sospetto, o, secondo terminologia civilistica, in una presunzione semplice della sussistenza di una situazione conflittuale, la quale avrebbe sì imposto al giudice un'analisi particolarmente attenta della fattispecie, ma senza potersi escludere che la medesima si concludesse nel senso di scagionare l'amministratore⁶⁰².

svolgimento, da parte sua, anche per interposta persona, di un'attività concorrenziale con quella sociale; lo sfruttamento, a fini di personale profitto, di fatti e notizie appresi nell'esercizio o a causa delle proprie funzioni. Cfr. NAPOLEONI Valerio (1992), *Infedeltà ed abusi di potere*, Milano, Giuffrè, 44; ANTOLISEI Francesco (1999), *Manuale di Diritto Penale, Leggi complementari*, Volume I, *I reati societari, bancari, di lavoro e previdenza*, undicesima edizione, Milano, Giuffrè, 468; CONTI Luigi (1965), *Diritto penale commerciale*, Torino, Utet, I, 393 e seguenti; CONTI Luigi (1988), *Disposizioni penali in materia di società e consorzi. Art. 2621-2642*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di GALGANO Francesco, III edizione, Bologna, Zanichelli, 246; FOFFANI Luigi (1990), *Le fattispecie di infedeltà patrimoniale degli organi sociali: conflitto di interessi ed illeciti rapporti patrimoniali*, in *Diritto penale commerciale*, a cura di MAZZACUVA Nicola, volume II, *I reati societari e il mercato mobiliare*, Torino, Utet, 212; SAMORI Samuele (1990), *Conflitto di interessi ed illeciti rapporti patrimoniali*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, a cura di MAZZACUVA Nicola, Padova, CEDAM, vol. II, 257.

⁶⁰¹ Da sottolineare, in proposito, come emergesse che tale presunzione, in difetto di dati testuali che rendessero ineluttabile una valutazione della lesività della fattispecie concreta, sarebbe stata in aperto contrasto con il criterio interpretativo espresso dal principio di offensività.

⁶⁰² BONELLI Franco (2004), *Gli amministratori di società dopo la riforma del diritto societario*, Milano, Giuffrè, 226; ancora BONELLI Franco (1992), *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, Giuffrè, 379 in nota, con particolare riguardo all'amministratore controparte contrattuale. Si vedano, poi, ACCINNI Giovanni Paolo (1991), *Profili penali del conflitto di interessi nei gruppi di società*, in *Rivista delle società*, 1043; e ROMANO Mario (1967), *Profili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di S.p.A.*, *Raccolta studi di diritto penale*, 45.

Di conflitto d'interessi *in re ipsa* si sarebbe piuttosto potuto parlare, semmai, nelle ipotesi nelle quali fosse dato riscontrare un'incompatibilità assoluta fra gli interessi antagonisti, per effetto della quale il soddisfacimento dell'uno escludesse a priori e totalmente quello dell'altro, senza che fosse possibile un reciproco contemperamento, realizzato attraverso le particolari modalità dell'operazione.

È comunque doveroso segnalare, al riguardo, come la Cassazione penale, che pure in primo momento era parsa decisamente incline ad abbracciare l'ordine d'idee poc'anzi caldeggiato⁶⁰³, tornando, in seguito, a pronunciarsi sulla norma incriminatrice in esame, sembrò, piuttosto, orientarsi in senso maggiormente rigoristico, ritenendo immanente la situazione di conflitto di interessi, per l'ipotesi in cui l'amministratore venisse a presentarsi in veste di controparte contrattuale della società⁶⁰⁴.

Era stato, peraltro, opportunamente segnalato in dottrina, come un conflitto d'interessi potesse ravvisarsi anche in situazioni nelle quali l'amministratore, senza essere legato da relazioni di alcun genere con il terzo o i terzi, cui la deliberazione immediatamente si riferiva, fosse, tuttavia, in grado di ricavare un apprezzabile vantaggio dal compimento di una certa operazione, viceversa dannosa per la società⁶⁰⁵.

⁶⁰³ Cassazione penale, 25 febbraio 1959, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1960, 939.

⁶⁰⁴ Cassazione penale, sez. V, 4.7.1989, in *Rivista Penale*, 1991, 46 e in *Cassazione Penale*, 1991, I, 307, ove, premesso il principio per cui «si ha conflitto di interessi ogni qual volta si faccia valere un interesse collidente con quello della società, come nel caso in cui l'amministratore si ponga in una posizione antagonista rispetto all'ente, quale controparte contrattuale», si soggiunge, a titolo esemplificativo, che vi è senz'altro «conflitto di interessi tra il venditore e l'acquirente di un immobile, quantomeno relativamente alla determinazione del prezzo».

⁶⁰⁵ Si adduce, a tal riguardo, il tradizionale esempio dell'amministratore che, essendo proprietario di vaste estensioni di terreno incolto in una zona determinata, partecipi a deliberare la costruzione di un nuovo stabilimento sociale in quella zona, pure in sè scarsamente idonea allo scopo, in guisa da procurare una valorizzazione dei propri immobili. Cfr. CONTI Luigi (1988), *Disposizioni penali in materia di società e consorzi. Art. 2621-2642*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di GALGANO Francesco, III edizione, Bologna, Zanichelli, 247.

5.2. L'attualità del conflitto d'interessi.

Il conflitto doveva presentare, per altro verso, il carattere dell'attualità, ovvero doveva sussistere al momento dell'assunzione della delibera ed in relazione alla situazione allora esistente⁶⁰⁶, senza che potesse tenersi conto di circostanze precedenti ormai venute meno, o di eventi futuri, ancorché probabili e rimasti non estranei alle valutazioni dell'amministratore⁶⁰⁷.

Come osservato da un Autore, all'obiezione che, ragionando in questi termini, si sarebbero lasciati fuori dal campo di operatività dell'incriminazione proprio i casi statisticamente più frequenti e più gravi, in cui gli amministratori indirizzano il proprio voto per il conseguimento d'un risultato, che solo in futuro consentirà di realizzare un utile personale, era stato opportunamente replicato come prescindere dall'attualità significasse attribuire all'illecito caratteri e delimitazioni difficilmente determinabili⁶⁰⁸.

5.2.1. Fideiussioni e compensi.

Nel variegato ambito delle fattispecie concrete nelle quali la giurisprudenza, anche civile, era stata chiamata a verificare la sussistenza o meno di una situazione di conflitto di interessi tale da imporre all'amministratore l'obbligo di astensione, particolare rilievo aveva assunto l'ipotesi in cui la deliberazione del consiglio di amministrazione o del comitato esecutivo avesse ad oggetto la prestazione di garanzie, segnatamente di tipo fideiussorio.

⁶⁰⁶ ACCINNI Giovanni Paolo (1991), *Profili penali del conflitto di interessi nei gruppi di società*, in *Rivista delle società*, 1040 e seguenti; ROMANO Mario (1967), *Profili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di S.p.A.*, *Raccolta studi di diritto penale*, 55; Cassazione penale, 25 febbraio 1959, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1960, 939.

⁶⁰⁷ CONTI Luigi (1988), *Disposizioni penali in materia di società e consorzi. Art. 2621-2642*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di GALGANO Francesco, III edizione, Bologna, Zanichelli, 247; FOFFANI Luigi (1990), *Le fattispecie di infedeltà patrimoniale degli organi sociali: conflitto di interessi ed illeciti rapporti patrimoniali*, in *Diritto penale commerciale*, a cura di MAZZACUVA Nicola, volume II, *I reati societari e il mercato mobiliare*, Torino, Utet, 212; SAMORÌ Samuele (1990), *Conflitto di interessi ed illeciti rapporti patrimoniali*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, a cura di MAZZACUVA Nicola, Padova, CEDAM, vol. II, 257.

⁶⁰⁸ NAPOLEONI Valerio (1992), *Infedeltà ed abusi di potere*, Milano, Giuffrè, 48; ZUCCALÀ Giuseppe (1988), *Dei delitti di infedeltà degli organi verso la società: problemi attuali*, in *Rivista trimestrale di Diritto penale dell'economia*, 162.

La Suprema Corte aveva, in effetti, ravvisato il presupposto di operatività dell'articolo 2631 del codice civile in una fattispecie, nella quale il presidente di una società per azioni aveva preso parte alla deliberazione del consiglio di amministrazione, con cui la società stessa era stata autorizzata a prestare fideiussione in favore di altra società, parimenti presieduta dall'imputato, escludendo che tale conclusione potesse venir confutata dalla difesa dello stesso, secondo cui la prestazione della garanzia rispondeva all'interesse della società garante, in quanto destinata a consentire alla società garantita di ottenere un mutuo bancario da utilizzare per l'acquisto di un immobile, parte del quale avrebbe dovuto essere poi ceduto alla stessa fideiubente. A conforto dell'enunciato, il Supremo Collegio aveva spiegato, in particolare, che tra chi conceda una fideiussione e chi di essa benefici, vi è comunque un conflitto potenziale di interessi, quantomeno per quel che concerne la determinazione della contropartita che il beneficiario può essere richiesto di corrispondere al fideiussore⁶⁰⁹.

Altra fattispecie, tipicamente espressiva di una situazione conflittuale, era quella concretantesi nel caso di partecipazione dell'amministratore alla deliberazione consiliare avente ad oggetto la determinazione del proprio compenso. Ciò, s'intende, solo se si aderisca alla tesi, secondo cui il riferimento normativo ad una "operazione", quale punto di emergenza del conflitto, non potesse interpretarsi come limitativo della sfera operativa della norma incriminatrice alle sole deliberazioni inerenti alla gestione esterna all'impresa sociale. A tal proposito, la giurisprudenza civile è parsa propensa a ritenere che la pur indiscutibile presenza dei contrapposti interessi degli amministratori ad ottenere un compenso più elevato e della società a non concedere tale compenso non li renderebbe, di per sé soli e necessariamente, confliggenti, potendo la società risultare interessata ad

⁶⁰⁹ Rimaneva irrilevante la circostanza che gli accordi relativi al trasferimento dell'immobile, al cui acquisto era finalizzata la prestazione di garanzia, fossero già perfezionati o meno: cfr. Cassazione penale, sez. V, 4.7.1989, in *Rivista Penale*, 1991, 46 e in *Cassazione Penale*, 1991, I, 307.

accogliere, in tutto od in parte, la richiesta degli amministratori al fine di incentivarne l'attività⁶¹⁰. Analoga notazione valeva anche per la deliberazione del consiglio di amministrazione avente ad oggetto la nomina a dirigente della società di uno degli amministratori che vi partecipano o la sua assunzione come dipendente di quest'ultima.

5.2.2. La società con un unico socio.

Tralasciando l'ampio discorso sui vantaggi compensativi nel fenomeno dei gruppi societari, ovvero di coordinazione e collegamento tra società, tema che meriterebbe di essere svolto diffusamente in un'opera a sé stante, merita qui svolgere delle brevi considerazioni il caso della società con un unico socio. Nel caso di una società totalitariamente partecipata, secondo un convincimento largamente diffuso in dottrina⁶¹¹, sarebbe rimasta, infatti, esclusa in radice la stessa configurabilità di un conflitto di interessi tra società partecipante e società partecipata, in quanto l'interesse della seconda, in assenza di soci di minoranza da tutelare, si sarebbe necessariamente identificato con l'interesse della società e quindi dell'unico socio. Nulla avrebbe vietato, pertanto, che gli azionisti di questa sacrificassero i loro

⁶¹⁰ Così Trib. Milano 5.3.1984 («Nell'assemblea convocata per deliberare sull'aumento del compenso degli amministratori può votare il socio amministratore perché il suo interesse alla deliberazione non è necessariamente in conflitto con quello della società, il quale anzi è soddisfatto anche da un aumento del compenso predetto proprio per il carattere di incentivo al lavoro degli amministratori, che può produrre un incremento del reddito della società»; in *Società*, 1984, 1003); Trib. Milano 17.9.1987 («è annullabile per conflitto d'interessi la deliberazione assembleare di una società di capitali assunta con il voto determinante del socio-amministratore, o del suo coniuge, che abbia stabilito un compenso all'amministratore medesimo non conforme alla ragionevolezza e tale da poter arrecare danno alla società; l'onere della dimostrazione della potenzialità del danno grava sull'impugnante»; in *Giurisprudenza Commerciale*, 1987, II, 797, con nota di JAEGER Pier Giusto; Trib. Milano 27.4.1989 («è annullabile per conflitto di interessi la deliberazione assembleare di una società di capitali avente ad oggetto l'aumento del compenso degli amministratori, assunta col loro voto determinante, solo qualora il compenso stabilito non appaia conforme alla ragionevolezza; l'onere della dimostrazione di tale irragionevolezza grava sull'impugnante»; in *Giurisprudenza Italiana*, 1989, I,2, 932).

⁶¹¹ BONELLI Franco (1992), *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, Giuffrè, 387 in nota; FOFFANI Luigi (1990), *Le fattispecie di infedeltà patrimoniale degli organi sociali: conflitto di interessi ed illeciti rapporti patrimoniali*, in *Diritto penale commerciale*, a cura di MAZZACUVA Nicola, volume II, *I reati societari e il mercato mobiliare*, Torino, Utet, 221; JAEGER Pier Giusto (1964), *L'interesse sociale*, Milano, Giuffrè, 183 e seguenti; LA VILLA, *Società strumentali*, 115e seguenti; PEDRAZZI Cesare (1953), *Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 566; SAMORÌ Samuele (1990), *Conflitto di interessi ed illeciti rapporti patrimoniali*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, a cura di MAZZACUVA Nicola, Padova, CEDAM, vol. II, 262; ZUCCALÀ Giuseppe (1988), *Dei delitti di infedeltà degli organi verso la società: problemi attuali*, in *Rivista trimestrale di Diritto penale dell'economia*, 163.

interessi in un dato settore per avvantaggiarsi, magari in misura più cospicua, in un settore diverso.

A tale considerazione si poteva, tuttavia, obiettare che, focalizzando l'attenzione sulla sola posizione dei soci, si sarebbero trascurate le esigenze di tutela dei creditori sociali.

Sulla scorta di tale premessa, in giurisprudenza si era affermato che rispondeva del delitto di cui all'articolo 2631 del codice civile il consigliere di amministrazione della società controllante che, rivestendo analoga carica nella società totalitariamente posseduta, partecipasse a deliberazioni di consiglio con le quali si concedessero finanziamenti gratuiti a quest'ultima e si prestassero fideiussioni dirette a tamponare la situazione di grave crisi economica⁶¹².

Tale soluzione destava, peraltro, notevoli perplessità. Invero, nel caso considerato, al di là dell'apparente squilibrio di prestazioni, doveva ravvisarsi, invece, una piena coincidenza (anche in riferimento ai riflessi mediati sulle aspettative dei creditori sociali) tra l'interesse della società partecipante e quello della società partecipata. Nei limiti in cui si fosse ritenuto di poter scorgere nelle previsioni degli articoli 2631 e 2391 del codice civile un'istanza di tutela anche dei creditori sociali, infatti, una situazione conflittuale si sarebbe potuta, semmai, profilare nell'ipotesi inversa, quando fosse cioè la società totalitariamente partecipata ad effettuare interventi finanziari gratuiti in favore della società-madre⁶¹³.

6. Elemento materiale.

Sussistendo il presupposto del conflitto d'interessi, il reato si concretizzava

⁶¹² Trib. Milano 6.2.1988, («Configura il reato di conflitto d'interessi degli amministratori, partecipare a delle deliberazioni di consiglio con le quali si concedono finanziamenti gratuiti alla società controllata e si prestano fideiussioni bancarie, per tamponare la situazione di grave crisi economica della società totalitariamente posseduta; il fatto configura l'ipotesi di cui al 1° comma, articolo 2631 e poiché il danno è di rilevante gravità, l'ipotesi di cui all'articolo 61, n. 7, c. p.»); in *Giurisprudenza Commerciale*, 1989, II, 107).

⁶¹³ NAPOLEONI Valerio (1992), *Infedeltà ed abusi di potere*, Milano, Giuffrè, 62-63.

qualora l'amministratore non si astenesse dalla deliberazione del consiglio o del comitato esecutivo relativa all'operazione, cui la situazione conflittuale ineriva.

L'esatta individuazione della condotta costitutiva del delitto passava, dunque, attraverso la risoluzione di diversi interrogativi⁶¹⁴.

Il primo di essi scaturiva dal raffronto tra la norma penale ed il precetto civilistico dell'articolo 2391, comma 1, del codice civile, a tenore del quale l'amministratore, il cui interesse confliggesse con quello della società, era tenuto, oltre che ad astenersi dal partecipare alla deliberazione anche, e prima ancora, a dare notizia del conflitto agli amministratori ed al collegio sindacale; da cui il dubbio se l'omissione di siffatta denuncia valesse a costituire, di per sé sola, il delitto punito dall'articolo 2631 del codice civile

6.1. La partecipazione alla deliberazione.

Non del tutto piana appariva, per altro verso, l'identificazione dell'esatto significato dell'espressione «partecipare alla deliberazione». La questione, in particolare, era se essa stesse ad indicare unicamente il concorso alla formazione della volontà dell'organo collegiale, mediante la dazione del voto, o se comprendesse pure la semplice presenza alla riunione e l'intervento nella discussione che precede la votazione.

La deliberazione presenterebbe, infatti, le caratteristiche di un procedimento, il cui momento essenziale sarebbe costituito, più che dalla votazione, dalla discussione ad essa prodromica, tenuto conto dell'influenza che l'opinione espressa in tale sede da ciascun componente del collegio può esercitare sul convincimento degli altri. Dunque, se non la mera presenza alla riunione dell'amministratore in conflitto, quantomeno l'intervento di quest'ultimo nella discussione avrebbe dovuto ritenersi compreso

⁶¹⁴ Così secondo l'impostazione di NAPOLEONI Valerio (1992), *Infedeltà ed abusi di potere*, Milano, Giuffrè, 66 e seguenti.

nell'ambito di operatività dei divieti dettati dai predetti articoli 2631 e 2391 del codice civile⁶¹⁵.

Quanto all'astensione dalla partecipazione, la dottrina si era posta anche la questione se, oltre all'astensione dal voto, la norma sanzionasse l'omessa denuncia del conflitto, giacché si era osservato che il divieto penalmente sanzionato comprendeva sì la dazione del voto, ma non esisteva alcun divieto di partecipare alla discussione anteriore alla votazione⁶¹⁶. Parte della dottrina riteneva che il quesito meritasse risposta affermativa⁶¹⁷, sennonché, tale opinione cozzava irrimediabilmente contro il principio di stretta legalità⁶¹⁸. La soluzione data è stata, comunque, perlopiù negativa⁶¹⁹. Infatti, si argomentava, la partecipazione alla deliberazione consiste nell'esercizio del voto, sicché il divieto posto dalla norma non si sarebbe esteso alla partecipazione alla discussione⁶²⁰. Tuttavia, un conto era se si fosse denunciato il conflitto agli altri amministratori, rivelando così la posizione del denunciante; un altro se l'amministratore in conflitto si fosse astenuto meramente dall'esercizio del voto. Solo nel primo caso, infatti, egli avrebbe

⁶¹⁵ CHIAPPETTA Francesco (1991), *La partecipazione al voto e alla discussione dell'amministratore in conflitto d'interessi*, in *Giurisprudenza commerciale*, I, 268 e seguenti. Nel senso che l'articolo 2631 del codice civile vietasse anche la semplice presenza alla riunione, anche MIRTO Pietro (1954), *Il diritto penale delle società*, Milano, Giuffrè, 323.

⁶¹⁶ SAMORÌ Samuele (1990), *Conflitto di interessi ed illeciti rapporti patrimoniali*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, a cura di MAZZACUVA Nicola, Padova, CEDAM, vol. II, 259.

⁶¹⁷ ANTOLISEI Francesco (1999), *Manuale di Diritto Penale, Leggi complementari*, Volume I, *I reati societari, bancari, di lavoro e previdenza*, undicesima edizione, Milano, Giuffrè, 469e seguenti (sia pure in termini dubitativi).

⁶¹⁸ FOFFANI Luigi (1990), *Le fattispecie di infedeltà patrimoniale degli organi sociali: conflitto di interessi ed illeciti rapporti patrimoniali*, in *Diritto penale commerciale*, a cura di MAZZACUVA Nicola, volume II, *I reati societari e il mercato mobiliare*, Torino, Utet, 215; STELLA Federico (1960), *Profili penalistici del conflitto di interessi degli amministratori di società commerciali*, Nota a Cassazione penale 25.2.1959, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 945; v. pure, nel senso che l'obbligo in parola resti estraneo all'area di pretesa punitiva della norma incriminatrice, ACCINNI Giovanni Paolo (1991), *Profili penali del conflitto di interessi nei gruppi di società*, in *Rivista delle società*, 1061; SAMORÌ Samuele (1990), *Conflitto di interessi ed illeciti rapporti patrimoniali*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, a cura di MAZZACUVA Nicola, Padova, CEDAM, vol. II, 259; ZUCCALÀ Giuseppe (1988), *Dei delitti di infedeltà degli organi verso la società: problemi attuali*, in *Rivista trimestrale di Diritto penale dell'economia*, 164.

⁶¹⁹ ANTOLISEI rinvia, a questo riguardo, a ZUCCALÀ Giuseppe (1988), *Dei delitti di infedeltà degli organi verso la società: problemi attuali*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 164; CONTI Luigi (1965), *Diritto penale commerciale*, I, Torino, UTET, 395; LA MONICA Mario (1988), *Diritto penale commerciale*, II, Milano, IPSOA, 371; MIRTO Pietro (1954), *Il diritto penale delle società*, Milano, Giuffrè, 321; ROVELLI Roberto (1953), *Disciplina penale dell'impresa*, Milano, Giuffrè, 69.

⁶²⁰ Cassazione penale, 25 febbraio 1959, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1960, 939.

assolto il proprio dovere di fedeltà e non si sarebbe visto alcun motivo per impedirgli di sostenere che l'operazione, nella quale egli aveva un interesse, avrebbe potuto comunque dimostrarsi favorevole alla società⁶²¹.

Il problema di un vuoto di tutela si sarebbe, dunque, presentato nell'ipotesi in cui un amministratore, tenendo gli altri amministratori all'oscuro del conflitto e patrocinando la delibera, si fosse poi semplicemente limitato a non partecipare al voto.

Per giunta, se la norma penale fosse stata così facilmente aggirabile, avrebbe avuto «ben scarsa efficacia»⁶²². Sembrava, dunque, logico ritenere che l'obbligo di astensione implicasse un obbligo di comunicazione del conflitto. Come anticipato, questa teoria, data la lettera della norma e la fedeltà dell'ordinamento al principio *nullum crimen sine lege*, non poté, però, trovare accoglimento nella vigenza dell'articolo 2631. D'altro canto, averla qui ricordata permette di rilevare come l'introduzione del reato di omessa comunicazione si presenti come un elemento di continuità nel sistema e l'aver previsto che l'offensività sia insita nella mancata comunicazione, piuttosto che nella mancata astensione, anziché sanzionare un obbligo meramente formale⁶²³, dia rilievo a quella condotta nella quale realmente si annida l'infedeltà dell'amministratore.

6.2. Rilevanza o meno della direzione del voto.

Ci si domandava, inoltre, se dovesse rispondere del reato l'amministratore che, in una situazione di conflitto d'interessi, avesse concorso all'adozione della delibera relativa all'operazione in cui il conflitto stesso si manifesta,

⁶²¹ In tale circostanza si sarebbero dovute indicare le condizioni idonee a neutralizzare il conflitto tra l'interesse dell'amministratore e quello della società dal momento che, qualora *ex ante* si ipotizzi un vantaggio per quest'ultima, vi sarà piuttosto convergenza di interessi, non già conflitto; si tratta però di una tesi che si svolgerà meglio in seguito, nel capitolo dedicato all'interesse.

⁶²² ANTOLISEI Francesco (1999), *Leggi complementari, vol. I -I reati societari, bancari, di lavoro e previdenza, Manuale di Diritto Penale*, undicesima edizione, Milano, Giuffrè, 313.

⁶²³ Cioè quello dell'articolo 2391 del codice civile, a sua volta riformato. Per una riflessione sull'intervenuto mutamento del concetto di interesse rilevante, v. *infra*.

ma votando nel senso conforme all'interesse della società e contrario, invece, a quello extrasociale di cui risultava portatore.

Orbene, la lettera della norma, dalla quale esula ogni riferimento alla direzione del voto dato dall'amministratore, come pure all'effettivo pericolo per l'interesse sociale, avrebbe, *prima facie*, evidenziato come il legislatore avesse inteso reprimere una violazione di natura puramente formale. Non poteva nascondersi, tuttavia, l'incongruenza che una simile interpretazione letterale del dettato normativo avrebbe originato, dal momento che, viceversa, l'articolo 2391, terzo comma, del codice civile subordinava specificamente l'annullabilità della deliberazione consiliare, presa col voto dell'amministratore in conflitto d'interessi, alla sussistenza di un pericolo di danno per la società.

Come ricordava, già nel 1987, una parte della dottrina⁶²⁴, della norma penale sul conflitto di interessi erano, in effetti, state proposte due distinte interpretazioni: da una parte quella sostanzialistica, sostenuta da chi⁶²⁵, sottolineando la funzione sanzionatoria del diritto penale societario, valorizzava il rapporto con la disciplina civilistica posta dall'articolo 2391 del codice civile e riteneva che l'apparente contraddizione fra le due disposizioni dovesse essere risolta nel senso di ritenere penalmente rilevante esclusivamente la condotta dell'amministratore che, nell'esercizio del voto in seno al consiglio d'amministrazione, perseguisse per conto proprio o di terzi un interesse in conflitto con quello della società. Dall'altra un'interpretazione formalistica, prevalente, riteneva insuperabile la discrepanza fra la disciplina penalistica e quella civilistica del conflitto di interessi⁶²⁶.

⁶²⁴ Si veda ampiamente FOFFANI Luigi (1987), *La tutela della società commerciale contro le infedeltà patrimoniali degli amministratori. Prima parte*, in *Giurisprudenza commerciale*, 95 e seguenti, il quale, comunque, osservava che non fosse facilmente giustificabile la decisione legislativa di costruire la fattispecie incriminatrice del conflitto d'interessi nell'ambito societario secondo il modello del pericolo presunto.

⁶²⁵ ROMANO Mario (1967), *Profili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di S.p.A.*, *Raccolta studi di diritto penale*

⁶²⁶ PEDRAZZI Cesare (1953), *Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 580; ANTOLISEI Francesco (1999), *Manuale di Diritto Penale*, *Leggi*

6.3. L'eccessivo rigore formalistico.

Quest'ultima dottrina, tuttavia, pur criticando l'eccessivo rigore formalistico della disposizione di cui all'articolo 2631, evidenziava come essa fosse giustificata da un punto di vista politico criminale, in quanto l'osservanza di «una scrupolosa correttezza nelle forme» dell'amministrazione della società si risolve in una «difesa avanzata del patrimonio sociale»⁶²⁷, temperabile, semmai, attraverso il principio di necessaria offensività, nella misura in cui è ammessa «la prova del carattere non pericoloso del fatto»⁶²⁸.

Purtroppo, la formulazione dell'articolo 2631 non era tale da permettere di sostenere la tesi, pure ragionevole, che fosse esclusa l'applicazione di una pena nei casi, in cui non fosse neppure sancita l'annullabilità della deliberazione⁶²⁹. Ricordiamo, infatti, che la deliberazione del consiglio poteva essere impugnata dagli amministratori assenti o dissenzienti e dai sindaci solo qualora potesse arrecare danno alla società, se, senza il voto dell'amministratore che doveva astenersi, non si sarebbe raggiunta la maggioranza richiesta.

Si comprende, dunque, come per l'esistenza del reato potesse bastare una situazione di conflitto di interessi, del tutto indipendente dalla causazione di un danno alla società, da parte dell'amministratore che non avesse rispettato l'obbligo di astenersi dal partecipare alla deliberazione del consiglio di amministrazione.

complementari, Volume I, *I reati societari, bancari, di lavoro e previdenza*, undicesima edizione, Milano, Giuffrè, n. 106; CONTI Luigi (1988), *Disposizioni penali in materia di società e consorzi. Art. 2621-2642*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di GALGANO Francesco, III edizione, Bologna, Zanichelli, sub art. 2631; GIULIANI BALESTRINO Ubaldo (1978), *I problemi generali nei reati societari*, Milano, Giuffrè, 45 e seguenti.

⁶²⁷ PEDRAZZI Cesare (1953), *Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 581-582.

⁶²⁸ PEDRAZZI Cesare (1979), *Problemi di tecnica legislativa*, in *Comportamenti economici e legislazione penale*, AA.VV., Giuffrè, 32, il quale sosteneva che una simile prova liberatoria debba essere ammessa «ogniquale volta la relativa disposizione tende a proteggere degli oggetti concreti, dei quali si possa stabilire con certezza se sono realmente stati minacciati nel caso di specie».

⁶²⁹ Ancora ANTOLISEI Francesco (1999), *Leggi complementari, vol. I - I reati societari, bancari, di lavoro e previdenza, Manuale di Diritto Penale*, undicesima edizione, Milano, Giuffrè, *ibidem*.

Già il fatto della mancata astensione dal voto veniva, cioè, elevato a delitto, al fine di sottrarre l'amministratore anche alla semplice tentazione di un tradimento dell'interesse sociale. Il legislatore non attendeva il verificarsi di conseguenze pregiudizievoli e nemmeno richiedeva che il voto dell'amministratore avesse effettivamente contribuito all'approvazione di una delibera⁶³⁰. Ne conseguiva che la sanzione penale avrebbe potuto essere applicata in ipotesi nelle quali non era neppure concessa la possibilità di impugnare la delibera⁶³¹.

Siffatta disparità di regime veniva spiegata da alcuni con la imprecisa formulazione della norma incriminatrice, alla quale, peraltro, non avrebbe potuto rimediare l'interprete⁶³²; secondo altri, invece, si sarebbe trattato di una consapevole opzione legislativa, giustificata dalla ritenuta opportunità di elevare ad oggetto della tutela penale l'interesse alla scrupolosa osservanza delle forme⁶³³.

Secondo un ulteriore indirizzo, d'altro canto, l'apparente contrasto tra la disciplina civilistica e penalistica del conflitto d'interessi si sarebbe composto in virtù una lettura non formale della disposizione incriminatrice, secondo la quale soltanto la dazione del voto nel senso che favorisce

⁶³⁰ FOFFANI Luigi (2000), *La tutela penale del corretto funzionamento degli organi sociali*, in *Manuale di diritto penale dell'impresa*, a cura di Pedrazzi Cesare e altri, Bologna, Monduzzi, 362.

⁶³¹ ANTOLISEI Francesco (1999), *Leggi complementari, vol. I - I reati societari, bancari, di lavoro e previdenza, Manuale di Diritto Penale*, XI edizione, Milano, Giuffrè, 470; CONTI Luigi (1988), *Disposizioni penali in materia di società e consorzi. Art. 2621-2642*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di GALGANO Francesco, III edizione, Bologna, Zanichelli, 244; FOFFANI Luigi (1990), *Le fattispecie di infedeltà patrimoniale degli organi sociali: conflitto di interessi ed illeciti rapporti patrimoniali*, in *Diritto penale commerciale*, a cura di MAZZACUVA Nicola, volume II, *I reati societari e il mercato mobiliare*, Torino, Utet, 211; PEDRAZZI Cesare (1953), *Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 580.

⁶³² ANTOLISEI Francesco (1999), *Leggi complementari, vol. I - I reati societari, bancari, di lavoro e previdenza, Manuale di Diritto Penale*, XI edizione, Milano, Giuffrè, 470.

⁶³³ STELLA Federico (1960), *Profili penalistici del conflitto di interessi degli amministratori di società commerciali*, Nota a Cassazione penale 25.2.1959, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 943. V. pure GIULIANI BALESTRINO Ubaldo (1978), *I problemi generali nei reati societari*, Milano, Giuffrè, 45 e seguenti, secondo cui «poiché la possibilità di adeguate sanzioni civili non c'è, il legislatore ha introdotto una norma penale (che potrebbe definirsi norma avamposto) di particolare severità».

l'interesse in conflitto con quello sociale realizzerebbe l'illecito penale⁶³⁴. In questo senso vi era chi⁶³⁵ giungeva ad affermare che il regime di annullabilità della delibera consiliare, dettato dal terzo comma dell'articolo 2391 del codice civile, chiarendo il precetto del primo comma, sarebbe stato a dimostrare come si fosse voluto sancire, nei confronti dell'amministratore che versasse in conflitto d'interessi, non tanto un divieto assoluto di voto, quanto piuttosto un divieto di perseguire, votando, l'interesse personale o di terzi, estraneo alla società.

A supporto di tale interpretazione stava, in effetti la considerazione che, se la scelta legislativa fosse stata quella di adottare un divieto di voto, ne sarebbe dovuta logicamente derivare l'annullabilità, in ogni caso, della delibera presa col voto determinante dell'amministratore in conflitto, indipendentemente dalla sua potenzialità dannosa, in quanto la violazione dell'obbligo di astensione ridonderebbe senz'altro in un vizio formale della delibera stessa⁶³⁶. A tale ricostruzione, peraltro, era da obiettare come essa poggiasse, in realtà, su un equivoco, consistente nel confondere l'invalidità dell'atto con un comportamento illecito, sì collegato alla formazione dell'atto medesimo, ma da esso distinto⁶³⁷.

6.4. La discrasia rispetto alla disciplina civilistica.

In ogni caso, sotto il profilo strettamente penalistico, occorre osservare, in linea con una risalente pronuncia della Corte di cassazione⁶³⁸, come risultasse del tutto illogico un assetto normativo per cui, mentre sarebbe

⁶³⁴ Cassazione penale, 25 febbraio 1959, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1960, 939; ROMANO Mario (1967), *Profili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di S.p.A.*, *Raccolta studi di diritto penale*, 156 e seguenti; FOFFANI Luigi (1987), *La tutela della società commerciale contro le infedeltà patrimoniali degli amministratori: insufficienza della normativa vigente e prospettive di riforma*, in *Giurisprudenza commerciale*, I, 104.

⁶³⁵ ROMANO Mario (1967), *Profili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di S.p.A.*, *Raccolta studi di diritto penale*, 24 e seguenti.

⁶³⁶ ROMANO Mario (1967), *Profili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di S.p.A.*, *Raccolta studi di diritto penale*, 105 e 115.

⁶³⁷ Così precisava NAPOLEONI Valerio (1992), *Infedeltà ed abusi di potere*, Milano, Giuffrè, 71.

⁶³⁸ Cassazione penale, 25 febbraio 1959, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1960, 939.

rimasto esente da pena l'amministratore il quale si fosse limitato ad astenersi dalla deliberazione, la quale si sarebbe anche potuta concludere nel senso da lui desiderato, sarebbe invece incorso nella sanzione penale il soggetto che si fosse battuto in seno al consiglio di amministrazione o al comitato esecutivo, al fine di far prevalere l'opzione contraria al proprio interesse e votando in favore della medesima.

Secondo alcuni altri Autori, poi, all'esclusione della responsabilità penale dell'amministratore che, votando, avesse sacrificato il proprio interesse a vantaggio di quello sociale, si sarebbe potuti, comunque, arrivare anche per altra via, ovvero individuando il bene protetto dalla norma incriminatrice nell'interesse alla conservazione ed all'incremento del patrimonio sociale. Si sarebbe trattato, infatti, di valorizzare il precetto di cui all'articolo 49, comma 2, del codice penale, inteso come espressivo del principio generale della non punibilità del fatto, conforme al tipo, cui non corrisponda la lesione o la messa in pericolo dell'interesse tutelato⁶³⁹.

Non è mancato neppure chi ha sostenuto che alla medesima conclusione si potesse giungere anche qualora si individuasse il bene protetto dalla norma nella correttezza formale delle deliberazioni consiliari. Distinguendo tra bene garantito dalla norma e scopo della tutela, che sarebbe comunque stato ravvisabile nell'utile sociale, si era infatti argomentato che operassero in funzione scriminante, rispetto alla condotta indicata dalla disposizione penale, le modalità concrete con cui essa si svolgesse, nel caso fossero tali da renderla inidonea a compromettere l'interesse ulteriore, in vista del quale era predisposta la tutela, ed anzi atte a garantire la positiva salvaguardia di questo⁶⁴⁰.

⁶³⁹ ROMANO Mario (1967), *Profili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di S.p.A.*, *Raccolta studi di diritto penale*, 158 e seguenti, 167; FOFANI Luigi (1987), *La tutela della società commerciale contro le infedeltà patrimoniali degli amministratori: insufficienza della normativa vigente e prospettive di riforma*, in *Giurisprudenza commerciale*, I, 102 e seguenti; MANTOVANI Ferrando (2001), *Diritto penale, Parte generale*, quarta edizione, Padova, CEDAM, 223.

⁶⁴⁰ ROMANO Mario (1967), *Profili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di S.p.A.*, *Raccolta studi di diritto penale*, 169 e seguenti, 175.

Quanto, poi, agli argomenti addotti a conforto della tesi contraria, se si poteva convenire che il caso di un amministratore il quale, in una situazione di conflitto, perseguisse, votando nel consiglio o nel comitato, l'interesse della società, a scapito del proprio, fosse ai limiti dell'ipotesi di scuola⁶⁴¹, questo, però, non sarebbe bastato a spiegare la supposta indifferenza normativa verso la direzione del voto.

6.5. L'orientamento giurisprudenziale.

Quanto alla giurisprudenza, l'orientamento prevalente⁶⁴² aveva in un primo tempo ritenuto che, in pratica, l'articolo 2631 non facesse altro che munire di sanzione l'articolo 2391 e, quindi, il reato fosse da escludere ogniqualvolta l'amministratore in conflitto avesse sostenuto la soluzione favorevole alla società e avesse votato a favore di questa. In tal modo, infatti, non poteva sorgere per l'ente il pericolo, che avrebbe dovuto costituire elemento del reato⁶⁴³. Risultava così un identico ambito degli articoli 2391 e 2631 del codice civile.

Un orientamento diametralmente opposto a quello della prima pronuncia di legittimità comparve, poi, in una successiva decisione della Suprema Corte, secondo la quale il legislatore, con l'imposizione dell'obbligo incondizionato di astensione, avrebbe inteso «tutelare la società dalle possibili commistioni di interessi ad essa estranei, mediante la garanzia della correttezza formale delle deliberazioni adottate dai suoi amministratori». La punibilità, dunque, avrebbe dovuto essere affermata persino nel caso in cui, dalla delibera, la società traesse vantaggio⁶⁴⁴. Questa interpretazione veniva

⁶⁴¹ CONTI Luigi (1988), *Disposizioni penali in materia di società e consorzi. Art. 2621-2642*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di GALGANO Francesco, III edizione, Bologna, Zanichelli, 245.

⁶⁴² Cassazione penale, 25 febbraio 1959, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1960, 939.

⁶⁴³ SAMORÌ Samuele (1990), *Conflitto di interessi ed illeciti rapporti patrimoniali*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, a cura di MAZZACUVA Nicola, Padova, CEDAM, vol. II, 258.

⁶⁴⁴ Si tratta di passaggi argomentativi essenziali della sentenza della Cassazione penale, sez. V, 4 luglio 1989, in *Rivista Penale*, 1991, 46 e in *Cassazione penale*, 1991, 307; cfr. FOFFANI Luigi (2000), *La tutela penale del corretto funzionamento degli organi sociali*, in *Manuale di diritto penale*

sostenuta da quella parte della dottrina che, come visto, tenendo conto del dato letterale, riteneva sufficiente ad integrare la fattispecie prevista dall'articolo 2631 la mera partecipazione alla delibera.

Secondo tale interpretazione il legislatore avrebbe voluto creare un fronte talmente avanzato di tutela, da concretarlo in un reato di pericolo presunto che tendeva, tenendo comunque lontano dal consiglio o dal comitato esecutivo l'amministratore in conflitto di interessi, a garantire un funzionamento degli organi sociali ed una gestione al di sopra di ogni sospetto.

L'esaltazione dell'aspetto puramente formale non ha mancato di suscitare critiche⁶⁴⁵, basate sull'irrazionale barriera che sarebbe venuta a separare il primo comma (reato di pericolo presunto) ed il secondo (addirittura reato di danno) dello stesso articolo⁶⁴⁶.

Se lo scopo della norma era di evitare che l'amministratore, trovandosi a dover scegliere tra l'interesse proprio e quello della società, scegliesse il primo, il mezzo adottato per realizzarlo era quello di una anticipazione della tutela così forte, da mantenere l'attenzione sul dato formale della partecipazione alla delibera del consiglio o del comitato esecutivo, senza alcuna considerazione per l'aspetto sostanziale, cioè il voto dell'amministratore, che avrebbe potuto anche optare per il sacrificio del proprio interesse, a favore di quello della società⁶⁴⁷.

6.5.1. Il requisito della marginalità del voto.

Da ultimo, ci si interrogava se, ai fini della punibilità dell'agente, rilevasse, similmente a quanto preveduto dal citato articolo 2391 comma terzo, del

dell'impresa, a cura di PEDRAZZI Cesare e altri, Bologna, Monduzzi, 365.

⁶⁴⁵ MAZZACUVA Nicola (1984), *Bene giuridico e tecniche di tutela nel diritto penale societario*, in AA.VV., *Materiali per una riforma del sistema penale*, a cura di NEPPI MODONA Guido, Milano, Angeli, 206.

⁶⁴⁶ SAMORÌ Samuele (1990), *Conflitto di interessi ed illeciti rapporti patrimoniali*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, a cura di MAZZACUVA Nicola, Padova, CEDAM, vol. II, 258.

⁶⁴⁷ SAMORÌ Samuele (1990), *Conflitto di interessi ed illeciti rapporti patrimoniali*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, a cura di MAZZACUVA Nicola, Padova, CEDAM, vol. II, 256.

codice civile, la cosiddetta “prova di resistenza” della deliberazione, ovvero il carattere determinante del voto dell'amministratore.

In proposito si registrava, peraltro, una quasi completa convergenza di vedute in favore della tesi negativa⁶⁴⁸, giustificata dalla semplice ragione e ovvia constatazione che l'approvazione di una delibera, da parte del consiglio o del comitato, esulava dal novero degli elementi costitutivi del reato, che si consumava, invece, in un momento anteriore, e cioè con la semplice prestazione del voto.

7. Elemento soggettivo.

L'elemento psicologico del reato era rappresentato dal dolo generico, ovvero dalla coscienza e volontà dell'amministratore di partecipare alla deliberazione consiliare o del comitato esecutivo, con la consapevolezza del conflitto di interessi. Era, comunque, indispensabile che, alla volontà di partecipare alla deliberazione consiliare o del comitato esecutivo, si accompagnasse la rappresentazione dell'esistenza di una situazione di conflitto d'interessi con la società, riguardo all'operazione sottoposta all'esame dell'organo collegiale⁶⁴⁹. Non era, invece, richiesta la

⁶⁴⁸ ANTOLISEI Francesco (1999), *Manuale di Diritto Penale, Leggi complementari*, Volume I, *I reati societari, bancari, di lavoro e previdenza*, undicesima edizione, Milano, Giuffrè, 470; FOFFANI Luigi (1987), *La tutela della società commerciale contro le infedeltà patrimoniali degli amministratori: insufficienza della normativa vigente e prospettive di riforma*, in *Giurisprudenza commerciale*, I, 105; FOFFANI Luigi (1990), *Le fattispecie di infedeltà patrimoniale degli organi sociali: conflitto di interessi ed illeciti rapporti patrimoniali*, in *Diritto penale commerciale*, a cura di MAZZACUVA Nicola, volume II, *I reati societari e il mercato mobiliare*, Torino, Utet, 211; lo., *Violazione di obblighi*, 450; lo., *Abuso dei poteri*, 960; PEDRAZZI Cesare (1953), *Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 580; ROMANO Mario (1967), *Profili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di S.p.A.*, *Raccolta studi di diritto penale*, 157; STELLA Federico (1960), *Profili penalistici del conflitto di interessi degli amministratori di società commerciali*, Nota a Cassazione penale 25.2.1959, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 130.

⁶⁴⁹ Cassazione penale, 25 febbraio 1959, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1960, 939; Cassazione pen, sez. V, 4.7.1989, in *Rivista Penale*, 1991, 46 e in *Cassazione Penale*, 1991, I, 307; ACCINNI Giovanni Paolo (1991), *Profili penali del conflitto di interessi nei gruppi di società*, in *Rivista delle società*, 1059; ANTOLISEI Francesco (1999), *Manuale di Diritto Penale, Leggi complementari*, Volume I, *I reati societari, bancari, di lavoro e previdenza*, undicesima edizione, Milano, Giuffrè, 470 e seguenti; FOFFANI Luigi (1990), *Le fattispecie di infedeltà patrimoniale degli organi sociali: conflitto di interessi ed illeciti rapporti patrimoniali*, in *Diritto penale commerciale*, a cura di MAZZACUVA Nicola, volume II, *I reati societari e il mercato mobiliare*, Torino, Utet, 217; STELLA Federico (1960), *Profili penalistici del conflitto di interessi degli amministratori di società*

rappresentazione del pericolo per l'interesse sociale, ma, d'altro canto, si riteneva che fosse da escludere la sussistenza dell'elemento psicologico qualora la convinzione dell'inesistenza del pericolo o di arrecare svantaggio alla società facesse venir meno la consapevolezza del conflitto⁶⁵⁰.

Per altro verso, ci si interrogava se, ai fini dell'integrazione dell'elemento psicologico del reato, occorresse anche la coscienza del pericolo per l'interesse sociale, connesso alla condotta incriminata, dal momento che tale consapevolezza sembrava non potersi ritenere già compresa in quella relativa alla sussistenza del conflitto d'interessi, in quanto quest'ultimo si determina al di fuori della volontà penalmente rilevante dell'agente⁶⁵¹.

Prescindendo dall'incidenza che poteva avere la soluzione accolta in ordine al generale problema del ruolo che la rappresentazione del contenuto dell'offesa riveste nella struttura del dolo, appariva evidente che la risposta al quesito fosse in stretta dipendenza con la qualificazione attribuita alla fattispecie in parola. Infatti, se si fosse trattato di un reato di pericolo presunto, si sarebbe stati portati ad escludere logicamente dalla componente rappresentativa del dolo il pericolo per la società⁶⁵² e a conclusione di segno contrario si sarebbe invece giunti ritenendo necessaria, per la sussistenza del reato, l'effettiva messa in pericolo dell'interesse sociale⁶⁵³.

commerciali, Nota a Cassazione penale 25.2.1959, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 945 Ss

⁶⁵⁰ SAMORÌ Samuele (1990), *Conflitto di interessi ed illeciti rapporti patrimoniali*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, a cura di MAZZACUVA Nicola, Padova, CEDAM, vol. II, 260.

⁶⁵¹ CONTI Luigi (1965), *Diritto penale commerciale*, Torino, Utet, I, 396 in nota.

⁶⁵² ANTOLISEI Francesco (1999), *Manuale di Diritto Penale, Leggi complementari*, Volume I, *I reati societari, bancari, di lavoro e previdenza*, undicesima edizione, Milano, Giuffrè, 470; BAMBARA Antonino e STASSANO Giuseppe (1971), *I reati societari*, Milano, Pirola, 78; CONTI Luigi (1988), *Disposizioni penali in materia di società e consorzi. Art. 2621-2642*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di GALGANO Francesco, III edizione, Bologna, Zanichelli, 249; MORANO Alberto (1989), *Leveraged buy-out*, Milano, IPSOA, 131; PEDRAZZI Cesare (1953), *Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 580 in nota; SAMORÌ Samuele (1990), *Conflitto di interessi ed illeciti rapporti patrimoniali*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, a cura di MAZZACUVA Nicola, Padova, CEDAM, vol. II, 260; nonché, implicitamente Cassazione pen, sez. V, 4.7.1989, in *Rivista Penale*, 1991, 46 e in *Cassazione Penale*, 1991, I, 307; v. pure, nell'ambito peraltro di una impostazione differenziata, ZUCCALÀ Giuseppe (1988), *Dei delitti di infedeltà degli organi verso la società: problemi attuali*, in *Rivista trimestrale di Diritto penale dell'economia*, 167.

⁶⁵³ ACCINNI Giovanni Paolo (1991), *Profili penali del conflitto di interessi nei gruppi di società*, in *Rivista delle società*, 1060.

La tesi, da taluno sostenuta, secondo cui non sarebbe stato necessario fare luogo ad alcuna indagine probatoria sul punto, non potendo l'amministratore, per la sua stessa qualità, ignorare la situazione conflittuale⁶⁵⁴, si risolveva, invece, nell'introduzione di una presunzione di dolo, come tale contraria ai principi del diritto penale.

Vedremo in seguito come l'elemento ulteriore della causazione del danno, nel 2629-bis non più soltanto circostanza aggravante, contribuisca a limitare l'ambito dell'obbligo di comunicazione, che il 2391 prevede oggi per ogni interesse, non solo in conflitto (e si tratterà anche di vedere come dagli studiosi di diritto commerciale provengano interpretazioni restrittive del concetto di interesse da comunicare).

8. La causazione di un pregiudizio alla società.

Quanto, infine, all'eventuale pregiudizio, non sembravano esserci dubbi sul fatto che la previsione normativa avesse inteso descrivere una circostanza aggravante o un delitto aggravato dall'evento⁶⁵⁵. Rappresentava, peraltro, convincimento largamente maggioritario che il secondo comma dell'articolo 2631 del codice civile delineasse una circostanza aggravante speciale⁶⁵⁶, venendo in tal modo a configurarsi una tipica ipotesi di delitto aggravato

⁶⁵⁴ MIRTO Pietro (1954), *Il diritto penale delle società*, Milano, Giuffrè, 324.

⁶⁵⁵ Per un'ampia bibliografia sul punto, v. FOFFANI Luigi (2000), *La tutela penale del corretto funzionamento degli organi sociali*, in *Manuale di diritto penale dell'impresa*, a cura di PEDRAZZI Cesare e altri, Bologna, Monduzzi, 369.

⁶⁵⁶ ANTOLISEI Francesco (1999), *Manuale di Diritto Penale, Leggi complementari*, Volume I, *I reati societari, bancari, di lavoro e previdenza*, undicesima edizione, Milano, Giuffrè, 470e seguenti; CONTI Luigi (1965), *Diritto penale commerciale*, Torino, Utet, I, 397; DI AMATO Astolfo (1999), *Diritto penale dell'impresa*, Milano, Giuffrè, 120; FOFFANI Luigi (1990), *Le fattispecie di infedeltà patrimoniale degli organi sociali: conflitto di interessi ed illeciti rapporti patrimoniali*, in *Diritto penale commerciale*, a cura di MAZZACUVA Nicola, volume II, *I reati societari e il mercato mobiliare*, Torino, Utet, 218; GIULIANI BALESTRINO Ubaldo (1978), *I problemi generali nei reati societari*, Milano, Giuffrè, 44 e seguenti; MIRTO Pietro (1954), *Il diritto penale delle società*, Milano, Giuffrè, 324; SAMORÌ Samuele (1990), *Conflitto di interessi ed illeciti rapporti patrimoniali*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, a cura di Mazzacuva Nicola, Padova, CEDAM, volume II, 261; ZUCALÀ Giuseppe (1988), *Dei delitti di infedeltà degli organi verso la società: problemi attuali*, in *Rivista trimestrale di Diritto penale dell'economia*, 168; Ancora Trib. Milano 6.2.1988, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1989, II, 107.

dall'evento⁶⁵⁷.

Per quanto più specificamente concerneva, poi, il concetto di pregiudizio, la questione era, innanzitutto, se esso dovesse necessariamente rivestire carattere patrimoniale. La tesi negativa⁶⁵⁸, comunque, non convinceva, né in relazione alla *ratio* ed al bene giuridico protetto dall'incriminazione, che appariva, come visto, finalizzata alla salvaguardia di interessi di natura prettamente patrimoniale; né alla luce del coordinamento fra la norma in esame e quella di cui all'articolo 2391 del codice civile, laddove la terminologia legislativa risultava chiaramente riferita a pregiudizi patrimonialmente valutabili⁶⁵⁹.

⁶⁵⁷ ACCINNI Giovanni Paolo (1991), *Profili penali del conflitto di interessi nei gruppi di società*, in *Rivista delle società*, 1048; CONTI Luigi (1988), *Disposizioni penali in materia di società e consorzi. Art. 2621-2642*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di GALGANO Francesco, III edizione, Bologna, Zanichelli, 249; PEDRAZZI Cesare (1953), *Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 580; ZUCCALÀ Giuseppe (1988), *Dei delitti di infedeltà degli organi verso la società: problemi attuali*, in *Rivista trimestrale di Diritto penale dell'economia*, 169. Nello stesso senso, ma escludendo la riconducibilità dei delitti aggravati dall'evento allo schema del reato circostanziato, ROMANO Mario (1967), *Profili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di S.p.A.*, *Raccolta studi di diritto penale*, 185 e seguenti. Si segnala anche come, prima della modifica del regime di imputazione soggettiva delle circostanze, attuato dall'articolo 1 della legge 7 febbraio 1990, n. 19, ne discendesse che l'accadimento aggravatore avrebbe dovuto addebitarsi all'agente a titolo di responsabilità obiettiva.

⁶⁵⁸ Per la quale CONTI Luigi (1965), *Diritto penale commerciale*, Torino, Utet, I, 397; SAMORI Samuele (1990), *Conflitto di interessi ed illeciti rapporti patrimoniali*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, a cura di MAZZACUVA Nicola, Padova, CEDAM, vol. II, 261; nonché, sembrerebbe, FOFFANI, *Le fattispecie*, 220.

⁶⁵⁹ NAPOLEONI Valerio (1992), *Infedeltà ed abusi di potere*, Milano, Giuffrè, 82.

Sezione II

Il ruolo dell'articolo 646 del codice penale

1. Brevi cenni in tema di appropriazione indebita. 1.1. Precedenti storici. **2.** Descrizione della fattispecie. 2.1. Il presupposto della preesistenza del possesso. 2.2. L'obbligo del possessore. 2.3. La struttura del reato. 2.4. La perseguibilità d'ufficio. **3.** La distrazione. 3.1. L'emergere della problematica. 3.2. Appropriazione indebita di beni sociali. 3.3. Il dato comune di appropriazione e distrazione.

1. Brevi cenni in tema di appropriazione indebita.

Ai fini della presente trattazione, è opportuno svolgere una ricognizione in tema di appropriazione indebita, dal momento che, pur trattandosi di una fattispecie comune, ha rivestito e, nel complesso, mantiene, un ruolo particolarmente incisivo nel contesto dell'infedeltà dei gestori sociali.

Si tratta, come è noto, di una norma inserita tra i delitti contro il patrimonio mediante frode e il cui bene giuridico protetto è rinvenuto nel diritto di proprietà⁶⁶⁰. Oggetto della tutela penale, in relazione al delitto previsto dall'articolo 646 del codice penale è, infatti, indubbiamente, l'inviolabilità del patrimonio, o più precisamente del diritto di proprietà o altro diritto su denaro o cose mobili, suscettibile di essere leso attraverso fatti di illegittima appropriazione, commessi da chi già sia possessore di cose altrui.

L'applicazione giurisprudenziale di suddetta disposizione conduce, tuttavia, alla necessità di dare conto dell'ampiezza della casistica formatasi, nel corso

⁶⁶⁰ In questo senso ANTOLISEI Francesco (2002), *Manuale di diritto penale, Parte speciale, vol. I*, Milano, 336. Contraria la tesi di FIANDACA Giovanni e MUSCO Enzo (2002), *Diritto penale, Parte speciale, vol. II-I delitti contro il patrimonio*, 3 ed. Bologna, 100, secondo cui la disposizione è posta a presidio dell'interesse di un soggetto, differente da quello agente, al mantenimento dell'iniziale vincolo di destinazione della cosa.

di decenni, attorno alla fattispecie, il cui raggio d'azione raggiunge situazioni che possono agevolmente qualificarsi come evidenti ipotesi di conflitto di interessi e di infedeltà gestoria.

Con l'incriminazione dell'appropriazione indebita, in primo luogo, si tutela il proprietario o altro titolare di diritti sulle cose mobili, contro il possessore di esse, il quale disponga delle cose stesse come se ne fosse proprietario. Ciò che caratterizza il delitto di appropriazione indebita è, dunque, la lesione del diritto di proprietà o d'altro diritto reale mediante l'abuso di un possesso non delittuosamente conseguito.

Se in alcune ipotesi può aggiungersi pure la violazione della fiducia, che già abbia determinato la traslazione del possesso⁶⁶¹, nella generalità dei casi tale violazione non si verifica affatto, e perciò essa non è da considerarsi come elemento essenziale e caratteristico della classe di reati di cui si tratta. Tanto non significa, però, come meglio si vedrà a proposito dell'infedeltà patrimoniale, che la violazione di un particolare rapporto di fiducia porti a escludere l'applicazione della norma in materia di appropriazione⁶⁶².

L'ulteriore caratteristica della fattispecie è, infatti, il presupposto che l'agente, prima di commettere il fatto delittuoso, avesse già il possesso, senza la proprietà, della cosa oggetto del reato. Non può sfuggire, allora, quale rilievo possa assumere la circostanza che il possesso, ovvero la relazione con la cosa, sia collegato a un particolare fine, cui la cosa stessa è destinata, specialmente qualora si tratti di un fine che il possessore è tenuto a perseguire.

⁶⁶¹ Il riferimento è, naturalmente, all'articolo 61, numero 11), del codice penale, ossia l'aver commesso il fatto con abuso di autorità o di relazioni domestiche, ovvero con abuso di relazioni di ufficio, di prestazione d'opera, di coabitazione, o di ospitalità.

⁶⁶² Si vedrà meglio, nella trattazione dedicata al delitto di infedeltà patrimoniale, l'insospettabile duttilità della fattispecie incriminatrice dell'appropriazione indebita, secondo l'efficace espressione impiegata da MEZZETTI Enrico (2008), *Diritto penale dell'impresa*, a cura di AMBROSETTI Enrico Mario, MEZZETTI Enrico, RONCO Mauro, Bologna, Zanichelli, 174.

1.1. Precedenti storici.

Il riferimento ad un uso determinato della cosa trova, inoltre, precisi collegamenti con le norme che hanno storicamente preceduto⁶⁶³ l'appropriazione indebita disciplinata dall'articolo 646 del codice penale del 1930.

Il codice penale del 1889, all'articolo 417, forniva, infatti, una nozione del delitto di appropriazione indebita sostanzialmente non dissimile da quella del codice vigente, sebbene con alcune differenze, stabilendo che: «chiunque si appropria, convertendola in profitto di sé o d'un terzo, una cosa altrui che gli sia stata affidata o consegnata per qualsiasi titolo che importi l'obbligo di restituirla o di farne un uso determinato, è punito, a querela di parte».

Il codice penale sardo-italiano del 1859, all'articolo 631, sanzionava invece chiunque avesse «consumato, dissipato, alienato od in qualsiasi modo convertito in uso proprio, e con danno del proprietario o possessore o detentore, roba, denaro, mercanzia, biglietti o qualunque scritto portante obbligazione o liberazione, le quali cose fossero state a lui consegnate coll'obbligo di restituirlle, di presentarle, di farne un uso o impiego determinato».

Il coesistente codice Toscano del 1853, all'articolo articolo 396 denominava, poi, «truffa» la corrispondente fattispecie di reato, e la faceva consistere nel fatto di «chiunque dolosamente consumandola, od altrimenti convertendola in profitto di sé o di un terzo, si appropria una cosa mobile altrui, che gli è stata affidata o consegnata, per custodirla, amministrarla, restaurarla, trasportarla, o per qualunque altro titolo, che importi l'obbligo di riconsegnarla, o di farne un uso determinato».

⁶⁶³ Come osservava MANZINI Vincenzo (1948), *Diritto penale*, Tomo IX, II edizione, Torino, Utet, 755, nota 1, nel diritto romano e nel diritto intermedio mancava una incriminazione autonoma dell'appropriazione indebita. Il fatto era compreso tra i così detti furti impropri, ovvero nella nozione d'altri delitti (stellionato, ecc.). Per la storia si veda PETROCELLI Biagio (1933), *L'appropriazione indebita*, Napoli, Morano, 3 e seguenti.

Appare dunque evidente una tensione della fattispecie, che sopravvive al mutamento del dettato normativo, a sanzionare non tanto e non solo l'appropriazione, quanto lo sviamento, la distrazione, l'uso improprio e, in questo senso, anche la violazione della relazione di fiducia che legittimava la detenzione di un bene altrui.

2. Descrizione della fattispecie.

È bene premettere, dal momento che altre fattispecie esaminate nel corso della presente trattazione costituiscono reati propri, come il delitto di appropriazione indebita possa essere, invece, commesso da chiunque, purché, tuttavia, si trovi nel possesso della cosa.

Poiché, poi, l'appropriazione indebita non può avere altro oggetto che la cosa mobile altrui, il delitto non può essere commesso dal proprietario esclusivo della cosa stessa, neppure se questa sia soggetta a vincoli a favore di terzi, se questi non abbiano un diritto attuale sulla cosa stessa⁶⁶⁴.

Anche sotto questo aspetto viene, quindi, ad apparire sfumata la particolare relazione funzionale che lega il soggetto passivo alla cosa oggetto del reato⁶⁶⁵.

D'altro canto, oggetto della tutela penale del delitto di appropriazione indebita è, come premesso, l'interesse pubblico concernente l'inviolabilità del patrimonio, avverso il fatto del possessore di una cosa mobile altrui che illegittimamente dispone della cosa stessa come se ne fosse proprietario, ovvero si comporta *uti dominus*.

Infatti, mentre attraverso la sanzione del furto si protegge lo stato di fatto del possesso nel proprietario o in qualsiasi altro detentore, con quelle dell'appropriazione indebita si tutela il diritto soggettivo che altri ha sulla

⁶⁶⁴ PETROCELLI Biagio (1933), *L'appropriazione indebita*, Napoli, Morano, 132.

⁶⁶⁵ Se, però, il fatto è commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio su cose possedute per ragione del suo ufficio o servizio, trova applicazione il diverso delitto di peculato, di cui all'articolo 314 del codice penale.

cosa posseduta da chi illegittimamente se ne appropria⁶⁶⁶.

Peraltro, come osservava già il Manzini⁶⁶⁷, non è indispensabile che il diritto violato con l'appropriazione indebita sia precisamente quello di proprietà. Così, al nudo proprietario non spetta l'esercizio di alcun diritto sulla cosa, e però, se questa è posseduta da un terzo, con l'obbligo di conservarla per colui che su di essa ha un diritto reale diverso dalla proprietà, il fatto del possessore, di appropriarsene, a profitto proprio o del nudo proprietario o di altri, costituisce appropriazione indebita in danno del titolare di quel diritto reale. Lo stesso vale nell'ipotesi in cui sussista, anziché un diritto reale, un diritto personale, per effetto del quale il possesso della cosa spetti legittimamente alla persona, diversa dal proprietario, che consegnò la cosa stessa a chi se ne appropriò illegittimamente.

In ogni caso, la nozione del delitto di appropriazione indebita presuppone essenzialmente nel soggetto attivo la preesistenza del possesso e la mancanza del diritto di proprietà o di altro diritto, che ne autorizzi l'appropriazione⁶⁶⁸.

In questo senso, come osservava già risalente dottrina⁶⁶⁹, nel diritto penale il

⁶⁶⁶ Si veda invece, per un confronto, la disciplina propria del diritto inglese.

⁶⁶⁷ MANZINI Vincenzo (1948), *Diritto penale*, Tomo IX, II edizione, Torino, Utet, 757. Le osservazioni contenute nel presente paragrafo vanno poi confrontate con l'esperienza inglese, la quale, come si vedrà, pone delle problematiche affatto peculiari relativamente ai delitti contro il patrimonio.

⁶⁶⁸ Per una particolare questione, relativa alla sussumibilità rispetto alla fattispecie di appropriazione indebita della mancata restituzione di beni costituiti in *trust*, si rinvia alla sentenza del Tribunale di Venezia, 8 ottobre 2004, n. 10. Tale pronuncia, che richiedeva un'attenta considerazione tanto della normativa civilistica, quanto di quella penalistica, riguardava la vicenda in cui un soggetto, vedendosi esposto al possibile maturare di un credito molto ingente, proteggeva i propri beni, su suggerimento dei professionisti che lo assistevano, attraverso l'istituzione di un *trust*. In seguito, il soggetto cerca di riottenere la piena disponibilità dei beni e, dopo aver verificato l'impossibilità di vedere soddisfatta tale richiesta, percorreva la via della denuncia penale, chiedendo che fosse ravvisato, tra l'altro, il reato di appropriazione indebita, ravvisabile nel rifiuto del *trustee* di restituire la titolarità dei beni. Si rinvia alla nota di DI AMATO Astolfo (2005), *Profili di possibile rilevanza penale del trust*, in *Trusts e attività fiduciarie*, ottobre, 497-499, il quale esprime il proprio apprezzamento verso la decisione del giudice, che ha escluso la configurabilità del reato, in quanto il richiamo ad un rapporto fiduciario sottostante l'intera operazione non può avere rilievo perchè in contrasto con la natura del *trust*, in base al quale il *trustee* è titolare di un diritto reale; oltre che di AMBROSETTI Enrico Mario (2005), *La mancata restituzione di beni costituiti in trust e il delitto di appropriazione indebita*, in *Dialoghi*, luglio dicembre, Cedam, 153-158, il quale osserva come non sembri azzardato concludere che il settore dei delitti contro il patrimonio si rivela ormai incapace di assicurare una effettiva protezione contro le nuove forme di criminalità. Si veda, peraltro, quanto illustrato a proposito dell'ordinamento inglese.

⁶⁶⁹ PANNAIN Remo (1946), *Il possesso nel diritto penale*, Roma, Edizioni della Bussola, 65. Si veda, poi, alle pagine 147 e seguenti, laddove tale Autore evidenzia, a proposito dei lavoratori subordinati,

possesso va inteso nel senso di qualunque potere sulla cosa, che non sia la semplice relazione materiale del mero detentore, che è meccanico strumento dell'altrui possesso.

Il delitto di appropriazione indebita, inoltre, nel sistema dei delitti contro il patrimonio, occupa un posto che si ricava, per sottrazione o specificazione, dalla disciplina relativa ai delitti di furto e di truffa⁶⁷⁰.

Così, l'appropriazione indebita si distingue dal furto principalmente perché, mentre essa presuppone la preesistenza del possesso della cosa mobile nell'agente delittuoso, la nozione del furto, invece, esige che il soggetto agente non abbia tale possesso, bensì che lo acquisti col delitto⁶⁷¹.

D'altro canto, si distingue dalla truffa essenzialmente perché l'appropriazione indebita presuppone che il colpevole non abbia carpito, con artifici o raggiri, il possesso di cui ha poi abusato, mentre nella truffa il possesso è conseguito, tipicamente, con tali artifici o raggiri. Infatti, mentre nell'appropriazione indebita la legge ha riguardo alla correttezza nello svolgimento dei rapporti patrimoniali privati, nella truffa si considera invece il momento in cui tali rapporti vengono in essere.

È, tuttavia, a seguito dell'introduzione della fattispecie di infedeltà patrimoniale, che il rapporto tra appropriazione indebita e altre figure di reato assume particolare importanza, come si avrà modo di vedere ampiamente *infra*. Quanto è importante evidenziare in questa sede è

che il rapporto di stretta dipendenza esclude qualsiasi apparenza di esercizio della proprietà o di altro diritto reale, ma che l'esecuzione di un incarico che esuli da mansioni ordinarie, quale ad esempio un mandato o una commissione, fa sì che l'incaricato risponda, eventualmente, di appropriazione indebita, proprio in ragione del mutato rapporto con la cosa. Analogamente, in caso di lavoro autonomo, ogni *locatio operis* costituisce una situazione in cui il rapporto con la cosa è da reputare possesso ai sensi del diritto penale. Peraltro NUVOLONE Pietro (1941), *L'infedeltà patrimoniale nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 125, ritiene inaccettabile una classificazione delle ipotesi di possesso basata sul titolo in dipendenza dal quale scaturisce la relazione con la cosa. Ancora, si noti come PETROCELLI Biagio (1933), *L'appropriazione indebita*, Napoli, Morano, 488 rilevasse che non ogni prestazione di attività utile costituisca una prestazione d'opera. Si veda meglio *infra*, in relazione all'aggravante di cui all'articolo 61 n. 11) del codice penale.

⁶⁷⁰ Se, poi, la cosa si acquista con violenza alla, persona o con minaccia, sussiste il delitto di rapina o di estorsione e non quello d'appropriazione indebita.

⁶⁷¹ NUVOLONE Pietro (1942), *Il possesso nel diritto penale*, Milano, Soc. Ed. Vita e Pensiero, 133, il quale afferma che mentre nel furto è essenziale la, privazione del *corpus*, nell'appropriazione indebita viene in considerazione tutto il rapporto possessorio nel suo complesso .

comunque il ruolo rivestito da una particolare modalità della condotta *latu sensu* appropriativa, ovvero la distrazione.

2.1. Il presupposto della preesistenza del possesso.

Si è detto che presupposto del delitto del delitto di appropriazione indebita è che l'agente commetta il fatto in relazione ad una cosa mobile altrui, di cui abbia a qualsiasi titolo il possesso. La prevalente ricostruzione del concetto di possesso ai fini del diritto penale prescinde dall'omologo istituto civilistico⁶⁷² e lo fa, piuttosto, coincidere con l'esercizio, in virtù di qualsiasi titolo legittimo, di un autonomo potere di fatto, al di fuori della sfera di custodia e di vigilanza del titolare.

La cosa oggetto del possesso, nonché del delitto, è solo il denaro⁶⁷³ o la cosa mobile d'altri. A differenza del codice del 1889 e in conformità dei codici sardo-italiano e toscano, il codice vigente richiede espressamente che la cosa sia mobile⁶⁷⁴. La considerazione di fondo, su cui si basa la scelta normativa, può essere ravvisata nella circostanza che il patrimonio immobiliare non può essere seriamente pregiudicato dalla condotta di appropriazione indebita.

Quanto al possesso⁶⁷⁵, esso deve preesistere in capo a chi commette appropriazione indebita, ma non occorre che esso provenga dall'affidamento o dalla consegna della cosa, come invece esige il codice del 1889. Pertanto, una volta accertata la sussistenza del possesso nell'imputato, è

⁶⁷² In dottrina non esistono però univoche interpretazioni, e il dibattito coinvolge in generale tutti i concetti tipici del diritto privato richiamati nell'alveo del diritto penale. Per un'opzione difforme da quella indicata nel testo, si veda PANNAIN Remo (1946), *Il possesso nel diritto penale*, Roma, Edizioni della Bussola, 62.

⁶⁷³ Inutile ricordare che è specificato denaro o cosa mobile, perché, come insegna il diritto civile, quando passa il possesso del denaro passa anche la proprietà, ma ci può comunque essere appropriazione indebita per il diritto penale.

⁶⁷⁴ Si rimanda, ancora, per un confronto, al capitolo relativo ai delitti contro il patrimonio nell'ordinamento inglese.

⁶⁷⁵ Ancora secondo NUVOLONE Pietro (1942), *Il possesso nel diritto penale*, Milano, Soc. Ed. Vita e Pensiero, 133, «è possesso, ai sensi dell'articolo 646, ogni relazione con la cosa mobile altrui, lecitamente acquisita dal punto di vista penale, che abbia l'apparenza di una disponibilità autonoma (*apparentia domini*): disponibilità che, peraltro, è esclusa in diritto dal fondamento e dal contenuto del rapporto giuridico qualificante la fattispecie».

superflua l'indagine circa la origine di esso, tranne per ciò che concerne eventuali circostanze aggravanti o l'applicazione di un diverso titolo di reato⁶⁷⁶.

Se l'agente ha avuto il possesso per fatto d'altra persona, non è necessario che questa fosse il proprietario o il titolare di un altro diritto sulla cosa. A prescindere dalla persona cui sia riconducibile il trasferimento, chi ha ricevuto il possesso non traslativo del diritto di proprietà può, comunque, rendersi colpevole di appropriazione indebita.

La ragione e lo scopo per cui l'agente ha avuto il possesso della cosa sono sostanzialmente indifferenti, a parte per ciò che concerne la determinazione della volontà e il titolo del possesso, o le circostanze aggravanti. È parimenti irrilevante il modo con cui il possesso giunse all'agente, qualora non costituisca per sé stesso reato.

Il possesso, peraltro, può essere derivato da un mandato a ricevere da terzi la cosa, la proprietà della quale spetta al mandante. Perciò, commette appropriazione indebita l'incaricato di riscuotere denaro o di ricevere altre cose, per conto del mandante, che faccia suo quel che ricevette. Poiché non occorre che il possesso sia conferito all'agente dal proprietario, il reato sussiste anche quando la consegna avvenga attraverso chiunque, per i rapporti esistenti tra il consegnatario e l'avente diritto su quella cosa, sia obbligato a rimetterla al secondo⁶⁷⁷.

Si aggiunga che è indifferente che il possesso abbia carattere permanente o temporaneo, purché la relazione con la cosa costituisca possesso. La

⁶⁷⁶ La *Relazione ministeriale sul Progetto del codice penale*, II, 470, esplicitava, in effetti, come il progetto rinunciava «alla necessità della condizione che il possesso sia conseguenza dell'affidamento o della consegna da parte del proprietario. Presupposto, infatti, che il possesso si trovi legittimamente presso il colpevole, cioè senza sottrazione, frode o violenza, perché altrimenti si verserebbe in ipotesi di furto, truffa, rapina o estorsione, l'arbitraria inversione del possesso deve essere punita, in ogni caso, prescindendo dal titolo, in forza del quale il colpevole venne in possesso della cosa». La condizione dell'affidamento, presente nel codice del 1880, non solo restringeva portata del delitto, ma «finiva per snaturarne l'essenza», perché incentrava la fattispecie sulla violazione della fiducia, piuttosto che sulla violazione del diritto di proprietà.

⁶⁷⁷ MANZINI Vincenzo (1948), *Diritto penale*, Tomo IX, II edizione, Torino, Utet, 762, il quale precisa che il possesso non deve essere considerato in relazione a chi ha compiuto materialmente la traslazione del medesimo, ma a chi ha il diritto di proprietà o altro diritto sulla cosa.

detenzione materiale della cosa costituisce, poi, possesso soltanto se sia tale da poter produrre qualche effetto giuridico o da implicare una signoria di fatto sulla cosa; non allorché la cosa stessa rimanga sotto la custodia o la vigilanza del padrone, nel quale caso la detenzione non concreta il presupposto della nozione del delitto di appropriazione indebita, tanto più che, mentre l'articolo 624 parla di detenzione, l'articolo 646 esige il possesso.

La possibilità del reato di appropriazione indebita perdura sino a che il possesso della cosa altrui rimane nell'agente. Non si deve, però, confondere la cessazione del diritto di possedere, con la cessazione del possesso, che è una situazione di fatto. Sino a che il possesso permane come stato di fatto, l'appropriazione indebita è, infatti, sempre possibile e, anzi, l'indebita ritenzione della cosa già posseduta legittimamente è uno dei casi tipici di appropriazione indebita.

Il possesso, comunque, può aversi a qualsiasi titolo⁶⁷⁸. Titolo del possesso, nel senso dell'articolo 646 del codice penale, è la causa che ha determinato l'acquisto del possesso, la quale non coincide con la nozione che di possesso dà l'art 1140 del codice civile. Non c'è, infatti, corrispondenza tra la nozione civilistica di possesso e quella propria dell'articolo 646 del codice penale. Riguardo a quest'ultima, una valida ricostruzione è quella fornita da autorevole dottrina⁶⁷⁹, seguita anche in giurisprudenza e basata sulla necessità di un rapporto materiale con la cosa, ciò che costituisce detenzione, e che, inoltre, il possessore di trovi al di fuori della sfera di sorveglianza di chi ha un potere giuridico maggiore sulla cosa⁶⁸⁰.

⁶⁷⁸ A differenza di quanto avviene per l'*abus de confiance* francese. Lo stesso codice penale italiano del 1889, peraltro, precisava che doveva trattarsi di un possesso «per qualsiasi titolo che importi l'obbligo di restituire la cosa o di farne un uso determinato».

⁶⁷⁹ ANTOLISEI Francesco (2002), *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, a cura di CONTI Luigi, XIV edizione integrata e aggiornata, 335 e seguenti.

⁶⁸⁰ Anche nel furto si parla, infatti, di impossessamento. Ad esempio, chi ruba al supermercato consuma il reato quando supera le casse, perché prima non si è fuori dalla sfera di sorveglianza del cassiere, quindi c'è solo detenzione. Chi ruba un codice allo studente che si è alzato un attimo dal posto, compie un furto, perché alzarsi non implica rinuncia alla sfera di sorveglianza. Il fachino che

Il titolo del possesso, agli effetti dell'articolo 646 del codice penale, può, quindi, derivare dalla legge, da un atto dell'Autorità, da un contratto, da un quasi-contratto, o anche da un mero fatto non delittuoso suscettivo di trasferire il possesso, purché importi l'obbligo di non appropriarsi la cosa. Quando sussista il possesso per un titolo qualsiasi, con l'obbligo predetto, sono indifferenti la specie e il grado delle potestà con cui esso si attua nel caso concreto: può, cioè, trattarsi d'un potere di uso o di godimento della cosa, nel qual caso l'uso o il godimento non possono costituire appropriazione indebita, ovvero di mera custodia.

2.2. L'obbligo del possessore.

Se il possessore ha l'obbligo di restituire la cosa, egli deve consegnarla all'avente diritto nello stato e grado in cui la ricevette o secondo le altre condizioni convenute. Se il possessore deve dare alla cosa una determinata destinazione, il delitto di appropriazione indebita può sussistere anche se tale destinazione sia l'inutilizzazione o la distruzione della cosa stessa⁶⁸¹. Tuttavia, poiché, a norma del codice penale vigente, non è necessario che la cosa sia stata consegnata o affidata con l'obbligo di restituirla o di farne un uso determinato, il delitto di appropriazione indebita può commettersi anche se il possesso sia passato nell'agente senza espressa imposizione dell'obbligo di restituire la cosa o di farne un uso determinato, purché il titolo non sia traslativo della proprietà.

L'agente, comunque, deve possedere la cosa in modo conforme alla volontà dell'avente diritto e, dal momento che appropriazione significa disporre della cosa come proprietario, se ne può inferire che, qualora il possesso

si dilegua tra la folla compie un furto dei bagagli, perché ne ha solo la detenzione. Anche le valigie consegnate al *check-in* di un aeroporto non diventano oggetto di possesso, per *fictio iuris*, ma solo di detenzione (si finge che su di essi ci sia ancora la sfera di controllo del passeggero). Il comodatario che si comporta *uti dominus* compie, invece, un'appropriazione indebita, perché agli effetti della legge penale il suo è possesso, nonostante per il diritto civile sia mero detentore. Giova qui ricordare altresì come nel peculato si faccia riferimento all'ulteriore concetto di disponibilità, cioè atti di possesso per conto altrui, ovvero il superiore gerarchico.

⁶⁸¹ MANZINI Vincenzo (1948), *Diritto penale*, Tomo IX, II edizione, Torino, Utet, 776.

della cosa si colleghi a un titolo che consenta, altresì, di disporre della cosa stessa, non sia possibile alcuna appropriazione indebita.

Un esempio, in proposito, può essere costituito dal caso del mandato a vendere, dove tipicamente il mandatario non commette alcun reato per il semplice fatto di disporre della cosa. Possono, tuttavia, sorgere delle questioni laddove il mandatario venda il bene in contrasto con le direttive del mandante, ovvero in conflitto di interessi.

2.3. La struttura del reato.

L'appropriazione indebita consiste nel fatto di disporre come proprietario della cosa mobile altrui, della quale si ha il solo possesso, in modo da privare della cosa stessa l'avente diritto.

Il possesso non può, infatti, spingersi fino a compiere sulla cosa posseduta qualunque atto proprio del diritto di proprietà, sino ad appropriarsi la cosa stessa, perché, se così fosse, la distinzione tra possesso e proprietà non avrebbe ragione di esistere⁶⁸². I mezzi e il modo con cui si effettua l'appropriazione, quando siano idonei e non equivoci, sono indifferenti per la nozione del delitto⁶⁸³. L'appropriazione può quindi verificarsi sia mediante consumazione della cosa, sia mediante alienazione, distrazione, ritenzione, *et cetera*⁶⁸⁴.

Quando, poi, possa dirsi avvenuta l'appropriazione, è questione che evidentemente può risolversi solo caso per caso, tenuto conto delle circostanze concrete del fatto. Bisogna, comunque, qui ricordare che l'appropriazione indebita può anche consistere nel solo uso della cosa.

L'uso è infatti un modo di esercitare il diritto di proprietà e quando lo stesso

⁶⁸² È evidente qui che il concetto di possesso ai sensi del diritto penale si allontana da quello civilistico, che vede il possesso come la situazione di fatto corrispondente al diritto di proprietà o di altro diritto reale.

⁶⁸³ V.: *Relazione al Re sul codice penale*, n. 122 e 133.

⁶⁸⁴ MANZINI Vincenzo (1948), *Diritto penale*, Tomo IX, II edizione, Torino, Utet, 778; nonché PETROCELLI Biagio (1933), *L'appropriazione indebita*, Napoli, Morano, 389 e seguenti.

non sia consentito al possessore, ovvero si faccia un uso diverso da quello legittimo in base al titolo del possesso, diviene un mezzo per effettuare l'appropriazione, ove sia tenuto *uti dominus*.

Certo, è vero che non è punibile la mera appropriazione d'uso, in difetto di una norma analoga a quella dell'articolo 626 n. 1)⁶⁸⁵, ma la non punibilità si riferisce all'uso momentaneo della cosa posseduta, che avvenga cioè senza convertire il possesso in proprietà, tenendo la cosa a disposizione dell'avente diritto, e limitandosi soltanto ad abusare del possesso. Se invece all'uso indebito si associa la appropriazione totale o parziale della cosa, il delitto certamente sussiste⁶⁸⁶.

Occorre inoltre considerare la condotta di distrazione, che, come premesso, è particolarmente rilevante proprio per quanto concerne i comportamenti di abuso del patrimonio sociale nella situazione di conflitto di interessi tra amministratore e società⁶⁸⁷. Infatti, può sembrare che, quanto più nel perseguire un profitto a danno della società l'amministratore ricorre a vie traverse⁶⁸⁸, tanto più la condotta si allontana dallo schema delineato dall'articolo 646 del codice penale. A questo si contrappone però la insospettabile elasticità da sempre palesata dalla figura delittuosa dell'appropriazione indebita, pacificamente riconosciuta dalla

⁶⁸⁵ Guardando ancora alla *Relazione ministeriale sul Progetto del codice penale*, II, 447, si legge espressamente che «il progetto non ha creduto riconoscere come passibile di sanzione penale l'appropriazione indebita d'uso, perché, come è stato autorevolmente messo in rilievo, nel furto è prevista qualsiasi violazione del possesso altrui per trarne profitto, mentre nell'appropriazione indebita, trovandosi già il possesso della cosa legittimamente presso il colpevole, non può punirsi che il solo illegittimo tramutamento di tale possesso in proprietà, ossia l'appropriazione». Sulla appropriazione d'uso anche PETROCELLI Biagio (1933), *L'appropriazione indebita*, Napoli, Morano, 377 e seguenti, escludeva la punibilità del fatto.

⁶⁸⁶ MANZINI Vincenzo (1948), *Diritto penale*, Tomo IX, II edizione, Torino, Utet, 779.

⁶⁸⁷ Cfr. MEZZETTI Enrico (2004), *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario. Spunti critici su ratio dell'incriminazione e bene giuridico tutelato*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 1, 204, note 68 e 69. Si veda altresì CANTONE Raffaele (1997), *La formazione di riserve occulte da parte dell'impresa destinate all'illecito finanziamento di partiti politici. Profili di rilevanza penale*, in *Cassazione penale*, I, 278 e seguenti e nota 18, il quale evidenzia come si dia ormai per scontata un'interpretazione del concetto di appropriazione, che tenga in sé anche la mera distrazione, in particolare successivamente alla pronuncia delle Sezioni unite, 28 febbraio 1989, in *Cassazione penale*, 1989, p. 2150, n. 1710.

⁶⁸⁸ Espressione tratta da PEDRAZZI Cesare (1953), *Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 543.

giurisprudenza⁶⁸⁹, la quale anche è giunta a dichiarare punibili, sulla base della disposizione di cui all'articolo 646, mere condotte distrattive⁶⁹⁰.

In effetti, anticipando qui una problematica, che sarà ripresa con riguardo all'infedeltà patrimoniale, basti considerare la creazione, da parte degli amministratori di una società, di fondi neri, attraverso una contabilità falsa, ovvero la formazione di disponibilità non ufficiali, che sfuggono a ogni controllo. Si tratta, come è agevole percepire, di un fenomeno che va al di là della semplice irregolarità contabile, tanto più che essa è, di per sé, inidonea ad arrecare un pregiudizio al patrimonio sociale. La responsabilità degli amministratori⁶⁹¹ va, piuttosto, collegata al danno che deriva alla società dalle ulteriori violazioni, che gli amministratori possono commettere nell'utilizzare i fondi neri, i quali si prestano ad essere impiegati in operazioni compiute in conflitto di interessi, quando non addirittura a veri e propri prelevamenti personali, proprio in virtù del *deficit* di trasparenza relativo alla loro gestione⁶⁹².

Il delitto di appropriazione indebita è, poi, reato di danno, di carattere commissivo, ma realizzabile pure mediante omissioni, anche fuori del caso preveduto al capoverso dell'articolo 40 del codice penale⁶⁹³. Il delitto si consuma nel momento e nel luogo in cui si verifica l'appropriazione. È reato

⁶⁸⁹ Si veda, *amplius*, il paragrafo relativo ai rapporti tra appropriazione indebita e infedeltà patrimoniale.

⁶⁹⁰ Nella pronuncia Cassazione penale, sez. II, 4 aprile 1997, in *Rivista italiana di diritto penale*, 1997, 1435 e seguenti, con nota di PEDRAZZI Cesare, *Sui limiti dell'"appropriazione"*, si afferma, infatti, che «il termine appropriarsi non significa soltanto annettere al proprio patrimonio il denaro o la cosa mobile altrui, bensì anche disporne arbitrariamente *uti dominus* sotto qualsiasi forma», sulla base della «tutela delle ragioni del possesso, ossia di quel rapporto fiduciario o di affidamento messo in rilievo dalla dottrina». In senso critico rispetto a quest'accezione c.d. "in senso ampio" dell'appropriazione, che si richiamerebbe a un presupposto di affidamento estraneo al modello legale, si veda, appunto, PEDRAZZI CESARE (1997), *Sui limiti dell'"appropriazione"*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, 1443. È stato sostenuto da PAGLIARO Antonio (2003), *Principi di diritto penale, p.s., III, Delitti contro il patrimonio*, Milano, Giuffrè, 450, che la condotta di distrazione nell'appropriazione indebita comprenderebbe «le residue condotte che distolgono il bene posseduto dalle finalità assegnategli dall'ordinamento giuridico nell'ambito del diritto di proprietà, per destinarlo arbitrariamente alla "proprietà" dell'agente (o, mediatamente, di altri)». Tuttavia, l'estensione dell'area della punibilità a condotte così connotate rischia di apparire troppo incerta.

⁶⁹¹ Si veda anche la giurisprudenza d'Oltralpe, sviluppatasi in tema di *abus des biens sociaux*.

⁶⁹² BONELLI Franco (1992), *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, Giuffrè, 36.

⁶⁹³ MANZINI Vincenzo (1948), *Diritto penale*, Tomo IX, II edizione, Torino, Utet, 786.

istantaneo, e non permanente, quantunque possano essere permanenti i suoi effetti. Il vigente codice penale non esige, infatti, per la consumazione, come invece il codice del 1889, che il possessore abbia convertito la cosa in proprio od altrui profitto. Il profitto viene considerato solo con riguardo al dolo specifico del reato.

Per la consumazione del delitto, non è richiesta la verifica di un danno, a differenza che per la truffa, ma soprattutto dell'infedeltà patrimoniale *ex* articolo 2634, arrivando così all'assurda conseguenza che quello che dovrebbe essere un reato a presidio di un ambito specifico e più delicato, qual è quello societario, contempla un elemento, che contribuisce all'inapplicabilità della fattispecie, di cui il delitto base è invece privo.

La disposizione di cui all'articolo 646 contempla, poi, un dolo tanto generico che, come anticipato, specifico. Il dolo generico consiste nella volontà cosciente e libera e nell'intenzione di appropriarsi il denaro o la cosa mobile altrui posseduta per un titolo qualsiasi, non traslativo della proprietà, sapendo di agire senza diritto. Il dolo specifico è, invece, dato dal fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto. Ne consegue che, costituendo il profitto il fine dell'azione, esso non è un elemento materiale del reato ed è dunque indifferente che esso sia conseguito o no.

Si tenga poi conto che il dolo dell'appropriazione indebita può essere sia posteriore al conseguimento del possesso della cosa, che anteriore all'entrata in possesso, purché l'agente non abbia ottenuto il possesso con mezzi o in modo che determinino l'applicazione d'un diverso titolo di reato⁶⁹⁴.

2.4. La perseguibilità d'ufficio.

L'articolo 61 n. 11 è richiamato nel secondo capoverso dell'articolo 646 per rendere il delitto perseguibile d'ufficio, quando ricorra tale aggravante⁶⁹⁵.

⁶⁹⁴ È interessante, sul punto, un confronto con l'esperienza inglese, per cui v. *infra*.

⁶⁹⁵ È evidente che il richiamo conferma, inoltre, l'applicabilità dell'aggravante comune. Si veda, *ex*

Ora, con l'espressione relazione di prestazione d'opera, il legislatore ha inteso fare riferimento allo speciale rapporto, che lega il prestatore d'opera al soggetto in favore del quale questa è prestata. Tale relazione, poi, può esplicitarsi anche in un unico rapporto, ovvero quello stesso che dà luogo al reato⁶⁹⁶.

D'altro lato, l'abuso delle relazioni indicate nell'articolo 61 n. 11 non si deve confondere con l'abuso del possesso⁶⁹⁷, ma la violazione deve riguardare un rapporto più stretto di quello che è necessariamente inerente all'affidamento volontario della cosa e un obbligo diverso da quei doveri elementari che sono propri di ogni possessore di cose altrui, tale che l'abuso si configuri come un *quid pluris* rispetto a ciò che ordinariamente è necessario e sufficiente per l'integrazione dell'appropriazione indebita. In questo senso, può ritenersi abusivo il valersi illegittimamente di facoltà, mezzi od occasioni inerenti al rapporto di cui si tratta⁶⁹⁸.

Analogamente può dirsi quanto all'abuso di relazioni d'ufficio, con la precisazione che può ravvisarsi una relazione di tal tipo ogniqualvolta una mansione non possa essere già qualificata come di prestazione d'opera⁶⁹⁹, per il fatto di essere eseguita a favore del soggetto passivo del reato, ma non al suo servizio o alla sua dipendenza, ovvero in base ad un rapporto di appartenenza ad un'organizzazione.

Ciò premesso, tale circostanza aggravante appare agevolmente applicabile al contesto degli abusi dei gestori commessi rispetto al patrimonio sociale. Orbene, per quanto ai fini della presente trattazione, non può non essere rilevato come la perseguibilità d'ufficio dell'appropriazione indebita

plurimis, PETROCELLI Biagio (1933), *L'appropriazione indebita*, Napoli, Morano, 478.

⁶⁹⁶ PETROCELLI Biagio (1933), *L'appropriazione indebita*, Napoli, Morano, 489-492.

⁶⁹⁷ Così ammoniva già MANZINI Vincenzo (1948), *Diritto penale*, Tomo IX, II edizione, Torino, Utet, 795.

⁶⁹⁸ PETROCELLI Biagio (1933), *L'appropriazione indebita*, Napoli, Morano, 492, riprende la definizione di MANZINI Vincenzo (1933), *Diritto penale*, Torino, Utet, 168. Interessante, sul punto, un confronto tra la straordinaria modernità di quest'Autore e la ben più recente dottrina anglosassone in tema di *corporate opportunity* e *no-conflict rule*.

⁶⁹⁹ PETROCELLI Biagio (1933), *L'appropriazione indebita*, Napoli, Morano, 496.

aggravata si potrebbe riferire, in linea con la giurisprudenza, anche agli abusi degli amministratori sul patrimonio sociale, fornendo, come è stato evidenziato, uno strumento di governo dell'azione penale più incisivo e una “s-privatizzazione” nella gestione dell'impulso punitivo, con notevoli vantaggi in termini di efficienza del sistema penale⁷⁰⁰.

3. La distrazione.

Importante, per quanto discussa, forma di manifestazione del reato di appropriazione indebita è la distrazione, che consiste nel dare alla cosa una destinazione diversa da quella originaria, incompatibile con quella che ne legittima il possesso⁷⁰¹.

Orbene, sul punto vi innanzitutto è da osservare⁷⁰² come non sia pacifico se la condotta distrattiva costituisca una *species* di quella appropriativa, o se essa possa configurarsi quale manifestazione omissiva della ritenzione. È evidente, tuttavia, che l'evoluzione giurisprudenziale sviluppatasi sul punto abbia tratto le mosse dalla necessità di ricomprendere, all'interno dell'area di punibilità, tutta una serie di condotte che non potrebbero essere considerate, *strictu sensu*, appropriative.

In effetti, ritenere che la violazione del vincolo imposto all'uso della cosa non costituisca una forma di appropriazione della stessa fintantoché non sia intervenuta una definitiva espropriazione, se da un lato limita fortemente la figura delittuosa di cui all'articolo 646 del codice penale, dall'altro, però, in ossequio al principio di necessaria offensività, esclude la sanzionabilità di condotte che costituiscano un mero scostamento dalle istruzioni del

⁷⁰⁰ MEZZETTI Enrico (2004), *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario. Spunti critici su ratio dell'incriminazione e bene giuridico tutelato*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 1, 209.

⁷⁰¹ Per un'ampia trattazione del concetto di distrazione, si rinvia alla relativa voce, a cura di MARINUCCI Giorgio (1964), in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIII, 309-311.

⁷⁰² Lungi dal voler compiere in questa sede, una diffusa analisi a proposito dell'appropriazione indebita, si rinvia, fin da ora, al recente contributo di MAGRI Piero (2007), *I delitti contro il patrimonio mediante frode*, Tomo II, in *Trattato di diritto penale – Parte speciale*, diretto da Giorgio MARINUCCI e Emilio DOLCINI, Milano, Giuffè, in particolare, per quanto di interesse ai nostri fini, alle pagine 161 e seguenti.

dominus, ovvero una forma di inadempimento cui seguirà una responsabilità contrattuale, ma, in quanto tali, prive di un disvalore tale da giustificare l'intervento del diritto penale. Come è stato correttamente osservato, in effetti, occorre delineare le condizioni di rilevanza della distrazione, per evitare che il delitto di appropriazione indebita esorbits in uno strumento penale di controllo della correttezza della gestione dell'economia e delle società⁷⁰³.

Questa tensione, tra due poli opposti, in cui la distrazione si innesta tendendo ora all'uno ora all'altro estremo, esalta il ruolo che questa modalità della condotta esprime, specialmente in considerazione di quanto emerge nella prassi, ovvero l'esigenza di sanzionare condotte di infedeltà gestoria⁷⁰⁴, in relazione alle quali è presente un vuoto di tutela.

Una tra le questioni ermeneutiche più interessanti in materia di appropriazione indebita si è rivelata, appunto, quella concernente l'eventuale riconducibilità nell'ambito applicativo del reato di cui

⁷⁰³ VISCONTI Costantino (1998), *Fondi extrabilancio, distrazione appropriativa e tutela giurisprudenziale della fiducia* (Nota a Cassazione 4 aprile 1997, Bussei), in *Foro Italiano*, II, 548. In modo significativo, in tale pronuncia la giurisprudenza di legittimità si era espressa nel senso che “la distrazione implica necessariamente che un titolo proveniente dal *dominus* abbia fissato e prestabilito per il denaro o la *res* una specifica destinazione” ed “è per questo che l'esercizio da parte del possessore di facoltà spettanti al *dominus*, in quanto estranee alle ragioni e al titolo che sorreggono il trasferimento del possesso in capo ad altro soggetto, assume inevitabilmente la configurazione del comportarsi, da parte di costui, indebitamente *uti dominus*, per cui la sottrazione del bene alle sue finalità istituzionali non è altro se non violare il titolo e le ragioni del possesso”. In applicazione di tale principio la Corte ha ritenuto sussistente il delitto di appropriazione indebita nel caso di un amministratore di società di capitali il quale, omettendo l'annotazione, la fatturazione e l'iscrizione a bilancio di una quota dei ricavi d'impresa, aveva creato riserve occulte utilizzate per pagare, tra l'altro, politici ed amministratori che gestivano appalti pubblici ed ufficiali della Guardia di finanza corrotti o concussori.

⁷⁰⁴ In questo senso, nonostante l'ordinamento tedesco esuli dai contenuti della presene trattazione, giova brevemente ricordare come un gestore infedele possa essere chiamato a rispondere del reato di *Untreue*, che, in via generale, punisce le violazioni della *Treupflicht* che cagionino danno al *dominus* dell'affare (e non già della cosa). L'infedeltà patrimoniale (*Untreue*) prevista al § 266 StGB, costituisce quindi, oggi, una fattispecie comune, a tutela del patrimonio altrui dall'abuso di potere da parte di un soggetto titolare di una posizione di fiducia, ed è al tempo stesso norma fondamentale in materia societaria. Inoltre, collocandosi all'interno del codice penale tedesco (*Strafgesetzbuch*) consente a quest'ultimo di svolgere un ruolo fondamentale anche con riguardo al contesto della criminalità societaria, attraverso tre fattispecie “comuni” largamente applicate. Si tratta delle figure di appropriazione indebita (*Unterschlagung*, § 246 StGB), di truffa (*Betrug*, § 263 StGB), e soprattutto di infedeltà patrimoniale (*Untreue*, § 266 StGB), quest'ultima oggetto di grande ammirazione da parte della dottrina italiana (v. *amplius* nella parte dedicata all'infedeltà patrimoniale, introdotta nel nostro codice all'articolo 2634).

all'articolo 646 del codice penale delle ipotesi di distrazione⁷⁰⁵, consistente nell'imprimere in modo arbitrario alla cosa una destinazione diversa da quella originaria.

3.1. L'emergere della problematica.

La problematica è emersa, in particolar modo, con riguardo alle concessioni abusive di fidi bancari⁷⁰⁶, nonché ai casi, maggiormente attinenti alla presente indagine, di costituzione di fondi extrabilancio da parte di organi societari, fondi da impiegare poi per finalità illecite. Ciò che, comunque, preme sottolineare in questa sede è che, attraverso un'opera di ricostruzione e una qual certa forzatura dei confini del fatto tipico punibile⁷⁰⁷, la dottrina e la giurisprudenza hanno cercato di supplire al vuoto di tutela esistente con riferimento alle malversazioni dei beni sociali poste in essere dai gestori, facendo leva sulla fattispecie di appropriazione indebita, tanto che una stretta connessione tra il campo di applicazione dell'articolo 646 del codice penale e quello che sarebbe divenuto l'ambito di applicazione della fattispecie di infedeltà patrimoniale poteva dirsi quindi esistente già prima dell'introduzione di quest'ultimo reato nel nostro ordinamento positivo⁷⁰⁸.

⁷⁰⁵ Si rinvia a MARINUCCI Giorgio (1964), *Distrazione (Diritto penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIII, Milano, 399.

⁷⁰⁶ Sulla *querelle* in merito all'equiparazione tra distrazione e appropriazione si veda PALIERO Carlo Enrico (1986), *Lo "statuto penale" degli operatori bancari fra disciplina comunitaria e politica penale giudiziale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1359 e seguenti, nonché a CASTELLANA Agata Maria (1991), *Riflessioni a margine degli orientamenti giurisprudenziali in punto di rilevanza penale dei fidi abusivi*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 65-91, che prende in considerazione anche l'ipotesi di un comportamento fraudolento. L'analisi parte, peraltro, alla luce della preclusione al ricorso ai delitti contro la Pubblica Amministrazione e, in particolare, al peculato. Secondo l'Autrice, l'espressione "fidi irregolari" sintetizza una realtà doppiamente complessa: da un lato, infatti, vi sono diversi negozi che corrispondono alla concessione di un fido; dall'altro, vi è un numero imprecisato di norme eterogenee che disciplinano il potere di utilizzazione del denaro. Nonché la nota alla sentenza della Cassazione, Sezioni Unite Penali, 28 febbraio 1989, di MEZZETTI Enrico (1990), *L'appropriazione indebita nell'abuso di fido bancario*, in *La Giustizia penale*, fascicolo 4, 193-204, dove l'Autore svolge anche un interessante *excursus* critico di giurisprudenza e dottrina, sia per quanto riguarda lo statuto penale da attribuire agli operatori bancari, sia per quanto riguarda la questione dei limiti dell'applicabilità dell'articolo 646 del codice penale agli abusi nella gestione del credito.

⁷⁰⁷ ALDROVANDI Paolo (2002), *Art. 2634 Infedeltà patrimoniale*, in *I nuovi reati societari*, a cura di LANZI Alessio e CADOPPI Alberto, Padova, CEDAM, 131, accenna ad una dubbia compatibilità rispetto al principio di legalità di tali forzature esegetiche.

⁷⁰⁸ □ Per interessanti riflessioni in prospettiva *de jure condendo* ma ancora attualissime, si veda FOFFANI Luigi (1995), *L'infedeltà patrimoniale: verso una nuova fattispecie penale?* in *Rivista*

Emblematica, al riguardo, è una sentenza della Cassazione del 1997⁷⁰⁹, nella quale viene espressamente affermato che «il termine appropriarsi non significa soltanto annettere al proprio patrimonio il denaro o la cosa mobile altrui bensì anche disporne, arbitrariamente, *uti dominus* sotto qualsiasi forma, sicché l'uso arbitrario dell'uno o dell'altra dal quale derivi per il proprietario l'irreversibile perdita dell'uno o dell'altra è equiparato all'appropriazione».

Tanto la condotta appropriativa in senso stretto, quanto quella distrattiva sono, pertanto, riconducibili ad un nucleo materiale comune consistente nel comportarsi arbitrariamente *uti dominus*, pur differenziandosi, su di un piano meramente descrittivo, per quanto riguarda la fase successiva alla nuova destinazione impressa alla *res*⁷¹⁰.

Tali conclusioni sono, peraltro, il risultato di una complessa elaborazione, soprattutto a livello giurisprudenziale.

In un primo tempo, le Sezioni Unite della Cassazione, nel caso Tuzet⁷¹¹,

*trimestrale di diritto penale dell'economia, anno VIII - I, 464-465. Quest'Autore evidenzia come possa configurarsi lo schema tipico dell'appropriazione indebita esclusivamente nelle ipotesi di atti di disposizione compiuti dal possessore *en propriétaire*, ossia in aperto contrasto col diritto di proprietà altrui; e per sostenere le sue argomentazioni richiama l'esperienza di altri ordinamenti, in particolare di quello francese.*

⁷⁰⁹ Cassazione penale, 4 aprile 1997, Bussei, in *Foro Italiano*, 1997, II, 682 e seguenti, nonché in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1997, 1435 e seguenti, con nota di PEDRAZZI Cesare, *Sui limiti dell'appropriazione indebita*, 1441 e seguenti. Si avrà comunque modo di tornare su questa pronuncia nel corso del presente capitolo.

⁷¹⁰ Il citato PEDRAZZI, commentando la sentenza in parola, affermava, in senso critico, che parificare la distrazione all'appropriazione equivale a cancellare ogni confine tra violazione del rapporto contrattuale e illecito penale, risolvendo in definitiva l'interesse protetto dalla figura criminosa nel rispetto dell'autorità del *dominus* in quanto tale, a prescindere da ripercussioni di ordine patrimoniale. Inoltre quest'Autore sottolinea come nella sentenza stessa si sia trascurato l'elemento del dolo specifico, la cui analisi permetterebbe di escludere dalla rilevanza penale le ipotesi in cui la destinazione arbitraria della cosa vada, seppur indirettamente, a realizzare l'interesse, anche se illecito, del soggetto offeso, o non sia comunque da considerare totalmente estranea alle finalità aziendali.

⁷¹¹ Cassazione Sez. Un., 23 maggio 1987 n. 8342, Tuzet, in *Foro Italiano*, 1987, II, 76 e seguenti. Tale pronuncia ribaltava la sentenza di merito resa dalla Corte di Appello di Bologna. Nel caso di specie Tuzet, reggente di agenzia della Cassa di Risparmio di Cento, aveva emesso a favore del B., in tempi diversi, una serie di assegni circolari per importi superiori al fido accordato. Questa condotta è stata ritenuta illecita nel corso del giudizio di merito, indipendentemente dall'effettivo pregiudizio subito dalla cassa di risparmio, il quale si verificò solo in relazione agli ultimi tre assegni. Le Sezioni Unite hanno invece affermato che la non punibilità in sede penale della condotta di concessione abusiva di fido, proprio sulla base della sostanziale divergenza tra distrazione e appropriazione, quest'ultima la sola condotta sanzionata dall'articolo 646 del codice penale. Si veda altresì CASTELLANA Agata Maria (1989), *Profili di soggettività penale degli interventi pubblici nell'economia*, Padova, Cedam, 402 e seguenti, che si sofferma sul riconoscimento del carattere privato «all'esercizio del credito ordinario,

avevano negato la configurabilità di un'ipotesi di appropriazione indebita per distrazione, affermando che la concessione abusiva di un fido commessa da un dipendente bancario⁷¹² non integrasse gli estremi dell'appropriazione indebita, poiché tale reato prevede come condotta punibile solo l'appropriazione indebita e non la distrazione.

Una simile soluzione prestava il fianco a molte critiche e presto venne messa in discussione da una serie di pronunce palesemente contrarie a tale impostazione⁷¹³, le quali ritenevano configurabile l'appropriazione indebita qualora il direttore di un istituto bancario privato, in collusione con un cliente, avesse messo a disposizione dello stesso somme di denaro, rispetto alle quali egli si fosse cioè comportato *uti dominus*.

In seguito, anche le Sezioni Unite, con il caso Vita⁷¹⁴, mutarono il proprio orientamento. Con tale sentenza gli ermellini hanno, infatti, statuito che «il fatto distrattivo in cui consiste l'abuso sarebbe penalmente irrilevante ex articolo 646 del codice penale, salvo vi sia un accordo collusivo con il beneficiario, dal quale si potrebbe denotare nell'operatore bancario la volontà di invertire il possesso per trarre dalla cosa un ingiusto profitto per sé o per altri» e che «l'essenza dell'appropriazione sta nel dare alla cosa una destinazione incompatibile con il titolo e le ragioni poste alla base del possesso»⁷¹⁵.

qualunque natura abbia il soggetto cui esso viene imputato».

⁷¹² Con l'aggiunta, non trascurabile, ma che esula dalla presente trattazione, che in tale pronuncia il dipendente bancario viene qualificato non più come un pubblico ufficiale né come incaricato di servizio pubblico, rovesciando il precedente orientamento.

⁷¹³ Si veda il contributo di MAGRI Piero (2007), *I delitti contro il patrimonio mediante frode*, Tomo II, in *Trattato di diritto penale – Parte speciale*, diretto da Giorgio MARINUCCI e Emilio DOLCINI, Milano, Giuffrè, 168 e seguenti.

⁷¹⁴ Cassazione Sez. Un., 28 febbraio 1989, n. 9863, Vita, in *Foro Italiano*, 1989, II, 506 e seguenti. Si veda altresì la nota di MEZZETTI Enrico (1990), *L'appropriazione indebita nell'abuso di fido bancario*, in *La Giustizia penale*, fascicolo 4, 193-204, il quale evidenzia come il dipendente bancario possa incorrere nel reato di appropriazione indebita quando si configuri un abuso nella concessione di fido bancario, mentre è esclusa la qualità di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio. L'Autore affronta, inoltre, proprio la questione dei limiti dell'applicabilità dell'articolo 646 del codice penale agli abusi nella gestione del credito.

⁷¹⁵ La Suprema Corte ha, quindi, sostanzialmente individuato tre requisiti per la configurabilità del reato nelle ipotesi di concessione abusiva di fidi: anzitutto, la collusione tra il funzionario di banca e il beneficiario della concessione; in secondo luogo, lo scopo di realizzare un profitto a vantaggio del cliente che utilizza il fido; infine, la consapevolezza che il denaro affidato non possa essere restituito.

3.2. Appropriazione indebita di beni sociali.

Spostandoci dal versante della concessione di fidi bancari a quello, maggiormente aderente all'oggetto di questa trattazione, dell'abuso dei beni sociali da parte degli amministratori di società⁷¹⁶, si sono registrate minori difficoltà ad inquadrare tali ipotesi come appropriazione indebita. Tuttavia, se palmare appare il caso, ad esempio, dell'amministratore che attinga alle casse sociali per esigenze personali, che dovrà essere ritenuto responsabile del delitto di appropriazione indebita, non altrettanto poteva dirsi di qualsiasi violazione degli obblighi relativi alla gestione dei beni ad esso affidati. Occorreva, in breve, discernere le condotte che potessero dirsi integrare il delitto di appropriazione indebita dalla *mala gestio* priva di rilievo penalistico.

In effetti, la questione si basa sulla circostanza che l'amministratore è tenuto a rispettare l'altruità del bene di cui ha la gestione, ma al tempo stesso non ha bisogno di vuotare materialmente la cassa sociale. Sono, conseguentemente, emerse diverse ipotesi di dubbia rilevanza penale, come, ad esempio, la situazione dell'amministratore che utilizza le risorse di cui ha il possesso per il solo vantaggio di un terzo, oppure in vista della contropartita che gli deriverà dal terzo: si pensi alla concessione di un prestito o di una garanzia. Si tratta di condotte che pure possono definirsi distrattive di beni sociali, tuttavia lo scoglio interpretativo che impedisce la loro sussunzione all'interno della fattispecie di appropriazione indebita sta nell'osservazione che, in simili casi, l'amministratore non si appropria

Il nuovo intervento delle Sezioni Unite non ha comunque impedito l'emergere di successive divergenze giurisprudenziali.

⁷¹⁶ Si veda quanto già rilevava PEDRAZZI Cesare (1953), *Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 537 e seguenti, in particolare 542: «L'abuso dell'amministratore è sovente insidioso perché sa attuarsi copertamente, salvando le apparenze. [...] La qualità di organo consente soprattutto all'amministratore di arricchirsi a spese della società senza mettersi in urto con una volontà contraria dell'ente, ma suscitando una volontà sociale favorevole agli interessi perseguiti».

direttamente e materialmente dei beni sociali, bensì, al più, li dissipa⁷¹⁷.

Anche in questo contesto, è stata una serie di rilevanti pronunce giurisprudenziali a contribuire, in modo decisivo, all'individuazione dei criteri che permettono di ravvisare una condotta appropriativa per distrazione.

La prima importante pronuncia in materia di utilizzazione del patrimonio della società per finalità extrasociali è la sentenza Bernabei⁷¹⁸, relativa alla vicenda giudiziaria collegata ai cosiddetti fondi neri dell'IRI, con la quale la Suprema Corte aveva escluso che la destinazione di somme a vantaggio di società diverse, ma sempre appartenenti al gruppo, o a terzi potesse costituire appropriazione. La Cassazione evidenziava, in particolare, la mancanza, nel caso di specie, di un vantaggio personale da parte dell'amministratore, oltre all'assenza di intese fraudolente con i terzi destinatari dei singoli atti di disposizione. Tanto portava, perciò, a escludere la rilevanza penale della fattispecie in esame. Secondo tale ricostruzione, infatti, tra le attività di appropriazione e di distrazione esisterebbe una innegabile diversità concettuale, poiché esse, pur implicando entrambe la sottrazione del bene dalle sue finalità istituzionali, si diversificano nella fase successiva relativa alla nuova destinazione, la quale, nell'ipotesi di appropriazione, si identifica con l'impadronirsi della cosa, instaurando un completo dominio su di essa, mentre in quella di distrazione si esaurisce in un uso arbitrario del bene, con un impiego per fini diversi da quello a cui era destinato.

Può notarsi l'influsso esercitato, su questa ricostruzione, dalla precedente

⁷¹⁷ Condotta che, come anticipato, potrebbe essere penalmente rilevante in caso di fallimento della società, ma altrimenti potrebbe rivestire solo una rilevanza civilistica. Come poi osservato da MAGRI Piero (2007), *I delitti contro il patrimonio mediante frode*, Tomo II, in *Trattato di diritto penale – Parte speciale*, diretto da Giorgio MARINUCCI e Emilio DOLCINI, Milano, Giuffè, 174 e seguenti, occorre, peraltro, evitare che i profili di rilevanza penale si confondano con l'errore di gestione. Se, però, il rischio di depauperamento è collegato con finalità extrasociali, allora potranno emergere profili penali. In definitiva, solo il nesso tra condotta e interesse personale dell'amministratore permette di distinguere tra *mala gestio* civilisticamente rilevante e condotte di abuso del patrimonio sociale, che costituiscono forme surrettizie di appropriazione indebita.

⁷¹⁸ Cassazione penale Sez. II, 23 giugno 1989, Bernabei, in *Foro Italiano*, 1990, II, 707 e seguenti.

sentenza resa dalle Sezioni Unite riguardo al caso Tuzet. In entrambe le occasioni, infatti, il giudice di legittimità ha avuto precipuamente cura di evitare il ricorso a interpretazioni analogiche *in malam partem*, negando la riconducibilità della condotta di distrazione al paradigma dell'appropriazione⁷¹⁹.

In seguito, si è tuttavia registrato un *revirement* della giurisprudenza di legittimità. Secondo un successivo orientamento, infatti, la destinazione, da parte dell'amministratore, di riserve costituite extrabilancio, al perseguimento di finalità illecite ed estranee all'oggetto sociale, integra la fattispecie di appropriazione, anche quando l'amministratore distragga fondi in favore di una società del gruppo, che si trovi in temporanee difficoltà economiche. Una prima sentenza, indicativa di questo mutato orientamento, la cosiddetta sentenza Boyer⁷²⁰, ha, infatti, esplicitato che «il termine appropriarsi non significa soltanto annettere al proprio patrimonio, ma anche disporre *uti dominus* sotto qualsiasi forma». Sulla stessa scia si pongono successivamente due note pronunce, una del Tribunale di Milano sul caso Cusani⁷²¹ e una della Corte di Cassazione, la cosiddetta sentenza Bussei⁷²². In particolare, quest'ultima dà conto di come la distrazione possa costituire una forma di appropriazione, proprio perché il dare «una destinazione incompatibile con il titolo e le ragioni che ne giustificano il

⁷¹⁹ La Suprema Corte ha infatti nuovamente evidenziato «l'innegabile diversità concettuale tra le attività di appropriazione e di distrazione».

⁷²⁰ Cassazione penale Sezione V, 9 luglio 1992, Boyer, in *Cassazione penale*, 1993, 1985 e seguenti.

⁷²¹ Tribunale di Milano, 28 aprile 1994, Cusani, in *Foro Italiano*, 1995, II, 24 e seguenti. Si rinvia anche a AMATO Fausto Maria (1995), *Nota a sentenza Tribunale di Milano 28 aprile 1994*, in *Foro italiano*, 47. Si tratta della sentenza di primo grado relativa al caso Cusani e l'Autore svolge un'interessante osservazione distinguendo tra i casi di distrazione ad interesse esclusivo della società, che dovrebbero essere penalmente irrilevanti, e quelli di distrazione promossi anche da interesse personale dell'amministratore o dei terzi beneficiari, ravvisando in questo caso tutti gli estremi dell'appropriazione indebita.

⁷²² Cassazione penale Sezione II, 4 aprile 1997, Bussei, in *Foro Italiano*, 1997, II, 682 e seguenti. Il caso sottoposto all'esame della Corte vedeva coinvolto proprio un amministratore di società, accusato di aver versato una parte del ricavato dell'attività economica dell'impresa in fondi occulti, destinati all'arricchimento di soggetti terzi. Nella sentenza di non luogo a procedere contestata dai ricorrenti il giudice, per fondare le sue argomentazioni, aveva richiamato il significato che il termine appropriarsi assume nel linguaggio comune, ma la Corte aveva censurato questo ragionamento, sottolineando che, da un punto di vista prettamente tecnico-giuridico, tale termine indica il disporre di una cosa altrui in modo incompatibile con il titolo e le ragioni che ne giustificano il possesso.

possesso» accomuna le due condotte. Nel caso di specie si trattava, in effetti, della «destinazione da parte dell'amministratore di una quota ingente dei ricavi di impresa alla costituzione di riserve extrabilancio [...] e l'utilizzazione delle stesse riserve in attività manifestamente estranee alle finalità aziendali», come il pagamento, tra l'altro, di politici ed amministratori, che gestivano appalti pubblici, ed ufficiali della Guardia di Finanza.

3.3. Il dato comune di appropriazione e distrazione.

Secondo le conclusioni⁷²³ raggiunte con tale sentenza, riaffermare la diversità e l'autonomia concettuale della condotta di appropriazione, rispetto a quella di distrazione, sulla base del rilievo che le stesse si diversificano nella fase successiva alla nuova destinazione⁷²⁴, significa restare sul piano del puro, formale descrittivismo. Viceversa, tale pronuncia ha il pregio di individuare il dato comune alle due forme di condotta, giacché esse «implicano entrambe la sottrazione del bene alle sue finalità istituzionali», ovvero una violazione del titolo e delle ragioni del possesso, qualificabile come comportamento *uti dominus*, il quale costituisce, dunque, pur sempre il nucleo materiale della condotta. Viene, così, negata la dicotomia appropriazione-distrazione e ad essa subentra, piuttosto, una *reductio ad unum* di tali condotte.

Quanto all'obiezione che il dare rilievo a condotte distrattive possa costituire una dilatazione del testo normativo, tale da travalicare nell'interpretazione analogica *in malam partem*, essa appare superata, a giudizio della Corte, proprio in virtù dell'omologabilità delle condotte sul fondamento di una loro unitaria corrispondenza al significato connotativo e referenziale della

⁷²³ Si veda anche l'analisi compiuta da CARNIO Tiziano (1999), *Appropriazione indebita e falso in bilancio*, tesi di laurea, con relatore MUCCIARELLI Francesco.

⁷²⁴ Che nell'ipotesi dell'appropriazione è orientata ad instaurare un completo dominio su di essa con definitiva acquisizione al patrimonio dell'agente, mentre in quella di distrazione è rivolta semplicemente ad un uso arbitrario del bene.

norma. La riconducibilità, tanto dell'appropriazione quanto della distrazione al comportamento arbitrario *uti dominus*, permette, dunque, di reputare l'interpretazione *de quo* rispettosa del principio di tassatività delle fattispecie penali⁷²⁵.

La sentenza del caso Bussei è, tuttavia, apparsa criticabile⁷²⁶ nella misura in cui non considera che la finalità illecita non esclude, di per sé, la riconducibilità all'oggetto sociale dell'attività svolta dall'amministratore di una società di capitali⁷²⁷. Sarebbe, invece, apparsa maggiormente aderente alla necessità di individuare un disvalore nella formazione e successiva utilizzazione di fondi extrabilancio, tale da consentirne la parificazione alla condotta appropriativa, una ricostruzione, che alla definitività della estromissione del proprietario sommasse anche la contrarietà dell'atto rispetto all'interesse del proprietario.

Proprio in questo senso, verso la fine degli anni novanta si è sviluppato un nuovo orientamento giurisprudenziale, teso a una maggiore delimitazione del concetto di distrazione. A segnare questo *revirement* della giurisprudenza di legittimità fu la sentenza Cusani⁷²⁸, con cui l'attività interpretativa della

⁷²⁵ Sul piano strettamente tecnico è comunque da osservare che la premessa da cui muove la sentenza, ovvero che la fattispecie delittuosa sia posta a tutela di un rapporto fiduciario o di affidamento, si regge sul piano statistico dell'*id quod plerumque accidit*, ma essa non è altrettanto fondata se si guarda alla struttura della fattispecie incriminatrice, da cui, come si è visto, è stato espunto ogni riferimento alla situazione di fiducia legittimante il possesso.

⁷²⁶ Come ricorda il già citato MAGRI Piero (2007), *I delitti contro il patrimonio mediante frode*, Tomo II, in *Trattato di diritto penale – Parte speciale*, diretto da Giorgio MARINUCCI e Emilio DOLCINI, Milano, Giuffrè, 177 e seguenti.

⁷²⁷ In effetti, al di là dell'illiceità della finalità perseguita dalla condotta, il finanziamento illecito dei partiti politici è un atto potenzialmente idoneo a realizzare l'interesse sociale, sicché mancherebbe un stringente nesso logico causale che connoti la condotta distrattiva di un'illiceità in sé. Cfr. anche VISCONTI Costantino (1998), *Fondi extrabilancio, distrazione appropriativa e tutela giurisprudenziale della fiducia (Nota a Cassazione 4 aprile 1997, Bussei)*, in *Foro Italiano*, II, 547. Si rinvia, inoltre, alle analoghe problematiche affrontate nella parte dedicata all'ordinamento della Francia, ove si avrà modo anche di tornare sull'acuta osservazione che «un'interpretazione che bollasse come appropriativa qualunque disposizione dei beni sociali solo perché estranea all'oggetto sociale porterebbe troppo lontano»: PEDRAZZI CESARE (1997), *Sui limiti dell'"appropriazione"*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, 1445.

⁷²⁸ *Cassazione penale Sezione V, 21 gennaio 1998, n. 1245, Cusani*, in *Foro Italiano*, 1998, II, 517 e seguenti. Nella motivazione si legge che «l'elargizione a titolo gratuito di una somma di denaro di pertinenza di una società, da parte di chi abbia il possesso della somma stessa, volta al perseguimento, anche con mezzi illeciti, dell'interesse sociale, non può essere qualificata come distrattiva, e tanto meno come appropriativa, pur se compiuta in violazione delle norme organizzative societarie». Con tale ultima pronuncia si è, dunque, corretto l'orientamento espresso nei casi Bussei e Boyer, seguito dalle due sentenze di merito del caso Cusani (Si ricorda, a titolo di cronaca, che il giudizio nei

Suprema Corte è giunta, così, a escludere la rilevanza penale di atti distrattivi non contrastanti con gli scopi sociali, bensì conformi all'interesse della società.

Al tempo stesso, la Corte ha precisato che l'appropriazione indebita è, invece, configurabile allorché lo stesso finanziamento con fondi occulti sia erogato nell'interesse personale ed esclusivo dell'amministratore. Il criterio dell'interesse e della finalità personale perseguiti dal soggetto agente, ovvero il gestore dei beni sociali, riveste un ruolo decisivo anche sotto un profilo diverso, ossia quello dell'individuazione di un preesistente conflitto di interessi, come si avrà modo di vedere meglio quando verranno esaminati i profili di interferenza tra appropriazione indebita e infedeltà patrimoniale.

Tanto premesso, rimane, però, un interrogativo cruciale⁷²⁹, che si ripresenterà nel prosieguo della trattazione. Vi è infatti da chiedersi se, considerata la forzatura interpretativa, compiuta circa il delitto di cui all'articolo 646 del codice penale, per potervi ricondurre attività predatorie compiute sul patrimonio sociale da parte degli amministratori, la nuova figura d'infedeltà delineata dall'articolo 2634 sia in grado di assolvere l'onerosa funzione che il legislatore sembra avergli affidato⁷³⁰, ossia rappresentare uno strumento autonomo e maggiormente efficace per battere il fenomeno criminoso della gestione infedele da parte dei citati soggetti sul patrimonio sociale⁷³¹ e, al contempo, se residui uno spazio applicativo per la

confronti di Sergio Cusani, consulente finanziario della Montedison S.p.A, imputato di falso in bilancio e di illecito finanziamento a partiti politici, in concorso con gli amministratori della società Raoul Gardini, Giuseppe Garofano, e Carlo Sama, iniziò nel settembre 1993 presso il Tribunale di Milano).

⁷²⁹ Come evidenziato da MEZZETTI Enrico (2004) *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario. Spunti critici su ratio dell'incriminazione e bene giuridico tutelato*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 1, 211-212.

⁷³⁰ MEZZETTI Enrico (2004) *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario. Spunti critici su ratio dell'incriminazione e bene giuridico tutelato*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 1, 212.

⁷³¹ MILITELLO Vincenzo (2002), *L'infedeltà patrimoniale (articolo 2634)*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di GIARDA Angelo e SEMINARA Sergio, Padova, CEDAM, 475 evidenzia che «rispetto alle formulazioni proposte e discusse nel corso dei lavori preparatori, si deve registrare un deciso arretramento complessivo della capacità delle norme in questione di contrastare efficacemente gli abusi nella gestione societaria». In termini simili anche ALAGNA Rocco (2003), *Note sul concetto penalistico di conflitto di interessi*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, 744.

fattispecie di appropriazione indebita anche in relazione agli abusi commessi dai gestori di società⁷³².

⁷³² Non a caso, FOFFANI Luigi (1987), *La tutela della società commerciale contro le infedeltà patrimoniali degli amministratori. Prima parte*, in *Giurisprudenza commerciale*, 88, parlava di «diritto penale giurisprudenziale» in materia bancaria, il quale, seppure attraverso censurabili forzature interpretative, ha conseguito l'apprezzabile risultato di porre clamorosamente in luce la grave lacuna che il diritto penale d'impresa presenta sul versante della repressione degli abusi commessi nell'amministrazione dei patrimoni altrui.

Sezione III

L'infedeltà patrimoniale

1. L'introduzione della nuova fattispecie. **2.** La scelta compiuta dal legislatore. 2.1. Una fattispecie per la sola materia societaria. 2.2. Un modello di tutela ibrido. **3.** La struttura del reato. 3.1. Il conflitto di interessi. 3.1.1. Il collegamento alla disciplina civilistica. 3.1.2. Il preesistente interesse in conflitto. 3.1.3. Considerazioni critiche. 3.1.4. L'identificabilità dell'interesse. 3.1.5. Il disvalore del conflitto di interessi. 3.2. I soggetti attivi. 3.3. La complessità dell'elemento soggettivo. 3.4. La perseguibilità a querela. **4.** Le prime applicazioni nella giurisprudenza di legittimità. 4.1. La portata innovativa dell'infedeltà patrimoniale. 4.2. Il rapporto con l'appropriazione indebita. 4.2.1. La specialità dell'infedeltà patrimoniale. 4.3. Nuove conferme. **5.** I rapporti tra infedeltà e bancarotta. **6.** La pronuncia della Corte costituzionale: un'occasione perduta. **7.** Problemi di diritto intertemporale **8.** Alcune considerazioni

1. L'introduzione della nuova fattispecie.

Abbiamo brevemente dato conto dei problemi applicativi posti dall'articolo 2631 del codice civile, anteriormente alla riforma dei reati societari intervenuta con il decreto legislativo 61 del 2002⁷³³.

Se, dunque, la norma previgente tipizzava un reato di pericolo, strutturato attraverso un obbligo di astensione, dai contenuti più scarni del corrispondente precetto civilistico di cui all'articolo 2391, l'abrogazione di tale fattispecie, con contestuale introduzione di un nuovo reato dedicato all'infedeltà patrimoniale, era stata inizialmente apprezzata in dottrina come

⁷³³ Evidenzia MEZZETTI Enrico (2004), *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario. Spunti critici su ratio dell'incriminazione e bene giuridico tutelato*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 1, 213, come l'opzione adottata nella figura di reato in esame appaia riconducibile alla filosofia di fondo dell'odierno intervento normativo in materia societaria, che privilegia un chiaro processo di "snellimento" e "materializzazione" degli oggetti di tutela condensando gli stessi obiettivi che il legislatore della riforma si poneva rispetto all'intero assetto del diritto penale societario in generale.

il segno di un recepimento del principio di necessaria offensività⁷³⁴.

Essa costituisce, infatti, una fattispecie incriminatrice, la cui introduzione era stata da tempo sollecitata in dottrina⁷³⁵, a partire dalle osservazioni del Delitala⁷³⁶. La rubrica stessa, inoltre, rinvia al concetto di infedeltà, ciò che costituisce la traduzione letterale del tedesco *Untreue*, nonostante le differenze rispetto a tale modello⁷³⁷. Evidente che, nella scelta del *nomen iuris*, abbia pesato tutta la forza evocativa di quel termine, presente nel nostro dibattito dottrinale da oltre mezzo secolo⁷³⁸.

Dalla nuova disposizione emerge, poi, chiaramente l'esigenza di segnare una cesura rispetto alla precedente disciplina, anche se, per quanto attiene alla collocazione sistematica della norma, non è stata accolta l'opzione proveniente dal progetto Pagliaro del 1992⁷³⁹ e consistente nell'introduzione in sede di codice penale⁷⁴⁰. La novella del 2002 delinea, così, una fattispecie

⁷³⁴ Così SEMINARA Sergio (2004), *Considerazioni penalistiche sul disegno di legge in tema di tutela del risparmio*, in *Diritto penale e processo*, n. 4, 509. V. anche FOFFANI Luigi (2002), *Le infedeltà*, in *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di ALESSANDRI Alberto, Milano, IPSOA, 346 e ss; questo Autore riconosceva che «il legislatore italiano si è finalmente avviato a porre rimedio a gravi quanto ormai croniche lacune della tutela penale di settore, accogliendo istanze da lungo tempo formulate dalla dottrina».

⁷³⁵ Si veda, in particolare, il contributo di FOFFANI Luigi (1995), *L'infedeltà patrimoniale: verso una nuova fattispecie penale?*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 457-477, ove l'Autore sottolinea come, rispetto agli anni Quaranta, in cui emersero le prime indicazioni dottrinali riguardo al tema dell'infedeltà, la conflittualità da reprimere non sia più circoscritta ad una sfera privatistica di relazioni interindividuali, ma si agganci per lo più all'abuso dei poteri di gestione nel quadro dell'esercizio dell'attività economica in forma di impresa collettiva.

⁷³⁶ DELITALA Giacomo (1931), *I reati concernenti le società di commercio e la legge Rocco del 1930*, in *Rivista di diritto commerciale*, I, 183.

⁷³⁷ Per più puntuali indicazioni di carattere comparatistico, si veda il contributo ALDROVANDI Paolo (2002), *Art. 2634 Infedeltà patrimoniale*, in *I nuovi reati societari*, a cura di LANZI Alessio e CADOPPI Alberto, Padova, CEDAM, 127-128.

⁷³⁸ Si veda, per un *excursus* sul punto, MILITELLO Vincenzo (2002), *L'infedeltà patrimoniale (articolo 2634)*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di GIARDA Angelo e SEMINARA Sergio, Padova, CEDAM, 481, in particolare la nota 10. Alcune delle opere principali, che costituiscono le pietre miliari del percorso compiuto dalla dottrina sul tema dell'infedeltà patrimoniale, sono quelle di NUVOLONE Pietro (1941), *L'infedeltà patrimoniale nel diritto penale*, Milano, Giuffrè; PEDRAZZI Cesare (1953), *Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori*, Milano, Antonino Giuffrè; ZUCCALÀ Giuseppe (1961), *L'infedeltà nel diritto penale*, Padova, CEDAM; MARINUCCI Giorgio e ROMANO Mario (1971), *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in *Il diritto penale delle società commerciali*, a cura di Nuvolone, Milano, Giuffrè; nonché di FOFFANI Luigi (1997), *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, Giuffrè.

⁷³⁹ Peraltro, la fattispecie di cui all'articolo 112 n. 2 dello schema di legge delega per la riforma del codice penale prevedeva di sanzionare il fatto di chi, con abuso di poteri o violazione dei doveri inerenti alle funzioni esercitate nell'impresa, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, cagioni all'impresa un danno patrimoniale.

⁷⁴⁰ Cfr. FOFFANI L., *L'infedeltà patrimoniale: verso una nuova fattispecie penale?*, cit., 475-476, il quale, commentando le indicazioni provenienti da tale progetto, esplicita i vantaggi derivanti dal

ricca di elementi sia sul piano oggettivo, sia su quello soggettivo, lontanissima dall'eterea ed evanescente fattispecie di cui all'articolo 2631 del codice civile⁷⁴¹, pur collocando, ancora, al centro della nuova disposizione, un interesse in conflitto con quello della società.

2. La scelta compiuta dal legislatore.

A differenza dell'abrogato delitto di conflitto di interessi, la tutela penale offerta dal delitto in esame, conformemente al proprio carattere di *extrema ratio*, interviene in un momento successivo rispetto a quella civilistica⁷⁴².

Si tratta di una riduzione del ricorso allo strumento penale, che sarebbe potuta risultare funzionale ad una maggiore effettività di tutela⁷⁴³. Tuttavia, se si verifica quale formulazione sia stata concretamente adottata per delineare l'incriminazione dell'infedeltà nella gestione societaria, ne emerge un deciso arretramento complessivo dell'efficacia della norma in questione nel contrastare gli abusi nella gestione societaria⁷⁴⁴.

La Relazione che accompagna il decreto n. 61 del 2002, peraltro, dichiara che la nuova incriminazione di infedeltà è connessa alla «sperimentata incapacità delle fattispecie di appropriazione indebita, nonché delle poche figure di reati societari previgenti e per lo più inapplicate (artt. 2624, 2630, comma 2, n. 1 e 2631 del codice civile)» di corrispondere alle effettive esigenze di protezione del patrimonio societario.

recupero della centralità del codice, consistenti nella valorizzazione di una funzione pedagogica e di orientamento culturale. Lo stesso Autore afferma però che vi è in tal modo il rischio di sradicare le figure criminose dall'indispensabile retroterra civilistico in cui esse si innestano.

⁷⁴¹ Si veda ALDROVANDI Paolo (2002), *Articolo 2634 Infedeltà patrimoniale*, in *I nuovi reati societari*, a cura di LANZI Alessio e CADOPPI Alberto, Padova, CEDAM, 130.

⁷⁴² Così si esprimeva a commento della recentemente introdotta norma penale MASULLO Maria Novella (2003), 2634, in *Le leggi penali d'udienza*, a cura di PADOVANI Tullio, Milano, Giuffrè, 1309.

⁷⁴³ Si veda GROSSO Carlo Federico (2006), *Cinque anni di leggi penali: molte riforme (talune contestabili), nessun disegno organico*, in *Diritto Penale e processo*, 533-541, il quale, nel procedere ad un bilancio complessivo delle leggi penali sostanziali approvate nella XIV Legislatura, e in particolare della riforma introdotta con il d.lgs. 61/2002, sostiene che l'inserimento nel tessuto normativo del reato di infedeltà patrimoniale non è in grado di impedire un giudizio complessivamente negativo riguardo alla riforma stessa.

⁷⁴⁴ Così osservava, tra i primi commentatori, MILITELLO Vincenzo (2002), *L'infedeltà patrimoniale (articolo 2634)*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di GIARDA Angelo e SEMINARA Sergio, Padova, CEDAM, 475. Sul punto v. comunque meglio *infra*.

Come sostenuto da parte della dottrina⁷⁴⁵, la scelta compiuta dal legislatore, di non anticipare la soglia di punibilità al livello del pericolo, sarebbe condivisibile, posto che anche se in tal modo si sacrifica l'effettività della reazione punitiva, è pur sempre necessario porre delle garanzie contro il rischio di sanzionare non solo chiare ipotesi di conflitto, ma anche situazioni ove emerga una mera sovrapposizione o commistione di interessi.

Al proposito è stato tuttavia osservato⁷⁴⁶ come in tal modo non venga valutata l'esigenza di formulare un modello di tutela «più “dinamico”», il quale «tenga conto - in progressione omogenea d'offesa - non tanto della protezione di beni come l'informazione societaria implicati in via solo riflessa nelle vicende di infedeltà patrimoniale, bensì di una scorretta gestione dell'organizzazione societaria».

Già quest'ultima, infatti, è strettamente connessa sia al pericolo, concreto, di pregiudizio del patrimonio sociale, sia ai riflessi negativi che la *mala gestio* ha sul capitale sociale e, quindi, sui diritti dei terzi creditori e degli investitori, per tacere delle eventuali ripercussioni sul mercato dei titoli azionari ed obbligazionari. Allo stesso modo, prima dell'introduzione della nuova fattispecie, autorevole dottrina osservava che, nell'ambito della protezione degli interessi della società, non possono essere confusi gli «interessi organizzativi» e il «patrimonio sociale»⁷⁴⁷.

⁷⁴⁵ FOFFANI Luigi (2007), *Le infedeltà*, in *Diritto penale dell'impresa*, a cura di ALESSANDRI Alberto, Giappichelli, Torino, 353; l'Autore evidenzia altresì come la “stella polare” delle linee di tutela si posizioni sull'esclusivo terreno della protezione del patrimonio e non della diversa oggettività giuridica dell'informazione societaria. Su tali riflessioni si tornerà, dunque, in tema del diverso delitto di omessa comunicazione del conflitto di interessi.

⁷⁴⁶ MEZZETTI Enrico (2004), *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario. Spunti critici su ratio dell'incriminazione e bene giuridico tutelato*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 1, 213-214 nota 77, che propone, piuttosto, “calibrate tecniche di 'ponderata' anticipazione della soglia di punibilità”.

⁷⁴⁷ PEDRAZZI CESARE (1997), *Sui limiti dell'appropriazione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, 1445; l'Autore precisa, quindi, che non è escluso che il delitto societario possa concorrere con l'appropriazione indebita: ma in quanto (e solo in quanto) i fondi della società vengano erogati nell'interesse di soggetti distinti dalla medesima.

2.1. Una fattispecie per la sola materia societaria.

Con l'introduzione nel sistema di una fattispecie circoscritta di infedeltà, per la sola materia societaria, si è, d'altro canto, rinunciato alla previsione di un'ipotesi comune, il che, se solo si pensa all'applicazione che ha avuto, in quest'ambito, il delitto di appropriazione indebita⁷⁴⁸, può rivelarsi una scelta la cui opportunità è stata forse troppo sbrigativamente valutata.

Permangono, in effetti, problemi di non poco momento, in primo luogo riguardo alla protezione dei beni offesi da condotte che esulano dall'applicazione della nuova *figura criminis* e che, in virtù del criterio di specialità, potrebbero non essere sanzionate neanche altrimenti, come reati comuni contro il patrimonio⁷⁴⁹. Tra queste, il pensiero corre soprattutto alla creazione di riserve occulte e l'utilizzazione extrabilancio di fondi sociali, specialmente nel caso in cui l'erogazione di denaro, avvenuta in violazione delle norme organizzative della società, risponda ad un interesse sociale⁷⁵⁰, ovvero alle finalità aziendali.

Una conseguenza potrebbe, tuttavia, anche essere una nuova riesplorazione della fattispecie dell'articolo 646 del codice penale, che comprenderebbe, così, ipotesi non sussumibili ad alcuna fattispecie penale societaria, tanto

⁷⁴⁸ MEZZETTI Enrico (2008) in *Diritto penale dell'impresa*, a cura di AMBROSETTI Enrico Mario, MEZZETTI Enrico, RONCO Mauro, Bologna, Zanichelli, 173-174, sottolinea, infatti, la stretta contiguità tra le figure speciali dei reati societari e quelli, invece, comuni contro il patrimonio.

⁷⁴⁹ Così lamenta, ad esempio, ancora MEZZETTI Enrico (2004), *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario. Spunti critici su ratio dell'incriminazione e bene giuridico tutelato*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 1, 215, cui sono riferibili anche alcune delle successive riflessioni. Va considerato, d'altro canto, l'orientamento tenuto dalla giurisprudenza di legittimità negli anni successivi all'entrata in vigore della fattispecie di infedeltà patrimoniale, su cui *infra*, e tuttavia non può trascurarsi come una simile posizione potrebbe mutare, una volta che l'applicazione della disposizione di cui all'articolo 2634 del codice civile, e non quella di cui all'articolo 646 del codice penale, venisse frequentemente invocata anche di fronte ai giudici di merito, anziché solo perché la Suprema Corte verificò un'intervenuta *abolitio criminis*.

⁷⁵⁰ Si veda, sul punto, Cassazione penale, 21 gennaio 1998, n. 1245, in *Cassazione penale*, 1998, 2912, secondo cui «la creazione di riserve occulte e l'utilizzazione extrabilancio di fondi sociali non sono di per sé sufficienti ad integrare il delitto di appropriazione indebita»; nonché Cassazione penale, 13 giugno 1998, n. 10041, in *Cassazione penale*, 1999, p. 3403, per la quale «Non è configurabile il reato di appropriazione indebita a carico di amministratori sociali i quali costituiscano fondi extra - bilancio solo formalmente non riconducibili alla società e li utilizzino per il perseguimento, sia pure con mezzi illeciti (quali, nella specie, il finanziamento occulto a partiti politici), di fini non estranei agli interessi sociali».

più se si considera l'avvicinamento⁷⁵¹ tra il delitto comune e quello, societario, di infedeltà, sulla base della contiguità di beni giuridici tutelati.

2.2. Un modello di tutela ibrido.

Scartata, comunque, l'idea di incriminare in generale l'infedeltà patrimoniale, il legislatore ha optato nel senso di circoscrivere l'incriminazione della gestione abusiva dei patrimoni altrui al contesto societario.

Non è stato, quindi, sposato il modello tedesco, che prevede la fattispecie generale dell'*Untreue* tra i reati contro il patrimonio previsti dal codice penale. Si è preferito, piuttosto, introdurre una fattispecie analoga a quanto previsto dall'articolo 295 del *codigo penal* spagnolo, nonostante per la norma si sia preferito conservare la collocazione sistematica tradizionale, con l'inserimento della previsione all'interno della normativa dedicata alle società, secondo quanto già sperimentato anche dal legislatore francese.

La costruzione della fattispecie come reato di evento circoscrive, poi, la rilevanza penale, legandola alle sole condotte di abuso ritenute meritevoli di repressione, ovvero dalle quali sia derivato un danno patrimoniale alla società. Il danno per il patrimonio sociale varrebbe infatti a segnalare *ex post* l'incompatibilità con gli interessi economici della società. Si tratta quindi, per taluni⁷⁵², di una soluzione equilibrata dal punto di vista politico-criminale, trattandosi, qui, della tutela di un bene giuridico dalla natura squisitamente ed esclusivamente patrimoniale.

⁷⁵¹ In termini simili, se pur nell'ambito di una riflessione inserita in una valutazione di carattere generale dell'intera riforma, si veda l'introduzione di ALESSANDRI Alberto (2002b), *Alcune considerazioni generali sulla riforma*, in *Il nuovo diritto penale delle società* a cura di ALESSANDRI Alberto, Milano, IPSOA, 32; o ancora PEDRAZZI Cesare (2001), *In memoria del "falso in bilancio"*, in *Rivista delle società*, fascicolo 6, 1370.

⁷⁵² MASULLO Maria Novella (2003), 2634, in *Le leggi penali d'udienza*, a cura di PADOVANI Tullio, Milano, Giuffrè, 1307; FOFANI Luigi (2002), *Le infedeltà*, in *Il nuovo diritto penale delle società* a cura di ALESSANDRI Alberto, Milano, IPSOA, 353. La rinuncia ad una anticipazione dell'intervento penale sulla soglia di un pericolo, concreto, per il patrimonio sociale, se sacrifica in qualche misura l'esigenza di tempestività della reazione punitiva, rappresenterebbe, secondo tale dottrina, un utile baluardo garantistico.

Da una prima lettura della disposizione, appare, in effetti, evidente che il legislatore ha operato una scelta di opportunità, nel senso di limitare e contenere l'intervento penale. Essenzialmente può rilevarsi come, a monte, la pericolosità dei comportamenti gestionali sia stata ancorata alla sussistenza di una situazione di conflitto di interessi, tale cioè da viziare a priori un'assunzione di rischio d'impresa; a valle, d'altro canto, si richiede che da quella operazione sia derivato un danno patrimoniale alla società⁷⁵³.

Ne consegue che se, in generale, la previgente disposizione dell'articolo 2631 del codice civile può essere considerata il precursore dell'attuale delitto di infedeltà patrimoniale⁷⁵⁴, l'accostamento tra le due fattispecie risulta in realtà solo apparentemente corretto⁷⁵⁵.

L'articolo 2631, infatti, come visto, prevedeva un reato di pericolo presunto, peraltro di scarsa efficacia applicativa⁷⁵⁶, basato su una precisa formalizzazione di una preesistente situazione di conflitto e nell'incriminazione dell'omessa astensione dal partecipare alla deliberazione del consiglio o del comitato ristretto⁷⁵⁷. I due "paletti" posti dal legislatore

⁷⁵³ AMATI Enrico (2005), *Le infedeltà, Le singole fattispecie*, in *Reati societari*, a cura di ROSSI Alessandra, Torino, UTET Giuridica, 415.

⁷⁵⁴ Nella giurisprudenza di merito (Trib. Milano, III sez. penale, ord. 15 maggio 2002, in *Giurisprudenza di merito*, 2002, 1057), peraltro, è emerso il problema della successione di leggi tra la vecchia figura di reato dell'articolo 2624 del codice civile, in tema di prestiti e garanzie della società, e l'attuale ipotesi di infedeltà patrimoniale delineata nel nuovo articolo 2634 del codice civile, che è stata risolta dal collegio milanese in termini di totale "discontinuità e di disomogeneità strutturale", con la conseguenza che non essendo il reato già previsto nella precedente formulazione dell'articolo 2624 del codice civile assorbito in alcun'altra fattispecie della novella di cui al d.lg. n. 61 del 2002, ne va dichiarata l'intervenuta abrogazione. Allo stesso modo afferma che non sussiste alcun rapporto di continuità normativa, ai sensi dell'articolo 2, comma 3 del codice penale, tra le previgenti ipotesi incriminatrici degli artt. 2624, 2630, comma 2 n. 1 e 2631 del codice civile e la nuova figura di infedeltà patrimoniale FOFFANI Luigi (2002), *Le infedeltà*, in *Il nuovo diritto penale delle società* a cura di ALESSANDRI Alberto, Milano, IPSOA, 379.

⁷⁵⁵ MEZZETTI Enrico (2004) *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario. Spunti critici su ratio dell'incriminazione e bene giuridico tutelato*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 1, 194.

⁷⁵⁶ Nello specifico si vedano le osservazioni di ALESSANDRI Alberto (2003) *Corporate governance nelle società quotate: riflessi penalistici e nuovi reati societari*, in *Giurisprudenza commerciale*, I, 538.

⁷⁵⁷ Una preesistente situazione di conflitto d'interessi tra destinatario dell'obbligo e suoi prossimi congiunti e istanze contrapposte giuridicamente tutelabili, come quelle di fonte statale, è attualmente alla base di una delle figure delineate nell'attuale reato di abuso d'ufficio dell'articolo 323, in seguito all'intervento normativo di cui alla l. 234 del 1997. Vi è, peraltro, da constatare che nell'abuso d'ufficio la condotta (omessa astensione) in situazione di conflitto deve produrre l'evento di danno ingiusto con corrispondente vantaggio patrimoniale per l'agente, il che fa 'recuperare' in termini di offesa, quanto si 'cede' sul piano formale dell'incriminazione rispetto al disvalore di condotta. Si

del 2002, dunque, appaiono fortemente improntare la nuova disposizione incriminatrice al principio di necessaria offensività, segnando una cesura con il passato, pur mantenendo fermo l'elemento del conflitto d'interessi, che continua a caratterizzare la disciplina⁷⁵⁸.

Al proposito, non può essere trascurato come il diritto societario costituisca terreno fertile per il cosiddetto «diritto penale sanzionatorio»⁷⁵⁹, nel quale, cioè, la norma penale, se non è mero strumento sanzionatorio per la violazione di regole di condotta altrove stabilite, quantomeno in alcune ipotesi trae origine da disposizioni extrapenali, con un imponente uso di elementi normativi o addirittura di rinvii⁷⁶⁰, e ciò sia pure mantenendo la propria autonomia⁷⁶¹. In effetti, non può dirsi un caso se il diritto penale societario è, ancora oggi, complessivamente contenuto all'interno del codice civile.

Per quanto alla presente analisi, va, tuttavia, rilevato che, mentre l'esaminata disposizione di cui all'articolo 2391 del codice civile presenta un carattere fortemente preventivo⁷⁶², la fattispecie dell'articolo 2634 del codice civile è

vedano anche PICOTTI Lorenzo (1997), *Sulla riforma dell'abuso d'ufficio*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 283 e seguenti e, più recentemente, ALAGNA Rocco (2003), *Note sul concetto penalistico di conflitto di interessi*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, 749 e seguenti, dove emergono come paradigmatici della tutela penalistica contro il conflitto di interessi proprio il reato di *abuso di ufficio*, articolo 323 del codice penale, e il reato di *infedeltà patrimoniale*, articolo 2634 del codice civile.

⁷⁵⁸ Non va però trascurato che il richiamo al conflitto di interessi ha solo una portata selettiva della materia del divieto, ma non esaurisce certo gli elementi tipici dell'offesa, orientati invece nel complesso ad una tutela essenzialmente patrimoniale. Si veda, in proposito, la posizione di MILITELLO Vincenzo (2002), *L'infedeltà patrimoniale (articolo 2634)*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di GIARDA Angelo e SEMINARA Sergio, Padova, CEDAM, 484.

⁷⁵⁹ FOFFANI Luigi (1997), *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, Giuffrè, 63 e seguenti, per una distinzione tra "sanzionarietà" in senso stretto e in senso lato» del diritto penale societario; si aggiunga, poi, la riflessione di ROMANO Mario (1967), *Profili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di S.p.A.*, *Raccolta studi di diritto penale*, Milano, Multa Paucis, 15 e seguenti, in particolare a pagina 18, dove l'Autore mette in luce che affermare la sanzionarietà di alcune norme rispetto ad altre postula la risoluzione, in senso affermativo, della questione sull'identità di precetto tra esse.

⁷⁶⁰ Il pensiero non può non correre all'ultimo nato, in materia di conflitto di interessi dei gestori di società, ovvero all'articolo 2629-bis.

⁷⁶¹ Analogamente, si veda MEZZETTI Enrico (2004) *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario. Spunti critici su ratio dell'incriminazione e bene giuridico tutelato*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 1, 194.

⁷⁶² Ciò a prescindere dalla possibilità di esperimento dell'azione di responsabilità per i danni derivanti dal compimento dell'operazione in conflitto e a differenza della disciplina del nuovo articolo 2475-ter del codice civile in tema di conflitto d'interessi dell'amministratore nelle s.r.l., il quale sancisce, invece, l'annullabilità dei contratti conclusi in stato di conflitto e mira quindi piuttosto a neutralizzare

invece talmente ricca di elementi costitutivi essenziali dal rendere improbabile la loro contestuale, necessaria, presenza⁷⁶³.

3. La struttura del reato.

Gli elementi strutturali su cui si fonda la fattispecie di infedeltà patrimoniale sono, in effetti, l'esistenza di un interesse in conflitto con la società, quale presupposto della condotta; la commissione di un atto di disposizione patrimoniale o, in alternativa, il concorrere a deliberare atti dispositivi; la conseguente causazione di un danno patrimoniale ed, inoltre, il dolo specifico dell'ingiusto profitto⁷⁶⁴.

Dunque, ad essere incriminata non è già qualsiasi offesa al patrimonio della società, ma solo quella che sia realizzata tramite un atto di disposizione dei beni sociali, adottato quantomeno con il concorso di uno dei soggetti attivi⁷⁶⁵.

Deve evidenziarsi che la condotta consistente nel compimento di atti di disposizione dei beni sociali riconduce la *ratio* dell'incriminazione al ceppo comune ai tradizionali reati comuni contro il patrimonio, mentre è solo l'ulteriore modalità, alternativa, della condotta, ovvero il concorrere a deliberare atti di gestione contrari all'interesse sociale e pregiudizievoli per il patrimonio sociale, a presentarsi come strettamente connessa al tessuto societario per il quale la fattispecie è stata introdotta.

Si ritiene, comunque, che non possano essere inclusi nell'area di rilevanza penale gli atti di organizzazione della società⁷⁶⁶, nonostante anche in

il risultato negativo dell'operazione. Sul punto si veda, *ex plurimis*, ABRIANI (2006), *Sub artt. 2475-bis e 2475-ter*, in *Codice commentato delle Srl*, diretto da BENAZZO Paolo e PATRIARCA Sergio, Torino, UTET, 347-359.

⁷⁶³ Secondo l'efficace espressione di CRISTIANI Antonio (2003), *Commentario di Diritto penale delle società e del credito*, Torino, Giappichelli, 166.

⁷⁶⁴ Si veda la lucida analisi di MEZZETTI Enrico (2008), *Infedeltà patrimoniale*, in AMBROSETTI Enrico Mario, MEZZETTI Enrico, RONCO Mauro, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, Zanichelli, 177 e seguenti.

⁷⁶⁵ MILITELLO Vincenzo (2002), *L'infedeltà patrimoniale (articolo 2634)*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di GIARDA Angelo e SEMINARA Sergio, Padova, CEDAM, 483.

⁷⁶⁶ MASULLO Maria Novella (2003), *2634*, in *Le leggi penali d'udienza*, a cura di PADOVANI Tullio,

relazione ad atti meramente organizzativi si possa manifestare un conflitto di interessi da parte degli amministratori che li pongono in essere.

Si discute, inoltre, se possano rientrare nel concetto di atti dispositivi i casi di assunzione di obbligazioni a carico del patrimonio sociale; la risposta affermativa si fonda sulla considerazione secondo la quale in definitiva il costo di tali impegni comunque grava sui beni appartenenti alla società⁷⁶⁷.

D'altra parte, nella disposizione di cui all'articolo 2634 del codice civile non sembrerebbe censurata la condotta omissiva⁷⁶⁸, neanche in termini di omesso impedimento dell'evento di danno patrimoniale.

Una critica alla formulazione della disposizione risiede, allora, nella considerazione che, se può ammettersi che una fattispecie di pericolo, specie se presunto, si presenti come troppo arretrata, nella misura in cui si preoccupi solo di impedire una presunta gestione malaccorta⁷⁶⁹, rimangono,

Milano, Giuffrè, 1307; MILITELLO Vincenzo (2002), *L'infedeltà patrimoniale (articolo 2634)*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di GIARDA Angelo e SEMINARA Sergio, Padova, CEDAM, 483.

⁷⁶⁷ Così AMATI Enrico (2005), *Le infedeltà, Le singole fattispecie*, in *Reati societari*, a cura di ROSSI Alessandra, Torino, UTET Giuridica, 414. Si veda anche FOFFANI Luigi (2003), *Voce «Società», 2634*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di PALAZZO Francesco e PALIERO Carlo Enrico, Padova, Breviaria iuris, CEDAM, 2521, secondo il quale è esclusa dall'ambito di operatività della fattispecie, pur trattandosi di contegno in senso proprio infedele, anche l'ipotesi di approfittamento personale, da parte del gestore, di occasioni d'affari, in conseguenza di una distorta utilizzazione di notizie sociali riservate. Quest'Autore afferma inoltre che sarebbe stato più consono alle effettive esigenze di tutela descrivere la condotta tipica in termini di "commissione (o concorso alla deliberazione) di operazioni sociali".

⁷⁶⁸ Nello stesso senso, si vedano MACCARI Anna Lisa (2002), *Infedeltà patrimoniale, Commento all'articolo 2634*, in *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, a cura di GIUNTA Fausto, Giappichelli, Torino, 151, MILITELLO Vincenzo (2002), *L'infedeltà patrimoniale (articolo 2634)*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di GIARDA Angelo e SEMINARA Sergio, Padova, CEDAM, 483; MUSCO Enzo (2004), *I nuovi reati societari*, seconda edizione, Milano, Giuffrè, 143 e seguenti; nonché, implicitamente, MEZZETTI Enrico (2008), *Diritto penale dell'impresa*, a cura di AMBROSETTI Enrico Mario, MEZZETTI Enrico, RONCO Mauro, Bologna, Zanichelli, 177, il quale evidenzia come la condotta del delitto in esame si avvicini a quella dei tradizionali reati comuni contro il patrimonio; nel senso che rilevi anche un comportamento omissivo ZANNOTTI Roberto (2008), *Il nuovo diritto penale dell'economia*, II edizione, Milano, Giuffrè, 282; ALDROVANDI Paolo (2007), *sub Articolo 2634 del codice civile*, in LANZI Alessio e CADOPPI Alberto, *I reati societari: commentario aggiornato alla legge 28 dicembre 2005 n. 262 sulla tutela del risparmio*, Padova, CEDAM, 194, che tuttavia precisa che l'omissione sarebbe rilevante, ai sensi dell'art. 40, secondo comma del codice penale, a titolo di concorso di persone.

⁷⁶⁹ Il rischio è penalizzare l'attività della società imbagliandone eccessivamente l'operato, secondo l'opinione di MEZZETTI Enrico (2004) *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario. Spunti critici su ratio dell'incriminazione e bene giuridico tutelato*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 1, 218. Questo Autore ritiene che occorrerebbe reprimere i comportamenti più gravemente 'oppressivi' delle minoranze assembleari o già astrattamente perniciosi per gli interessi dei creditori sociali e che «il ricorso alla nozione di abuso di potere consentirebbe di conseguire tale risultato, senza dover 'rincorrere' la prova di danni effettivi al patrimonio sociale, e scongiurando allo stesso tempo la paralisi dell'attività gestoria». In effetti, si

però, attualmente escluse dal raggio d'azione della norma in esame anche molte deviazioni dallo scopo sociale, che pure pongono concretamente in pericolo la società.

Sul piano soggettivo, poi, la condotta di abuso appare decisamente connotata, oltre che dal dolo specifico, dall'intenzionalità del danno alla società, ricercato a proprio vantaggio⁷⁷⁰, laddove appare difficilmente sostenibile che sanzionare anche ipotesi in cui sia anche solo accettato il rischio di un danno, e dunque ammettendo anche il dolo eventuale, avrebbe provocato un *deficit* di offensività nella fattispecie. Analogo ragionamento, poi, potrebbe svolgersi anche per il caso in cui la causazione di un danno fosse stata prevista quale causa obiettiva di punibilità⁷⁷¹.

3.1. Il conflitto di interessi.

Elemento fondamentale della fattispecie è il presupposto della situazione di conflitto di interessi, che pur essendo indice di un reato formale e di mera condotta, trova, invece, qui collocazione in una norma che sanziona non già un mero comportamento infedele, di chi agisca in situazione di conflitto di interessi, bensì un'ipotesi di reato d'evento, quale è appunto la lesione del patrimonio sociale⁷⁷². Trattasi, in effetti, di una caratteristica della norma,

sostiene, l'abuso di potere come eccesso o come sviamento di potere inerisce a situazione nelle quali si prescinde dal profilo "formale" di violazione del vincolo al mandato ed in cui esso si collega piuttosto a vizi 'sostanziali' e 'intrinseci' rispetto all'interesse sociale. Per ulteriori riflessioni sul conflitto di interessi in senso sostanziale, il rinvio è, poi, ad ALAGNA Rocco (2003), *Note sul concetto penalistico di conflitto di interessi*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, 746.

⁷⁷⁰ La ricerca di un vantaggio può dirsi molto più significativa del riferimento all'atto dispositivo, che appare assai più "neutro" quanto alle reali intenzioni prevaricatorie del soggetto agente: così si esprime MEZZETTI Enrico (2004) *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario. Spunti critici su ratio dell'incriminazione e bene giuridico tutelato*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 1, 219.

⁷⁷¹ Sempre nel campo di un diritto auspicabile, FOFFANI osserva che, quanto alla condotta, il riferimento all'abuso avrebbe consentito di introdurre una figura incriminatrice di «abuso del potere di direzione unitaria» che, nell'ambito della gestione societaria nei gruppi (cfr., sul versante civilistico, la disciplina di cui all'articolo 2497 del codice civile), avrebbe proficuamente fatto da 'contrappeso' alla speciale causa di esenzione dalla responsabilità, di cui al comma 3 dell'articolo 2634 del codice civile, la quale meriterebbe un'autonoma riflessione, ma di cui, per ragioni di economia espositiva, nella presente trattazione si trovano solo alcuni cenni. Si rinvia, intanto, a FOFFANI Luigi (1997), *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, Giuffrè, 472.

⁷⁷² ALDROVANDI Paolo (2002), *Articolo 2634 Infedeltà patrimoniale*, in *I nuovi reati societari*, a cura

che si pone perfettamente in linea con la riforma del 2002, la quale ruota attorno alla tutela del patrimonio sociale, profilo, poi, esaltato dall'introduzione della procedibilità a querela della persona offesa.

La normativa sconta, però, quello che è stato definito il “peccato originale” di una regolamentazione penalistica, che ha preceduto la riforma della disciplina civilistica⁷⁷³. Si è avuta cioè una parte penalistica, tipicamente di estremo presidio, eretta prima che fosse edificata la nuova cittadella da difendere, con un'inversione metodologica giustificata, è stato detto, dall'urgenza di rimediare ai guasti del passato. Tuttavia, è apparso davvero singolare un diritto penale societario con un diritto societario già obliterato da un legislatore che si curava, intanto, di confezionare il suo sostituto e solo in parte è accettabile la giustificazione dell'autonomia del diritto penale societario⁷⁷⁴.

Questo sovrapporsi di riforme, come emerge anche dalla trattazione dei contenuti della nuova disposizione di cui all'articolo 2391, comporta, naturalmente, dei particolari problemi interpretativi, con riguardo all'incriminazione di infedeltà patrimoniale, dal momento che questa annovera tra gli elementi costitutivi il conflitto di interessi. Anzi, il nucleo attorno a cui gravita l'intera fattispecie è rappresentato proprio dall'interesse in conflitto con quello della società. Tutto ciò è stato, però, disposto senza curare se a tale concetto corrisponda, da qualche parte, un'adeguata definizione operativa.

Secondo la più recente dottrina⁷⁷⁵, la previsione di un reato di danno e non di mera condotta appare, d'altro canto, strettamente collegata alla nuova

di LANZI Alessio e CADOPPI Alberto, Padova, CEDAM, 132-133.

⁷⁷³ FONDAROLI Désirée (2005), *Introduzione ai delitti di infedeltà*, in *Reati societari*, a cura di ROSSI Alessandra, Torino, UTET Giuridica, 392 e seguenti.

⁷⁷⁴ ALESSANDRI Alberto (2002), *Alcune considerazioni generali sulla riforma*, in *Il nuovo diritto penale delle società* a cura di ALESSANDRI Alberto, Milano, IPSOA, 12 e seguenti; si veda anche la durissima critica di MINERVINI Gustavo (2006), *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2, 151.

⁷⁷⁵ MEZZETTI Enrico (2004) *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario. Spunti critici su ratio dell'incriminazione e bene giuridico tutelato*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 1, 224.

disciplina civilistica del conflitto d'interesse dettata per le società per azioni, proprio perché essa impone all'amministratore di dare, dettagliatamente, notizia anche della sola presenza di eventuali interessi personali nella conclusione di qualsiasi operazione, indipendentemente dalla possibilità di conflitto, con in più l'obbligo di astensione dal compiere l'operazione per l'amministratore delegato. Vi sarebbe, cioè, uno stretto rapporto tra la struttura della nuova norma penale e la rinuncia all'endiadi “violazione-abuso”, in base alla quale si faceva discendere l'incriminazione già dal semplice difetto di astensione dal compimento di ogni atto, sul presupposto dell'esistenza di una situazione di conflitto.

3.1.1. Il collegamento alla disciplina civilistica.

È necessaria, allora, una breve riflessione sulle ragioni della necessità del collegamento con la disciplina civilistica in materia di conflitto di interessi. Si tratta, infatti, di verificare innanzitutto quanto sia probante⁷⁷⁶ la collocazione del reato di infedeltà patrimoniale nel tessuto del codice civile⁷⁷⁷ e, in secondo luogo, tema di certo non minor rilevanza, appurare in che termini si manifesti il conflitto di interessi alla luce della disciplina civilistica.

Si tratta di una questione particolarmente stimolante, specie se si considera la convergenza tra fattispecie penale e civile. Infatti, quanto precedentemente non emerso all'interno dei rapporti societari, potrebbe essere invocato dalle difese in sede penale, allorché l'infedeltà patrimoniale,

⁷⁷⁶ V. in proposito la sentenza in epigrafe, che a tale argomentazione, seppur trattandosi di un'affermazione presentata apoditticamente all'interno di un discorso logico più ampio, sembra voler attribuire un certo peso nelle motivazioni della decisione.

⁷⁷⁷ Sul punto possono richiamarsi le osservazioni dei primi commentatori delle fattispecie nate dalla riforma dei reati societari. V. ad es. ALESSANDRI Alberto (2002), *Alcune considerazioni generali sulla riforma*, in *Il nuovo diritto penale delle società* a cura di ALESSANDRI Alberto, Milano, IPSOA, 3 e seguenti; parla addirittura di “peccato originale” di una regolamentazione penalistica che ha preceduto la riforma della disciplina civilistica FONDAROLI Désirée (2005), *Introduzione ai delitti di infedeltà*, in *Reati societari*, a cura di ROSSI Alessandra, Torino, UTET Giuridica, 392; considera invece positivamente la scelta, quanto alla collocazione sistematica della norma, di conservare l'impostazione tradizionale, con l'inserimento della previsione non in sede di codice penale, ma nella normativa dedicata alla società, secondo il modello francese, MILITELLO Vincenzo (2002), *L'infedeltà patrimoniale (articolo 2634)*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di GIARDA Angelo e SEMINARA Sergio, Padova, CEDAM, 480 e seguenti

ricca di elementi costitutivi, oltre a contemplare la perseguibilità a querela, comporta maggiori oneri probatori. Ecco dunque che la configurazione in termini di conflitto di interessi diventa centrale: fino a che punto l'imputato può difendersi confessando il proprio conflitto di interessi e fino a che punto le sue affermazioni possono essere ritenute irrilevanti⁷⁷⁸? Il rischio da scongiurare, paradossalmente, sembrerebbe quello di una confessione parziale ai fini di garantirsi, di fatto, l'impunità.

La giurisprudenza, di cui si darà più ampiamente conto in seguito, non ha potuto trascurare questo aspetto e proprio in tale prospettiva la Corte di Cassazione⁷⁷⁹ si è premurata di precisare che non attiene all'ambito di applicazione dell'infedeltà patrimoniale, bensì a quello dell'appropriazione indebita, l'ipotesi in cui un soggetto si appropri il denaro o la cosa mobile dell'ente, di cui abbia la disponibilità in ragione della carica, per l'assenza di un preesistente ed autonomo conflitto di interessi quale presupposto della deviazione dell'atto di disposizione dal suo fine istituzionale. La posizione della Corte è, certo, ineccepibile, nella parte in cui insiste nel dire che l'appropriazione altro è rispetto alla gestione infedele, tuttavia è incomprensibile, perché non evidente, né adeguatamente motivato, il passaggio argomentativo in cui tale distinzione viene fatta derivare dall'assenza di un preesistente interesse in conflitto.

⁷⁷⁸ Parla in effetti espressamente di mancata prova del conflitto di interessi Cassazione penale Sez. V n. 1236 del 7/10/2003.

⁷⁷⁹ Il riferimento è principalmente alla sentenza Cassazione pen, Sez. II, n. 10175/2005. Si segnala fin da ora che tale pronuncia statuisce che la disposizione in materia di infedeltà patrimoniale, ponendosi in rapporto di specialità reciproca con la fattispecie di appropriazione indebita, se da un lato tipizza le condotte infedeli connesse all'attività gestoria, dall'altro non esaurisce la tutela penale nei confronti di aggressioni ai beni sociali da parte dei gestori. In particolare, poi, evidenzia che, preesistendo un interesse in conflitto, è sanzionato l'atto di gestione che lo persegue a danno della società; il profitto ingiusto null'altro essendo che la proiezione soggettiva del preesistente conflitto, quest'ultimo deve presentare caratteri di attualità e obiettiva valutabilità, in riferimento ai principi civilistici elaborati in materia. Non attiene, invece, secondo la citata giurisprudenza, all'ambito di applicazione dell'infedeltà patrimoniale l'ipotesi in cui un soggetto si appropri il denaro o la cosa mobile dell'ente, di cui abbia la disponibilità in ragione della carica, per l'assenza di un preesistente ed autonomo conflitto di interessi quale presupposto della deviazione dell'atto di disposizione dal suo fine istituzionale.

3.1.2. *Il preesistente interesse in conflitto.*

Qualche esempio può forse essere d'aiuto a chiarire la questione. Assumendo che il soggetto attivo, in tutte le seguenti ipotesi, sia Tizio, amministratore delegato di una società, il problema è capire quando la sua condotta sia qualificabile come infedeltà patrimoniale e quando come appropriazione indebita e se il criterio distintivo enunciato dalla Suprema Corte sia efficace.

Se il nostro Tizio si appropriasse di uno dei quadri che arredano la sala riunioni della società, dopo aver scoperto che l'artista che l'ha dipinto è da poco diventato famosissimo, e lo rivendesse a un collezionista ricavandone decine di migliaia di euro, pochi dubbi sorgerebbero sulla riconducibilità della sua condotta alla fattispecie di appropriazione indebita.

Se Tizio, nello scegliere tra diverse imprese quella a cui affidare l'edificazione di una nuova sede succursale, scegliesse Alfa, piccola società di cui egli è socio al 30%, trascurando le maggiori garanzie in termini di solidità ed esperienza offerte da Beta, con ogni probabilità rientrerebbe nell'ipotesi di infedeltà patrimoniale, tuttavia con il dubbio sulla sussistenza di un danno intenzionalmente causato da Tizio alla propria società.

Venendo a un'ipotesi più complessa, immaginiamo che Tizio costituisca un fondo nero, sottragga cioè delle somme che cessano, quindi, di risultare a bilancio. Si tratta di un caso che la giurisprudenza tedesca fa pacificamente rientrare nella fattispecie di *Untreue*, dal momento che mette in pericolo⁷⁸⁰ il patrimonio sociale, e che la stessa giurisprudenza italiana, anteriormente

⁷⁸⁰ Se si trattasse esclusivamente di fondi costituiti per scopi estranei alla società, non vi sarebbero dubbi sull'integrazione del delitto di infedeltà; rimane problematico invece il caso in cui i fondi neri servano proprio agli scopi della società stessa. In realtà, anche in questo caso gli interpreti sono in grado di configurare un pregiudizio patrimoniale ai sensi del § 266 StGB, dal momento che, una volta costituito un fondo nero, non vi sarebbe comunque più alcun controllo sul suo utilizzo e sussisterebbe il concreto pericolo che l'amministratore, che ha costituito il fondo, ne disponga a sua personale discrezione o a favore di un terzo. Cfr. MIEDICO Melissa (2002), *I reati societari in Germania*, in *Il nuovo diritto penale delle società* a cura di ALESSANDRI Alberto, Milano, IPSOA, 546; e il richiamato SCHMIDT Wolfgang (2000), in *Wirtschaftsstrafrecht: eine Gesamtdarstellung des deutschen Wirtschaftsstraf und ordnungswidrigkeitenrechts*, a cura di MÜLLERGUGENBERGER Christian & BIENECK Klaus, Köln, 812.

all'avvento dell'infedeltà patrimoniale avrebbe con ogni probabilità sanzionato quale appropriazione indebita. Con l'introduzione della fattispecie di infedeltà patrimoniale, che non solo è reato di danno, ma richiede per di più l'intenzionalità del danno, occorre approfondire il profilo soggettivo connesso alla condotta del nostro Tizio. Sarebbe infatti diverso se egli avesse costituito un fondo nero per offrire delle tangenti e assicurare, così, alla propria società fruttuosi contratti, piuttosto che se avesse agito al fine di fuggire con quei soldi a fine mandato. Trascurando il profilo della corruzione, emerge che nessuna delle due ipotesi rientrerebbe nell'ambito di applicazione dell'infedeltà patrimoniale: l'una per mancanza del conflitto di interessi, l'altra perché non si tratterebbe di deviazione di un atto di disposizione dal suo fine istituzionale, ma di vera e propria appropriazione indebita di somme, di cui Tizio aveva la disponibilità in ragione della propria carica. Peraltro, rimane il dubbio se sia applicabile la fattispecie di appropriazione indebita, nel nostro ordinamento, alla prima delle due ipotesi, dal momento che a essere carente è proprio, nell'esempio, il momento appropriativo⁷⁸¹.

Si tratta ora di distinguere, tra gli esempi prospettati, le diverse fattispecie, in base al criterio della preesistenza del conflitto di interessi.

Nella prima ipotesi Tizio ha un interesse personale ad avere per sé il quadro,

⁷⁸¹ La giurisprudenza ha compiuto delle distinzioni sul punto. Alcune sentenze propendono nel senso di considerare non idoneo a configurare il delitto di appropriazione indebita il versamento ad opera degli amministratori di una società di fondi extrabilancio su conti solo formalmente non riconducibili alla stessa, qualora li utilizzino per il perseguimento, sia pure con mezzi illeciti (quali il finanziamento occulto a partiti politici), di fini non estranei agli interessi sociali (Cassazione penale Sez. V, 13/06/1998, n.10041). In ogni caso pare riconoscersi che la creazione di riserve occulte e l'utilizzazione extrabilancio di fondi sociali non siano di per sé sufficienti ad integrare il delitto di appropriazione indebita; deve infatti escludersi che possa essere qualificata come distrattiva, e tantomeno come appropriativa, un'erogazione di danaro che, pur compiuta in violazione delle norme organizzative della società, risponda a un interesse riconducibile anche indirettamente all'oggetto sociale, poiché per aversi appropriazione è necessaria una condotta che non risulti giustificata o giustificabile come pertinente all'azione o all'interesse della società (Cassazione penale Sez. V, 21/01/1998, n.1245; nell'occasione la Corte ha precisato che l'appropriazione indebita è invece configurabile, e concorre pertanto con il delitto di cui all'articolo 7 l. 2 maggio 1974 n. 195, allorché l'illecito finanziamento di partiti politici con fondi occulti sia erogato nell'interesse personale ed esclusivo dell'amministratore). D'altro lato la disponibilità di ingenti fondi, costituenti riserve occulte, con erogazioni per fini affatto estranei allo spettro degli interessi delle società amministrate, dà ampiamente conto della sussistenza del dolo specifico che qualifica la fattispecie delineata dall'articolo 646 del codice penale (Cassazione penale Sez. V, 09/07/1992).

dal momento in cui scopre che esso è di valore, e questa sua conoscenza è anteriore al momento in cui lo stacca dalla parete della sala riunioni; d'altro canto è interesse della società sapere che un bene del patrimonio sociale ha acquisito nel tempo un enorme valore, ma Tizio si guarda bene dal comunicarlo. Dunque c'è un conflitto di interessi preesistente, è obiettivamente valutabile ed è anche attuale con riferimento alla condotta. Eppure quella di Tizio non ha una caratterizzazione sufficiente per essere considerata amministrazione infedele dei beni sociali.

Il secondo esempio è più lineare: Tizio si trova in una preesistente situazione di conflitto di interessi, i cui due poli sono costituiti dalla sua carica di amministratore e dalla sua partecipazione nella società Alfa. Il conflitto diventa attuale nel momento in cui Alfa si propone quale contraente della società di cui Tizio è amministratore.

Nel terzo esempio, cui sono riconducibili due diverse ipotesi, Tizio ha un interesse proprio soltanto nella seconda, dal momento che nella prima ipotesi egli persegue, se pur con mezzi discutibili, l'interesse della società. Anche concentrando l'attenzione sulla seconda ipotesi, quella in cui Tizio distrae delle somme, di cui aveva la gestione e le occulta per servirsene in seguito, rileviamo, però, che il conflitto di interessi non presenta i caratteri indicati dalla Corte di Cassazione: non è infatti preesistente, né attuale, né riconoscibile, perché al momento di costituzione dei fondi non è dato sapere come Tizio intenda impiegare quelle somme. Un simile atto di gestione, che, come evidenziato, mette in pericolo i beni sociali distratti, non sarebbe, dunque, punibile quale infedeltà patrimoniale, né, probabilmente, come appropriazione indebita, dal momento che non vi è alcuna immissione nel patrimonio dell'agente⁷⁸², che peraltro ne aveva già il possesso in quanto

⁷⁸² Sulla distinzione tra condotta appropriativa e condotta distrattiva è stato evidenziato che, benché implicino entrambe la sottrazione del bene alle sue finalità istituzionali, tali condotte si diversificano nella fase successiva della nuova destinazione, che nell'appropriazione è soggettivamente ed oggettivamente orientata ad impadronirsi della cosa, cioè ad instaurare un completo dominio su di

amministratore.

3.1.3. Considerazioni critiche.

Rischia, dunque, di sfuggire l'utilità del criterio enunciato dalla giurisprudenza di legittimità. In realtà, appare assai più pregnante il riferimento all'appropriazione, da un lato, e alla deviazione dell'atto di disposizione dal fine istituzionale, dall'altro, dal momento che esso chiarisce che la natura dell'infedeltà patrimoniale è insita nello sviamento della gestione, qualora al perseguimento dell'interesse sociale si anteponga un interesse diverso. D'altro canto, è anche agevole intuire che, quanto più nel perseguire un profitto a danno della società gli amministratori percorrono vie traverse, tanto più ci si allontana dallo schema dell'appropriazione indebita⁷⁸³.

È stato ravvisato⁷⁸⁴ che la fattispecie di infedeltà patrimoniale tipizza la necessaria relazione fra conflitto di interessi e finalità sottese all'atto, connotando di ingiustizia il profitto. Se questo è vero, rimane, comunque, problematica la presenza del danno intenzionale, elemento che, comunque lo si guardi, costituisce un *quid pluris* rispetto al dolo di profitto, né può

essa immettendola nel patrimonio dell'agente, mentre nella distrazione è rivolta semplicemente ad un uso arbitrario del bene con impiego per fini diversi da quello cui era destinato. Le conclusioni tratte dalla giurisprudenza non sono peraltro univoche, dal momento che talora si è detto che l'amministratore delegato della società capogruppo, che distraga fondi extrabilancio di società controllate senza vantaggio personale né fraudolente intese con i terzi destinatari dei singoli atti di disposizione, non realizza alcuna condotta riconducibile al modello di appropriazione indebita (cfr. Cassazione penale, 23/06/1989); talaltra si è contestata proprio la teoria che l'attività distrattiva non costituisca modalità della appropriazione, in quanto, se l'autore di una distrazione agisce con la volontà di dare al bene una destinazione diversa da quella naturale, sarebbe automatico ritenere che agisca al di fuori dei poteri conferitigli e quindi eserciti sul bene un possesso diverso da quello legittimo (cfr. la nota sentenza Cusani, Trib. Milano, 28/04/1994, in *Foro Italiano*, 1995, II, 24-104, con nota di AMATO Fausto Maria, 26-48, e DI CHIARA Giuseppe, che peraltro si concentra sugli aspetti di diritto processuale, 24-26 e 49-58). Peraltro la questione della riconducibilità delle condotte distrattive nello schema dell'appropriazione indebita sembra esulare dalla sentenza in epigrafe, come ricorda anche MARINI Consuelo (2006), *Il rapporto tra appropriazione indebita e infedeltà patrimoniale*, in *Le Società*, 1548-1551, atteso che le condotte poste in essere dagli imputati, che con fittizie operazioni infragruppo spostavano risorse finanziarie della società per farne un uso in parte anche personale, andavano oltre la mera distrazione.

⁷⁸³ Una considerazione, quest'ultima, addirittura elementare, lapalissiana, secondo l'espressione usata da PEDRAZZI Cesare (2003), *Gli abusi del patrimonio sociale da parte degli amministratori*, in *Rivista Italiana di diritto penale*, 1953, 578, ora anche in *Scritti di diritto penale dell'economia*, Milano, Giuffrè, 559.

⁷⁸⁴ Cfr. la breve sintesi della sentenza della Cassazione penale, Sez. II, 26 ottobre 2005 (dep. 10 novembre 2005) n. 10175, in *Le Società*, 2006, 448.

essere assorbito dalla posizione di conflitto di interessi⁷⁸⁵. Peraltro, vi è ragione di ritenere che, proprio in ragione di questo elemento della fattispecie, il percorso argomentativo della giurisprudenza di legittimità abbia riconosciuto la necessità di richiamare la disciplina civilistica del conflitto di interessi, adducendo come motivazione «la significativa collocazione sistematica della norma generale incriminatrice all'interno del codice civile»⁷⁸⁶.

In questo senso dovrebbe emergere l'utilità del richiamo all'articolo 2391 del codice civile, che tuttavia pone, dal momento della sua riformulazione, delle questioni che sembrerebbero allontanare dal tema in esame. Con la riforma del 2003, in effetti, quella che era una norma sul conflitto di interessi degli amministratori è diventata una norma sull'informazione⁷⁸⁷. Di qui la difficoltà di valutare se esista ancora nel nostro ordinamento una definizione di conflitto di interessi corrispondente al modello sanzionato dal delitto di infedeltà patrimoniale e schematicamente rappresentato dai due corni del dilemma, di cui uno, quello del profitto personale, viene scelto con preferenza rispetto all'altro, rappresentato dal profitto della società⁷⁸⁸. Non

⁷⁸⁵ Connotandosi così quale rispettoso omaggio all'impostazione della riforma dei reati societari, di tutela patrimoniale, ma d'altro lato presentandosi anche come elemento apparentemente "distonico" della fattispecie; questa la sensazione anche di CALÒ Raffaella (2006), *Infedeltà patrimoniale e appropriazione indebita: un problema di delimitazione reciproca*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1080. Cfr. inoltre RAINONE Valeria (2006), *Il delitto di infedeltà patrimoniale tra modernità e post-modernità penalsitica*, in *Banca borsa e titoli di credito*, fascicolo 4, 450 e seguenti; MASULLO Maria Novella (2003), 2634, in *Le leggi penali d'udienza*, a cura di PADOVANI Tullio, Milano, Giuffrè, 1310; da notare peraltro ALDROVANDI Paolo (2002), *Articolo 2634 Infedeltà patrimoniale*, in *I nuovi reati societari*, a cura di LANZI Alessio e CADOPPI Alberto, Padova, CEDAM, 141e seguenti.

⁷⁸⁶ Si tratta forse, più che altro, di un auspicio, dal momento che il dispregio del legislatore per il collegamento tra norme civili e penali in materia societaria, pur contenute nel codice civile, è emerso dal susseguirsi di riforme non coordinate tra loro. Per quel che riguarda il tema qui trattato, la disciplina della materia, così come oggi si presenta, ricordiamo che si è modellata attraverso tre distinte riforme: quella dei reati societari, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2002, n. 61, quella delle società di capitali e delle cooperative, di cui al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6, e infine quella sulla tutela del risparmio, con la legge n. 262 del 28 dicembre 2005, che ha introdotto la fattispecie penale dell'omessa comunicazione del conflitto di interessi.

⁷⁸⁷ In questo senso la nuova previsione di cui all'articolo 2391 è perfettamente in linea con le esigenze della *governance* sostenute dalla riforma, che vede uno dei propri fili conduttori nella trasparenza e nell'informazione che ne è alla base. V. anche ZAMPERETTI Giorgio Maria (2005), *Il «nuovo» conflitto di interessi degli amministratori di s.p.a.: profili sparsi di fattispecie e di disciplina*, in *Le società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n. 9, 1085.

⁷⁸⁸ In questo senso si può affermare che il profitto ingiusto è la proiezione soggettiva del preesistente conflitto. In sintonia, come ricorda anche CALÒ Raffaella (2006), *Infedeltà patrimoniale e*

perseguendosi il profitto della società, ecco che essa ne riceve un danno⁷⁸⁹.

Orbene, occorre rammentare che oggi l'articolo 2391 del codice civile prevede, in nome della trasparenza, che ogni interesse debba essere ammesso ed esplicitato, al punto che, ad una prima lettura della disposizione, vi è addirittura da domandarsi se si tratti ancora di una norma sul conflitto di interessi. In realtà, lo si è visto, un'interpretazione più approfondita chiarisce che si tratta tuttora di una norma finalizzata a far emergere situazioni di conflitto di interessi, in considerazione del fatto che dovrà avvenire una valutazione di tutti gli interessi oggetto di comunicazione, ciò che è comunque in linea con la disciplina previgente, ma con il vantaggio di ovviare alle restrizioni che ne limitavano l'efficacia⁷⁹⁰. Se, dunque, la disposizione previgente di fatto rimetteva all'amministratore interessato la valutazione del grado di incompatibilità degli interessi in gioco, con la possibilità di indulgenti autoassoluzioni⁷⁹¹, oggi, in nome della trasparenza, ogni interesse deve essere ammesso ed esplicitato.

appropriazione indebita: un problema di delimitazione reciproca, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, nota 34, FOFFANI Luigi (1997), *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, Giuffrè, 354 e MILITELLO Vincenzo (2002), *L'infedeltà patrimoniale (articolo 2634)*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di GIARDA Angelo e SEMINARA Sergio, Padova, CEDAM, 486.

⁷⁸⁹ Sull'equiparazione tra pericolo e danno in altri ordinamenti, cfr. quando detto *supra* ed in particolare circa la giurisprudenza francese, che ha individuato i limiti all'applicazione della sanzione alle ipotesi in cui, pur ricorrendo solo un pericolo per il patrimonio sociale, fosse evidente la contrarietà all'interesse sociale della condotta dell'agente. Ciò che d'altro canto è del tutto in linea anche con la concezione economica per cui il pericolo è una specie di danno. V. meglio PEDRAZZI Cesare, *Gli abusi del patrimonio sociale da parte degli amministratori*, in *Rivista Italiana di diritto penale*, 1953, 578, ora anche in *Scritti di diritto penale dell'economia*, Milano, Giuffrè, 2003, 543-604; l'Autore, d'altro canto, evidenzia come quello degli amministratori sia possesso vero e proprio, e non detenzione, nel momento in cui si comportano come organi della società, traducendone la volontà di possesso che, in quanto mera persona giuridica, non potrebbe altrimenti avere; di qui la difficoltà a scindere, logicamente e cronologicamente, il momento appropriativo. Invece FOFFANI Luigi (2002), *Le infedeltà*, in *Il nuovo diritto penale delle società* a cura di ALESSANDRI Alberto, Milano, IPSOA, 353, richiamandosi all'esperienza tedesca, mette in evidenza l'esigenza di stare in guardia contro il rischio che nella concreta prassi applicativa il danno patrimoniale finisca con l'essere equiparato ad un semplice pericolo.

⁷⁹⁰ Semplicemente, la nuova norma priva l'amministratore del potere di decidere se un determinato interesse coincida o piuttosto contrasti con l'interesse sociale, e si attribuisce l'obbligo di valutare questa situazione al consiglio di amministrazione. In questo senso v. BLANDINI Antonio (2004), *Conflitto di interessi ed interessi degli amministratori di società per azioni: prime riflessioni*, in *Rivista di diritto civile*, n. 3, (maggio-giugno), 417.

⁷⁹¹ ZAMPERETTI Giorgio Maria (2005), *Il «nuovo» conflitto di interessi degli amministratori di s.p.a.: profili sparsi di fattispecie e di disciplina*, in *Le società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n. 9, 1086.

Inoltre, si può osservare come, consistendo oggi il giudizio sul conflitto in una valutazione *ex ante*, non serva la produzione di un'effettiva lesione; in questa prospettiva, l'omessa comunicazione di un interesse, tale da apparire rilevante per orientare la decisione di un'operazione, già è carica di disvalore, ciò che, se da un lato può apparire un irrigidimento della disciplina delle operazioni in conflitto d'interessi⁷⁹², dall'altro si pone come una scelta di coerenza del sistema: non è infatti immaginabile la possibilità di compiere *ex ante* un giudizio di danno.

Con l'attuale stesura dell'articolo 2391 il fondamento della nuova disciplina è, pertanto, divenuto la preventiva comunicazione, al consiglio e all'organo di controllo, di ogni interesse, per conto proprio o di terzi⁷⁹³, anche compatibile con quello sociale, di cui l'amministratore sia latore rispetto a una certa operazione. La nuova disciplina svolge, così, un'importante funzione in termini di *disclosure*⁷⁹⁴. Per queste ragioni, e tenuto conto della visione fisiologica che il legislatore ha della possibile compresenza di più interessi nella dinamica della gestione societaria, si dovrà innanzitutto tentare di stabilire cosa debba intendersi per interesse dell'amministratore ai

⁷⁹² È quanto afferma ad esempio ENRIQUES Luca (2002), *Afef e la pulce della società per azioni*, intervento al Convegno di Varese del 20-21 settembre e reperibile in <www.associazionepreite.it>, 1.

⁷⁹³ V. in proposito DI BERNARDO Maurizio e MATTIA Salvatore (2005), *Il conflitto di interessi degli amministratori nella nuova s.p.a.*, in *Le società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n. 5, 558. Questi Autori si fanno latore dell'opinione secondo cui la cura dell'interesse del terzo deve trovare origine in un rapporto giuridicamente rilevante. In altri termini, l'amministratore deve curare l'interesse del terzo in virtù di un rapporto cui l'ordinamento riconosce rilevanza giuridica, quale ad esempio quello coniugale o quello contrattuale. In proposito si rifanno a PANZIRONI Valeria (2003), *Il conflitto di interessi dell'amministratore di s.p.a. nell'elaborazione di dottrina e giurisprudenza*, consultabile presso <<http://www.archivioceradi.it>>. Di diverso avviso invece VISENTINI Bruno, *La disciplina del conflitto di interessi nel mercato mobiliare: società azionarie società di intermediazione mobiliare società di gestione del risparmio*, in *Nuova Giurisprudenza Civile e Commerciale*, 2002, 463, secondo il quale anche rapporti di fatto possono, se giuridicamente rilevanti, essere ragione di assunzione dell'interesse per conto altrui: ad esempio società di fatto, rapporto di lavoro di fatto, consulenza nei fatti coordinata; convivenze di fatto *et cetera*. Peraltro vi è anche chi in dottrina ha considerato l'inciso per conto proprio o di terzi poco più di un pleonaso, essendo agevole rinvenire in capo a un amministratore che ha interesse per conto di terzi anche l'interesse proprio nell'accezione ampia. V. in proposito ENRIQUES Luca (2000), *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, Giuffrè, 154. Nello stesso senso si esprime anche D'ALESSANDRO Floriano (1990), *Amministratore unico di s.p.a. appartenente a un gruppo e conflitto di interessi "per conto altrui"*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 49.

⁷⁹⁴ Analizzano lucidamente i profili della norma DI BERNARDO Maurizio e MATTIA Salvatore (2005), *Il conflitto di interessi degli amministratori nella nuova s.p.a.*, in *Le società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n. 5, 557.

sensi dell'articolo 2391. Solo successivamente si potranno compiere delle valutazioni su quali siano, a livello sistematico, i caratteri del conflitto di interessi⁷⁹⁵.

3.1.4. L'identificabilità dell'interesse.

Deve darsi conto della sensazione di profondo disagio⁷⁹⁶ che l'interprete prova di fronte alla vaghezza e al carattere ambiguo⁷⁹⁷ del termine interesse, di cui sono incerti l'oggetto e il contenuto⁷⁹⁸.

Può aiutare a comprendere la soglia normativa dell'interesse rilevante ai fini dell'articolo 2391 del codice civile una breve riflessione sui caratteri della decisione imprenditoriale, che è innegabilmente caratterizzata da un tasso di soggettività. Ovviamente, però, essa non può essere totalmente soggettiva, atteso che ha un punto di riferimento esterno, cioè il perseguimento dell'oggetto sociale e l'interesse della società, seppure questi possano essere conseguiti attraverso una serie molto ampia di percorsi⁷⁹⁹. In questo quadro di riferimento possono collocarsi molti degli elementi che possiamo definire utilità⁸⁰⁰.

Dal momento che esistono interessi dei tipi più disparati si potrebbero immaginare innumerevoli esempi, con situazioni di ogni genere, relative ad

⁷⁹⁵ Una ricostruzione quanto mai opportuna, se solo si consideri, come già ebbe a rilevare Cesare PEDRAZZI, che "il problema dei rapporti tra regolamentazione civile e penale non si pone sovente, per il penalista, in termini di scelta fra una supina importazione degli schemi civilistici e la ricerca di concetti propri, autonomi. Spesso si tratta di scegliere fra una considerazione integrale del regime civilistico e talune qualificazioni o etichette che non rispecchiano il regime civilistico nella sua completa interezza, ma piuttosto lo schematizzano in base a punti di vista limitati, che non sono necessariamente quelli rilevanti ai fini della tutela penale" (PEDRAZZI Cesare, *Gli abusi del patrimonio sociale da parte degli amministratori*, in *Scritti di diritto penale dell'economia*, Milano, Giuffrè, 2003, 547).

⁷⁹⁶ ROMANO Mario (1967), *Profili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di società per azioni*, Milano, Giuffrè, 52.

⁷⁹⁷ LUMINOSO Angelo (1984), *Mandato, commissione, spedizione*, Trattato di diritto civile e commerciale, diretto da Cicu Antonio e Messineo Francesco, Milano, Giuffrè, 9.

⁷⁹⁸ DONISI Carmine (1992), *Il contratto con se stesso*, in Pubblicazioni della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 134.

⁷⁹⁹ ZAMPERETTI Giorgio Maria (2005), *Il «nuovo» conflitto di interessi degli amministratori di s.p.a.: profili sparsi di fattispecie e di disciplina*, in *Le società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n. 9, 1088.

⁸⁰⁰ Così, sulla scia di Jeremy BENTHAM, ENRIQUES Luca (2000), *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, Giuffrè, 148.

interessi tanto patrimoniali, che extrapatrimoniali, perché l'articolo 2391 non contiene alcuna limitazione in tal senso.

Premesso che non esiste, nel nostro ordinamento, una nozione unitaria di conflitto di interessi⁸⁰¹, può dirsi che si ravvisa un interesse dell'amministratore in una determinata operazione quando vi sia ragionevole motivo di ritenere che egli, nelle concrete circostanze del caso, si rappresenti di ricavare dal compimento (o dall'omissione) dell'operazione un'utilità quantitativamente e qualitativamente rilevante, purché questa rappresentazione sia socialmente riconoscibile⁸⁰² in quanto tale e nel suo oggetto⁸⁰³.

Deve, però, escludersi che l'amministratore sia tenuto a trasformare le adunanze consiliari in "sedute autobiografiche"⁸⁰⁴ in cui analizzi e dichiari tutte le possibili utilità collegate alle sue vicende biografiche, familiari, mediche, religiose *et cetera*⁸⁰⁵. Occorre, piuttosto, ricordare che la nozione di conflitto di interessi, intesa come situazione, presuppone che la sussistenza di un interesse in conflitto sia valutata *ex ante*, cioè prima che sia posta in essere l'attività. Se l'interesse proprio dell'amministratore è un

⁸⁰¹ Questo dato sembra accolto senza riserve da MAFFEIS Daniele (2002), *Conflitto di interessi nel contratto e rimedi*, Milano, Giuffrè, 18 e seguenti. Questo Autore nota che talora le discipline del conflitto di interessi non riguardano la conclusione di un contratto, com'è per la disciplina del conflitto di interessi degli amministratori di società. Tuttavia, ciò che è oggetto di specifica disciplina è l'attività esercitata in conflitto di interessi dove il conflitto di interessi è una situazione, che consiste nella presenza di un interesse in conflitto.

⁸⁰² Naturalmente il problema concreto di valutare la sussistenza di un conflitto si pone in termini maggiormente ardui rispetto a utilità extra-patrimoniali, atteso che l'omogeneità di un interesse patrimoniale dell'amministratore con l'interesse della società alla massimizzazione dell'utile rende più facile apprezzare la significatività dell'interesse stesso

⁸⁰³ Così si esprimono DI BERNARDO Maurizio e MATTIA Salvatore (2005), *Il conflitto di interessi degli amministratori nella nuova s.p.a.*, in *Le società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n. 5, 558; a loro volta questi Autori fanno riferimento a ENRIQUES Luca (2000), *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, Giuffrè, 146, anche se in quell'occasione il ragionamento dell'Autore è parzialmente diverso. Essi inoltre ricordano, alla nota 5, che la giurisprudenza di legittimità a questo proposito ritiene che non sia rilevante soltanto l'interesse di natura economico-patrimoniale. Si veda Cassazione 11 ottobre 1956, 3517, in *Giustizia civile*, I, 1957, 474 e seguenti

⁸⁰⁴ ZAMPERETTI Giorgio Maria (2005), *Il «nuovo» conflitto di interessi degli amministratori di s.p.a.: profili sparsi di fattispecie e di disciplina*, in *Le società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n. 9, 1089.

⁸⁰⁵ A voler così ritenere, se solo si riporti alla mente come la riformata disposizione di cui all'articolo 2391 chiarisca che di ogni interesse vanno spiegate tutte le sfaccettature, precisandone natura, termini, origine e portata, si rischierebbero conseguenze devastanti riguardo alla durata dei consigli di amministrazione.

interesse che può incidere sulla sua attività, rendendola contraria all'interesse alla cui cura è preposto, cioè l'interesse della società, l'amministratore si trova a dover valutare se egli sia o non sia portatore di un interesse in conflitto con quello della società. Questa valutazione presuppone che l'amministratore sia a conoscenza dell'interesse di cui egli è portatore e si raffiguri l'interesse della società in quell'operazione, e che quindi valuti se il proprio interesse sia tale da incidere sulla cura di quello della società. La stessa valutazione dovrà essere, poi, svolta dal giudice, nel momento in cui si tratterà di stabilire se sussisteva una situazione di conflitto di interessi⁸⁰⁶.

Ecco, allora, che sembra trovare conferma l'impostazione che la Suprema Corte ha indicato nella sentenza n. 10175/2005, sebbene con qualche precisazione. In effetti, mentre l'amministratore è in grado di valutare se l'interesse di cui è portatore lo indurrebbe a votare contro l'interesse della società, il giudizio *ex ante* cui è invece chiamato, dall'esterno, il giudice, è meramente ipotetico, perché, una volta che sia chiaro quale fosse l'interesse dell'amministratore e quale fosse l'interesse sociale, il giudice non sarebbe comunque in grado, *ex ante*, di valutare se l'interesse dell'amministratore lo avrebbe o meno condotto a votare contro l'interesse della società: un simile giudizio può essere formulato esclusivamente *ex post*⁸⁰⁷.

⁸⁰⁶ MAFFEIS Daniele (2003), *Il nuovo conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni e di società a responsabilità limitata: (alcune) prime osservazioni*, in *Rivista di diritto privato*, n. 3, 521.

⁸⁰⁷ La nuova disciplina, invece, ed è questo il punto fondamentale, prevede un vero giudizio *ex ante*. infatti, se non è *ex ante* possibile giudicare circa la sussistenza di un conflitto tra l'interesse dell'amministratore e l'interesse della società, è possibile giudicare *ex ante* circa la sussistenza di un interesse dell'amministratore, accanto all'interesse sociale nell'operazione. Ciò non significa che la nuova disciplina non sia una disciplina del conflitto di interessi: lo è, perché la sua *ratio* è di prevenire il pericolo dell'incidenza sull'attività di un interesse dell'amministratore, tuttavia una simile impostazione della disciplina civilistica non può fornire alcuna indicazione utile al penalista che si trovi a dover valutare la sussistenza dei presupposti della fattispecie di infedeltà patrimoniale; semmai sussiste un collegamento tra la disciplina di cui all'articolo 2391 e quella, penale, di cui al nuovo delitto di omessa comunicazione del conflitto di interessi, previsto dall'articolo 2629-bis del codice civile, che per l'appunto munisce espressamente di sanzione la disciplina civilistica. La differenza con la disciplina anteriore consiste semplicemente nel dato che oggi il conflitto di interessi richiede la presenza, accanto all'interesse della società, del solo interesse dell'amministratore, anziché quella contemporanea di due elementi, cioè l'interesse dell'amministratore e la sua possibile incidenza sulla cura dell'interesse sociale. Poiché questo secondo elemento non era valutabile *ex ante*, la sua

Infatti, mentre non può essere dimostrato in via generale⁸⁰⁸ che ogni volta che un amministratore ha un interesse il suo scopo sia contrario all'interesse della società, non può negarsi che non tutte le operazioni sociali, nelle quali l'amministratore abbia un interesse in potenziale conflitto, sono necessariamente destinate a essere svantaggiose per la società⁸⁰⁹.

Vi è, poi, chi distingue tra conflitto di interessi, che sarebbe preesistente e contrario all'interesse della società, e presa d'interesse, che concorrerebbe all'atto societario, dal momento che il gestore affianca un interesse proprio a quello della società, ma senza danno per la società stessa⁸¹⁰, giungendo ad argomentare che comporta responsabilità penale il solo conflitto di interessi attuale e solo in quanto assistito da dolo specifico e danno patrimoniale.

Si tratta, di fatto, dell'esatto contrario di quanto statuito dalla Corte di Cassazione nella richiamata sentenza, che peraltro si dimostra assai più lineare proprio nella parte in cui non si premura di distinguere se il conflitto di interessi cambi natura a seconda che sia preesistente o meno.

In un certo qual modo si può, allora, sostenere che se la Suprema Corte stabilisce la necessità di preesistenza del conflitto di interessi nella fattispecie di infedeltà patrimoniale, considerando questo conflitto solo a livello astratto, ne richiede però l'attualità al momento dell'atto di

eliminazione comporta che, «in base alla nuova disciplina, vi è conflitto di interessi dell'amministratore di società per azioni in presenza di un interesse dell'amministratore nell'operazione e del tutto indipendentemente dalla deliberazione adottata» (MAFFEIS Daniele, *Il nuovo conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni e di società a responsabilità limitata: (alcune) prime osservazioni*, in *Rivista di diritto privato*, 2003, n. 3, 522).

⁸⁰⁸ Secondo l'insegnamento popperiano, una tale affermazione è infatti suscettibile di falsificazione e basterebbe quindi un solo caso, in cui un amministratore scegliesse, rispetto al proprio interesse, quello sociale, per negarle validità.

⁸⁰⁹ ENRIQUES Luca (2000), *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, Giuffrè, 20 e seguenti. L'Autore pone in evidenza come sia ragionevole ipotizzare, oltre al rischio di falsi negativi, ossia di casi di abuso che rimangono impuniti, anche quello di falsi positivi, cioè di casi di mero conflitto potenziale di interessi non seguito da alcun abuso, nei quali cioè l'amministratore ha agito nel migliore interesse della società, e che il giudice non sia in grado di riconoscere come tali, ritenendo invece provato, erroneamente, il pregiudizio per la società. È altrettanto evidente tuttavia che esiste un *trade-off* tra questi due obiettivi.

⁸¹⁰ CORSINI Lorenzo (2006), *L'interesse dell'amministratore di società*, in *Le Società*, fascicolo 7, 848- 849; la particolarità del ragionamento di questo Autore sta nel ritenere l'irrelevanza, ai fini della legge penale, del conflitto di interessi come situazione preesistente (ed a maggior ragione quella della presa d'interesse), proprio in quanto la responsabilità penale consegue alle condizioni di conflitto d'interessi e dolo specifico, con danno patrimoniale.

disposizione, proprio allorché sono richiesti anche dolo specifico e danno per la società.

Ciò costituisce una considerazione di non poco momento. È infatti dalla stessa distinzione tra conflitto di interessi e presa d'interesse che emerge la difficoltà a distinguere quando vi sia l'uno e quando l'altra, difficoltà che aumenta quando si voglia, per giunta, ricercare sul piano temporale l'elemento che li differenzia⁸¹¹. L'intento semplificatore della Corte di Cassazione è dunque apprezzabile nella misura in cui sottrae il penalista a complesse distinzioni che, se rilevanti al fine di determinare l'ampiezza dell'obbligo civilistico di *disclosure*, allontanano dall'individuazione del *focus* della norma penale, che sanziona la condotta infedele, che cagioni un danno alla società.

3.1.5. Il disvalore del conflitto di interessi.

Per altro verso, può ritenersi che la situazione di conflitto non presenta più un vero carattere selettivo della punibilità⁸¹², perché ciò che rileva maggiormente è, semmai, disporre del patrimonio sociale in modo svantaggioso e quindi contrario agli interessi sociali, ed è, dunque, l'atto

⁸¹¹ In effetti, come non considerare irrilevante una situazione di conflitto di interessi preesistente all'atto di disposizione compiuto dal gestore nel caso in cui l'operazione societaria venisse compiuta con profitto della società e senza che l'amministratore persegua con dolo specifico il proprio o altrui vantaggio, congiuntamente al danno della società? Tale situazione preesistente sarebbe peraltro del tutto irrilevante non tanto sul piano logico, quanto piuttosto a livello applicativo, atteso che la sua sussistenza *ex ante* sarebbe totalmente irrilevabile, e tanto più stante l'ovvia considerazione che *cogitationis poenam nemo patitur*, dal momento che nell'ipotesi descritta il gestore non ha mai attuato il perseguimento del proprio vantaggio a scapito dell'interesse sociale e, dunque, si è dimostrato un amministratore fedele.

⁸¹² Quella, per chiarire, che assumerebbe invece nell'economia di una fattispecie avamposto, nella quale gioca all'opposto il ruolo centrale di immediato presupposto della semplice violazione del dovere di astensione; in questo senso MEZZETTI Enrico (2004) *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario. Spunti critici su ratio dell'incriminazione e bene giuridico tutelato*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 1, 224-225. In senso parzialmente difforme, MILITELLO Vincenzo (2002), *L'infedeltà patrimoniale (articolo 2634)*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di GIARDA Angelo e SEMINARA Sergio, Padova, CEDAM, 484, osserva che « il richiamo al conflitto di interessi ha solo una portata selettiva della materia del divieto, ma non esaurisce certo gli elementi tipici dell'offesa, orientati invece nel complesso ad una tutela essenzialmente patrimoniale ». Afferma, invece, FOFFANI Luigi (2002), *Le infedeltà*, in *Il nuovo diritto penale delle società* a cura di ALESSANDRI Alberto, Milano, IPSOA, 352 che « il presupposto conflittuale è proprio quello che conferisce l'essenziale momento di disvalore alla condotta tipica », descritta in termini estremamente ampi come il fatto di compiere o concorrere a deliberare atti di disposizione dei beni sociali, dai quali sia derivato un danno patrimoniale alla società.

dispositivo che racchiude in sé la rilevanza stessa del conflitto d'interessi⁸¹³. Tanto porta a concludere che la situazione di conflitto di interessi, intesa a prescindere da qualsivoglia atto di disposizione, ha perso, quale indice del disvalore della condotta, la propria autonomia⁸¹⁴.

Ciò non equivale, tuttavia, a dire che sussista una positiva connessione tra il delitto di infedeltà patrimoniale e la attuale norma di cui all'articolo 2391 del codice civile, non fosse altro perché, per come è strutturata, la norma penale, lungi dal sanzionare l'inosservanza del precetto civilistico, disincentiva, invece, proprio la *disclosure*, resa obbligatoria dalla riforma del diritto societario⁸¹⁵.

Per tacere, poi, delle riflessioni svolte in sede di analisi del vigente articolo 2391 del codice civile, dove si è osservato, sulla scorta di parte della dottrina⁸¹⁶, che i redattori del nuovo articolo 2391 del codice civile non

⁸¹³ In questo senso l'osservazione critica di MEZZETTI Enrico (2004) *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario. Spunti critici su ratio dell'incriminazione e bene giuridico tutelato*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 1, 224, secondo il quale la situazione di conflitto non presenta un carattere selettivo della punibilità, in quanto esso è implicito nell'atto di disposizione patrimoniale.

⁸¹⁴ In senso parzialmente difforme, MILITELLO Vincenzo (2002), *L'infedeltà patrimoniale (articolo 2634)*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di GIARDA Angelo e SEMINARA Sergio, Padova, CEDAM, 484, osserva che «il richiamo al conflitto di interessi ha solo una portata selettiva della materia del divieto, ma non esaurisce certo gli elementi tipici dell'offesa, orientati invece nel complesso ad una tutela essenzialmente patrimoniale». Afferma, invece, FOFFANI Luigi (2002), *Le infedeltà*, in *Il nuovo diritto penale delle società* a cura di ALESSANDRI Alberto, Milano, IPSOA, 352 che «il presupposto conflittuale è proprio quello che conferisce l'essenziale momento di disvalore alla condotta tipica», descritta in termini estremamente ampi come il fatto di compiere o concorrere a deliberare atti di disposizione dei beni sociali, dai quali sia derivato un danno patrimoniale alla società.

⁸¹⁵ Perché, infatti, un amministratore dovrebbe divulgare i propri interessi, se è proprio la prova della loro preesistenza ad un'operazione rivelatasi dannosa alla società che potrebbe condurlo ad un'incriminazione per infedeltà patrimoniale? Il pensiero corre, evidentemente, non tanto all'ipotesi in cui l'amministratore taccia l'esistenza di una situazione di conflitto di interessi, quanto, piuttosto, a quella in cui la presenza di un conflitto venisse rivelata al consiglio di amministrazione, che decidesse comunque di procedere, con esiti pregiudizievoli per la società; la possibilità di sanzionare penalmente la condotta dell'amministratore infedele che partecipi alla deliberazione non sembra in tale ipotesi del tutto scontata. Se così fosse, però, la disciplina civilistica sarebbe destinata a non trovare applicazione, perché nessun amministratore effettuerebbe una comunicazione che potrebbe diventare per lui una autodenuncia, in grado di fondare la sua responsabilità penale, per escludere quella di natura civilistica. Si veda altresì la riflessione di ACQUAROLI Roberto (2004), *Alcune osservazioni sul reato di infedeltà patrimoniale alla luce del nuovo diritto societario*, in *La riforma dei reati societari, Atti del seminario, Macerata, 21 marzo 2003*, a cura di PIERGALLINI Carlo, Milano, Giuffrè, 178. Si tenga poi conto che questa osservazione, molto realistica, se compiuta prima che all'orizzonte si profilasse un'incriminazione per omessa comunicazione del conflitto di interessi, mantiene comunque la propria validità, attesa la portata limitata di tale nuova disposizione penale.

⁸¹⁶ MINERVINI Gustavo (2006), *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2, 151. L'Autore giunge, persino, a interrogarsi circa l'eventuale abrogazione tacita dell'articolo 2634 del codice civile in conseguenza dell'introduzione del nuovo testo dell'articolo 2391

hanno compiuto alcun tentativo di coordinare la normativa, che andavano creando, con l'articolo 2634 del codice civile, poc'anzi varato, e anzi, con ogni probabilità, non ne hanno, volutamente e a ragione, tenuto alcun conto. È stato, d'altro canto, altresì, osservato⁸¹⁷, che il conflitto di interessi potrebbe ritagliarsi una funzione rilevante in una fattispecie di reato di danno al patrimonio sociale, solo se lo si riconoscesse quale ulteriore filtro per la punibilità delle condotte dannose, nel senso di consentire la punizione di comportamenti dannosi, solo nella misura in cui essi siano connessi a una esplicita situazione di conflitto, già tipizzato in sede extrapenale, ovvero espressamente disciplinato dalla normativa civilistica. Quest'ultima, tuttavia, è lungi dal disciplinare, come visto, tipi e modelli di conflitti d'interessi, dei quali rilevi, cioè, soprattutto il dato formale.

Ne consegue che non vi è, al presente, alcun modo di ridurre né di individuare a priori quale sia il conflitto d'interessi penalmente rilevante. Si tratta, infatti, di un conflitto di interessi di carattere sostanziale⁸¹⁸, circa il quale la giurisprudenza di legittimità ha, come detto, già avuto modo di pronunciarsi per chiarire i rapporti che intercorrono tra la fattispecie di infedeltà patrimoniale e quella di appropriazione indebita.

3.2. I soggetti attivi.

Limitate problematiche ha suscitato la scelta di individuare quali soggetti attivi gli amministratori, i direttori generali e liquidatori, introducendo così un reato proprio.

c.c., per incompatibilità della precedente normativa con la nuova, segnalando la singolarità della situazione, che vede due decreti legislativi figli di una stessa legge di delega (la legge 3 ottobre 2001 n. 366) dettare precetti difformi e sostanzialmente inconciliabili. Conclude, tuttavia, con una non troppo velata nota polemica, sull'inutilità dell'approfondire un simile interrogativo, constatato che la normativa penale in discorso è sostanzialmente inapplicabile.

⁸¹⁷ MEZZETTI Enrico (2004) *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario. Spunti critici su ratio dell'incriminazione e bene giuridico tutelato*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 1, 225.

⁸¹⁸ Distinzioni terminologiche e concettuali proprie di ROMANO Mario (1967), *Profili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di S.p.A.*, *Raccolta studi di diritto Penale*, Milano, Mulca Paucis, 90 e seguenti.

Come chiarisce il confronto comparatistico⁸¹⁹, l'opzione di riferire il raggio operativo dell'incriminazione esclusivamente ai soggetti collocati in posizione apicale nell'organigramma societario rende la fattispecie in esame affine alla versione francese⁸²⁰ e spagnola⁸²¹, mentre al contempo la differenzia rispetto al modello offerto dalla figura tedesca dell'*Untreue*⁸²², inserita nell'alveo dei delitti comuni contro il patrimonio⁸²³.

È, dunque, opportuno dare conto di quali siano i soggetti attivi considerati dalla disposizione di cui all'articolo 2634 del codice civile, in quanto reato proprio. Si tratta, chiaramente, di figure previste e disciplinate dal diritto commerciale e, in particolare, spicca la figura dell'amministratore, ovvero di un soggetto legato da un rapporto organico con la società e dotato di diretti e concreti poteri di gestione ed organizzazione dell'attività economica⁸²⁴.

In secondo luogo, viene in rilievo la qualifica di direttore generale, da riferire a soggetti titolari di un rapporto d'impiego⁸²⁵ con la società, rapporto in virtù del quale sono loro attribuiti poteri di direzione e controllo, non solo su singoli uffici, reparti o stabilimenti, ma sull'intera impresa⁸²⁶, essendo posti

⁸¹⁹ Cfr, *infra*. Per un'analisi comparatistica su questo specifico punto si rinvia, intanto, a MEZZETTI Enrico (2004) *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario. Spunti critici su ratio dell'incriminazione e bene giuridico tutelato*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 1, 193 e seguenti.

⁸²⁰ Si fa riferimento all'"*abus des biens, du crédit, des pouvoirs ou des voix*".

⁸²¹ Si tratta del reato di "*administración desleal*", contenuto nel codice penale del 1995 nell'ambito dei "*delitos societarios*" (articolo 295).

⁸²² Una traduzione è proposta da FOFFANI Luigi (1994), in *Il codice penale tedesco*, a cura di VINCIGUERRA Sergio, Padova, 259.

⁸²³ Per la tesi secondo la quale il legislatore italiano abbia adottato una soluzione "autoctona", MACCARI Anna Lisa (2002), *Infedeltà patrimoniale*, in *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, a cura di GIUNTA Fausto, Giappichelli, Torino, 154. A tal riguardo auspica che la soluzione accolta dal legislatore italiano nel 2002 sia destinata a rivelarsi il primo significativo passo verso l'inserimento nel codice penale di un reato di infedeltà nei rapporti patrimoniali comuni, rapporti nel cui ambito possono essere rintracciate esigenze di tutela, anche da un punto di vista sociologico, omologhe rispetto allo specifico settore societario CRISTIANI Antonio (2003), *Commentario di Diritto penale delle società e del credito*, Torino, Giappichelli, 164.

⁸²⁴ Per una completa ricostruzione della figura non si può trascurare un riferimento all'articolo 223 *septies* delle disposizioni transitorie del codice civile, norma che crea un'equiparazione tra il modello di amministrazione tradizionale e i nuovi modelli accolti nel nostro ordinamento grazie alla recente riforma del diritto societario sostanziale di cui al d.lgs. 6/2003.

⁸²⁵ Per un richiamo all'articolo 2105 del codice civile, implicante uno specifico obbligo di fedeltà, si veda SCHIAVANO Giovanni (2004), *Riflessioni sull'infedeltà patrimoniale societaria*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 818.

⁸²⁶ Sulle funzioni dei direttori generali, si analizzi, tra gli altri, BORGIOLO Alessandro (1975), *I*

al vertice della piramide organizzativa aziendale⁸²⁷.

Alla fase straordinaria di scioglimento della società va, invece, riconnesso il ruolo dei liquidatori.

Come può agevolmente notarsi, ciò che accomuna tali categorie di soggetti attivi è la possibilità di avere, nelle diverse fasi della vita societaria, una diretta ed autonoma gestione del patrimonio della società. Come è stato, però, acutamente osservato la strumentalizzazione della qualifica soggettiva non sembra costituire, ad avviso del legislatore, un *surplus* di disvalore, secondo quanto appare dal confronto con le cornici edittali di pena previste per l'appropriazione indebita, se non per la fissazione del minimo edittale di pena dei sei mesi⁸²⁸.

Per altro verso, va rilevato che la fattispecie dell'articolo 2634 del codice civile si applica esclusivamente alle società commerciali, ragion per cui esulano dall'ambito applicativo della disposizione non solo le società semplici, che non esercitano impresa commerciale, gli enti *non profit*, le Onlus, ma soprattutto enti strettamente connessi alla gestione di ricchezza, quali le fondazioni⁸²⁹ e le società tra professionisti, che è dubbio rientrino a pieno titolo nella categoria delle società in nome collettivo.

Si tratta di una «chiara “angustia” applicativa, che depotenzia il modello d'incriminazione delineato nel 2002»⁸³⁰.

direttori generali di società per azioni, Milano, Giuffrè.

⁸²⁷ Va inoltre aggiunto che tale figura trova la sua disciplina, per i profili attinenti alla responsabilità, nell'articolo 2396 del codice civile, norma che trova applicazione ben al di là della specifica *sedes materiae* in cui è inserita, in quanto è riferibile alla realtà delle società commerciali in genere.

⁸²⁸ MEZZETTI Enrico (2008), *Infedeltà patrimoniale*, in AMBROSETTI Enrico Mario, MEZZETTI Enrico, RONCO Mauro, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, Zanichelli, 176.

⁸²⁹ Incluse, dunque, anche le fondazioni bancarie.

⁸³⁰ Si veda MEZZETTI Enrico (2004) *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario. Spunti critici su ratio dell'incriminazione e bene giuridico tutelato*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 1, 216 e MEZZETTI Enrico (2008), *Infedeltà patrimoniale*, in AMBROSETTI Enrico Mario, MEZZETTI Enrico, RONCO Mauro, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, Zanichelli, 174-175; nonché ZANNOTTI Roberto (2006), *Il nuovo diritto penale dell'economia*, Milano, Giuffrè, 259.

3.3. La complessità dell'elemento soggettivo.

Le componenti soggettive dell'incriminazione risultano, come accennato, da una duplicità di elementi richiesti, evidentemente volta ad irrobustire i profili di offensività: nella costruzione della condotta si incontra dapprima un dolo specifico, di ingiusto profitto o altro vantaggio, e quindi un dolo qualificato in termini di intenzione nella causazione dell'evento⁸³¹.

La proiezione teleologica della condotta, in realtà, nulla aggiunge a quanto la fattispecie incriminatrice già richiederebbe sulla base di un semplice dolo generico. Il dolo specifico, autonomamente previsto, semmai, mira a soddisfare la medesima esigenza già posta a base della tipizzazione della situazione di conflitto di interessi come presupposto della condotta⁸³², dal momento che, se consistente nella finalità di perseguire un ingiusto profitto, esso colora la condotta di venature finalistiche che conducono teleologicamente all'ingiusto arricchimento del soggetto⁸³³.

Si è anche notato, d'altro canto, che il riferimento alla finalità di perseguire anche un non meglio identificato altro vantaggio comporta una parificazione tra la condotta sorretta da una finalità di arricchimento patrimoniale e quella orientata a scopi di altro genere, perché un vantaggio può, ad esempio, consistere nel prestigio personale o in altre gratificazioni⁸³⁴. Tale parificazione incrinerebbe, così, il carattere esclusivamente patrimoniale dell'offesa al centro del reato, rivelando che, al di là del danno patrimoniale intenzionalmente cagionato alla società, il vero oggetto di tutela è il dovere

⁸³¹ MILITELLO Vincenzo (2002), *L'infedeltà patrimoniale (articolo 2634)*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di GIARDA Angelo e SEMINARA Sergio, Padova, CEDAM, 485.

⁸³² FOFFANI Luigi (2002), *Le infedeltà*, in *Il nuovo diritto penale delle società* a cura di ALESSANDRI Alberto, Milano, IPSOA, 355.

⁸³³ Si veda il contributo di MEZZETTI Enrico (2004) *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario. Spunti critici su ratio dell'incriminazione e bene giuridico tutelato*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 1, 226 e seguenti; nonché, più diffusamente, MASUCCI Massimiliano (2006), *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio nella disciplina penale dei gruppi di società*, Jovene, Napoli, 234 e seguenti..

⁸³⁴ In dottrina, FOFFANI Luigi (1997), *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, Giuffrè, 354, ritiene che l'adozione di una formula riferita anche al perseguimento di un «altro vantaggio» apra la strada anche alla considerazione di vantaggi di natura non patrimoniale.

oggettivo di correttezza⁸³⁵.

Il dolo intenzionale dell'infedeltà patrimoniale, infine, esclude dal campo di incriminazione atteggiamenti riportabili al dolo eventuale⁸³⁶, ma anche a quello diretto. Ne esulano, quindi, tutte le attività a elevato o anche sproporzionato rischio d'impresa ed anche le ipotesi in cui l'evento dannoso sia rappresentato come di sicura verifica, ma non assurga tuttavia a obiettivo della condotta.

Pertanto, comportamenti attuati, pur con la piena consapevolezza dell'impossibilità di un qualche teorico vantaggio per la società, non rientrano nell'area d'applicazione della disposizione⁸³⁷, ciò che di fatto condanna la fattispecie in esame alla disapplicazione, salvo il caso, improbabile, di amministratori che, prima ancora di pensare al proprio profitto, programmino e attuino una politica intenzionalmente dannosa per la società gestita. Si dovrebbe trattare di veri e propri sabotatori.

⁸³⁵ MILITELLO Vincenzo (2002), *L'infedeltà patrimoniale (articolo 2634)*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di GIARDA Angelo e SEMINARA Sergio, Padova, CEDAM, 486. MEZZETTI Enrico (2004) *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario. Spunti critici su ratio dell'incriminazione e bene giuridico tutelato*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 1, 227 ha evidenziato come il riferimento ad altro vantaggio qualificato «la tensione finalistica della condotta come 'appropriazione di utilità', rendendo più esangue il riferimento all'offesa al patrimonio sociale».

⁸³⁶ Secondo l'efficace espressione di MEZZETTI Enrico (2004) *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario. Spunti critici su ratio dell'incriminazione e bene giuridico tutelato*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 1, 228. Di diverso avviso è viceversa MILITELLO Vincenzo (2002), *L'infedeltà patrimoniale (articolo 2634)*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di GIARDA Angelo e SEMINARA Sergio, Padova, CEDAM, 487 il quale evidenzia come non sia tecnicamente riuscita «l'operazione di sbarrare la strada al dolo eventuale». Molto critico sulla «singolare combinazione di dolo specifico e dolo intenzionale» si mostra, ad ogni modo, FOFANI Luigi (1997), *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, Giuffrè, 354. Ne parla come di una previsione «eccessivamente ristretta» e foriera di consistenti difficoltà anche a livello probatorio SCOPINARO Lucia (2003), *Infedeltà*, in *Diritto penale delle società*, vol. 5, *Trattato teorico pratico delle società*, a cura di SCHIANO DI PEPE Giorgio, Milano, IPSOA, II edizione, 309.

⁸³⁷ In questo senso, esprimono le proprie perplessità MUSCO Enzo (2004), *I nuovi reati societari*, seconda edizione, Milano, Giuffrè, 220; ZANNOTTI Roberto (2006), *Il nuovo diritto penale dell'economia*, Milano, Giuffrè, 268; e MEZZETTI Enrico (2008), *Infedeltà patrimoniale*, in AMBROSETTI Enrico Mario, MEZZETTI Enrico, RONCO Mauro, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, Zanichelli, 178, nonché ancora MEZZETTI Enrico (2004), *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario. Spunti critici su ratio dell'incriminazione e bene giuridico tutelato*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 1, 227. Si confronti, inoltre, quanto qui evidenziato con le riflessioni in tema di *abus de biens*.

3.4. La perseguibilità a querela.

Per considerazione pressoché unanime, il reato di infedeltà patrimoniale si pone il proposito di tutelare l'integrità del patrimonio sociale⁸³⁸ contro gli atti di disposizione compiuti da soggetti qualificati che, agendo a vantaggio proprio, cagionino danni patrimoniali all'ente amministrato⁸³⁹.

L'aspetto del bene giuridico protetto è intrinsecamente connesso alla tematica del regime di procedibilità del reato in parola, espressamente stabilita al quarto comma della disposizione. La fattispecie di infedeltà patrimoniale⁸⁴⁰ è, infatti, perseguibile a querela della persona offesa.

In realtà, l'originaria formulazione prevedeva una perseguibilità a querela gestita da un curatore speciale, previa delibera dell'assemblea, o devoluta ai terzi danneggiati, nel caso contemplato dal comma 2 dell'articolo 2634 del codice civile. Successivamente, è prevalso l'impiego della tradizionale formula della querela della persona offesa, probabilmente per non pretermettere i diritti dei creditori e dei soci di minoranza⁸⁴¹, ma in tal modo, si è detto⁸⁴², offuscando il preciso riferimento alla tutela del patrimonio sociale e rendendo meno coerente il dettato della disposizione rispetto alla sua esplicita oggettività di tutela.

⁸³⁸ Per una definizione di patrimonio sociale che tenga conto del rapporto con il diverso concetto di capitale sociale, si vedano le interessanti osservazioni di AMATI Enrico (2005), *Le singole fattispecie, Infedeltà patrimoniale*, in *Reati societari*, a cura di ROSSI Alessandra, Torino, 402-403. Per una considerazione di ordine generale, si veda FIORELLA Antonio (2001), *I principi generali del diritto penale dell'impresa*, in *Il diritto penale dell'impresa*, a cura di CONTI Luigi, Padova, 24, secondo il quale una disciplina posta a tutela di mere funzioni, ossia sganciata da un riferimento tangibile ai profili dell'offesa al patrimonio, rischia di "far slittare, consapevolmente o meno, il diritto penale verso la tutela della mera infedeltà".

⁸³⁹ Per una diversa ricostruzione, con notevoli implicazioni anche in ordine alle problematiche di cui si parlerà successivamente nel testo, si legga DI AMATO Antonio (2003), *Diritto penale dell'impresa*, Milano, 179. Secondo questo Autore «il patrimonio della società non è protetto come valore in sé, bensì in funzione diretta dell'interesse dei soci e dei creditori». Su posizioni simili SANDRELLI Gian Giacomo (2002), *Entra in scena la corruzione privata*, in *Guida al diritto*, 71.

⁸⁴⁰ Così come quella preveduta dalla disposizione immediatamente successiva, ovvero l'articolo 2635 c.c., che sanziona un'ipotesi di infedeltà a seguito di dazione o promessa.

⁸⁴¹ Ad avviso di MILITELLO Vincenzo (2002), *L'infedeltà patrimoniale (articolo 2634)*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di GIARDA Angelo e SEMINARA Sergio, Padova, CEDAM, 488, rendere l'assemblea libera di decidere sulla presentazione della querela poteva avere come conseguenza di lasciare indifese le minoranze che non partecipino agli accordi spartitori con gli amministratori.

⁸⁴² Così MEZZETTI Enrico (2004) *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario. Spunti critici su ratio dell'incriminazione e bene giuridico tutelato*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 1, 238.

Il primo problema, in realtà, è che, in effetti, già l'individuazione della persona offesa non si presenta agevole. Atteso che il bene tutelato coincide con il patrimonio sociale, dovrà ritenersi persona offesa la società stessa. I soci sarebbero invece da considerare quali danneggiati dal reato⁸⁴³.

Per ampliare, davvero, la cerchia dei soggetti legittimati all'esercizio della querela, il legislatore delegato avrebbe, quindi, dovuto riferirsi direttamente ai soci. Né l'ostacolo è superabile con l'osservazione che il danno cagionato al patrimonio della società si riverbera anche sui soci⁸⁴⁴: la figura del danneggiato non può essere confusa con quella della persona offesa⁸⁴⁵.

Vi è, quindi, da chiedersi quale organo della società sarà chiamato ad esercitare il diritto di querela in nome della società⁸⁴⁶. Poiché deve ritenersi che persona offesa, titolare del bene tutelato⁸⁴⁷, sia la società, il potere di proporre querela apparirebbe configurarsi in capo all'organo assembleare⁸⁴⁸, al quale anche in ambito civilistico spetta ogni decisione in ordine alla responsabilità degli altri soggetti titolari del potere sociale⁸⁴⁹.

In questo modo, tuttavia, si accentua l'incoerenza interna della fattispecie, insita nella scelta di orientare la tutela in chiave di protezione del patrimonio sociale, piuttosto che di salvaguardia del solo dovere di fedeltà degli

⁸⁴³ FONDAROLI Désirée (2005), *Introduzione ai delitti di infedeltà*, in *Reati societari*, a cura di ROSSI Alessandra, Torino, UTET Giuridica, 395. Parzialmente diversa è, invece, l'ipotesi di infedeltà dei patrimoni gestiti, specificamente disciplinata dal secondo comma dell'articolo 2634 del codice civile, in quanto volta a proteggere il patrimonio di terzi danneggiati, cui spetterà, conseguentemente, il diritto di querela. Tale ipotesi sembra, peraltro, costituire un reato proprio.

⁸⁴⁴ MILITELLO Vincenzo (2002), *L'infedeltà patrimoniale (articolo 2634)*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di GIARDA Angelo e SEMINARA Sergio, Padova, CEDAM, 489-490.

⁸⁴⁵ Vedremo peraltro che un problema analogo si presenta anche per il reato di cui all'articolo 295 del *codice penal* spagnolo, nonostante in quel caso il legislatore abbia provveduto diffusamente a disciplinare la perseguibilità.

⁸⁴⁶ FONDAROLI Désirée (2005), *Introduzione ai delitti di infedeltà*, in *Reati societari*, a cura di ROSSI Alessandra, Torino, UTET Giuridica, 394.

⁸⁴⁷ Esplicita e confronto i differenti concetti di danneggiato e persona offesa nel caso di specie ALDROVANDI Paolo (2002), *Art. 2634 Infedeltà patrimoniale*, in *I nuovi reati societari*, a cura di LANZI Alessio e CADOPPI Alberto, Padova, CEDAM, 145.

⁸⁴⁸ In senso difforme, ma per ragioni legate alle peculiarità del caso concreto nel quale emergeva la figura di un unico azionista, Cassazione penale, 16 giugno 2006, n. 37033, in *Soc.*, 2007, 1284 e seguenti. Si veda, poi, il caso esaminato da MALAVASI Marcello (2008), *I nuovi reati societari*, Torino, Utet, 186 e seguenti, nel quale viene considerato che "il danno, comunque, riguarda inevitabilmente anche i soci", sicché anche questi sono legittimati a presentare querela (sic).

⁸⁴⁹ Cfr. FONDAROLI Désirée (2005), *Introduzione ai delitti di infedeltà*, in *Reati societari*, a cura di ROSSI Alessandra, Torino, 395.

amministratori. È tale impostazione che, rendendo disponibile l'offesa del bene tutelato attraverso la procedibilità a querela da parte della sola maggioranza assembleare, rende ancora più equivoca la rubrica di infedeltà patrimoniale, che non spiega la mancanza dell'aspettativa dei soci di minoranza a che gli organi sociali proteggano il patrimonio dell'ente⁸⁵⁰.

La scelta di rinunciare alla procedibilità d'ufficio è, dunque, discutibile anche dal punto di vista politico criminale, perché, oltre a svilire l'interesse dei soci di minoranza, oltretutto creando un'irragionevole disparità di trattamento con i terzi titolari dei beni posseduti e amministrati dalla società ai sensi del comma secondo, rischia di piegare la fattispecie in esame a facile strumento di ricatto interno e di pressione nei confronti degli amministratori da parte del gruppo di comando⁸⁵¹.

L'opzione legislativa in tema di procedibilità ha, d'altro canto, anche conseguenze ulteriori, in quanto conduce all'impossibilità di orientare la tutela in chiave di salvaguardia del dovere di fedeltà e correttezza, che incombe sugli organi sociali e che per sua natura sarebbe funzionale alla protezione di interessi sia interni che esterni alla società⁸⁵². Il regime di perseguibilità a querela di parte è, peraltro, coerente con il quadro generale di forte "privatizzazione" che ha caratterizzato nel complesso la riforma del 2002⁸⁵³.

⁸⁵⁰ MILITELLO Vincenzo (2002), *L'infedeltà patrimoniale (articolo 2634)*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di GIARDA Angelo e SEMINARA Sergio, Padova, CEDAM, 482.

⁸⁵¹ MACCARI Anna Lisa (2002), *Infedeltà patrimoniale*, in *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, a cura di GIUNTA Fausto, Giappichelli, Torino, 166, la quale valorizza la funzione di selettore e di garanzia del regime di procedibilità a querela di parte. Si potrebbe addirittura pensare ad una previsione illegittima, e quindi da eliminare dal panorama normativo, per violazione degli articoli 3 e 47 della Costituzione, la quale costituisce un ineludibile parametro di riferimento per il legislatore ordinario secondo SCHIAVANO Giovanni (2004), *Riflessioni sull'infedeltà patrimoniale societaria (art. 2634 del codice civile)*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 837.

⁸⁵² SANTORIELLO Ciro (2003), *Il nuovo diritto penale delle società*, Torino, Utet, 253.

⁸⁵³ In questi termini FOFFANI Luigi (2002), *Le infedeltà*, in *Il nuovo diritto penale delle società* a cura di ALESSANDRI Alberto, Milano, IPSOA, 364. Si veda anche ALESSANDRI Alberto (2002), *La riforma dei reati societari: alcune considerazioni provvisorie*, in *in Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1015 e seguenti, secondo il quale traspare con tutta evidenza la volontà del legislatore di espellere i c.d. beni diffusi, ritenuti fonte di perenne incertezza, dall'area della tutela del nuovo diritto penale societario, trasformando così le patologie societarie in vicende di stampo prevalentemente patrimoniale e che in definitiva si risolvono nella dialettica autore-vittima nell'ambito di un conflitto

Va, comunque, segnalato che di recente, e seppure in modo non troppo convincente, con la sentenza del 16/06/2006, n. 37033, la Corte di Cassazione⁸⁵⁴ ha ammesso che anche il singolo socio sia titolare del diritto di querela. La decisione si fonda sulla constatazione, di per sé condivisibile, che «sarebbe davvero incomprensibile sostenere che, in fattispecie quale quella di cui all'articolo 2634 del codice civile, il diritto di querela spetti esclusivamente all'amministratore della società, legale rappresentante della stessa, quando proprio della sua infedeltà si deve discutere».

In realtà, non appare corretta la commistione, effettuata dalla citata sentenza, tra soggetto danneggiato e persona offesa. L'articolo 120 del codice penale è infatti estremamente chiaro nello stabilire che il diritto di querela è attribuito alla sola persona offesa. Orbene, tenuto conto che una società di capitali costituisce un'entità giuridica distinta dai soci che la compongono è evidente che il pregiudizio che questi ultimi subiscono, qualora lesa sia la società, è soltanto indiretto. Pertanto, non vi è modo, se non con una vistosa forzatura, di considerare anche i soci o addirittura ogni singolo socio, quale persona offesa.

Semmai, come osservato in dottrina⁸⁵⁵, occorre prendere atto che l'istituto della querela mal si presta, anzi, non si presta affatto, alla tutela di «interessi patrimoniali per loro natura collettivi»⁸⁵⁶.

interindividuale. Considerazioni analoghe in RAINONE Valeria (2006), *Il delitto di infedeltà patrimoniale tra modernità e post-modernità penalistica*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 446.

⁸⁵⁴ Cfr. *Riv. Penale*, 2007, 9, 950; si veda anche la nota di GIAVAZZI Stefania (2007), *Infedeltà patrimoniale e potere di querela*, in *Le Società*, 10, 1284-1289

⁸⁵⁵ ALESSANDRI Alberto (2002), *Il nuovo diritto penale delle società* a cura di ALESSANDRI Alberto, Milano, IPSOA, 196.

⁸⁵⁶ La citata posizione giurisprudenziale, peraltro, risulta confermata da un'altra, successiva, pronuncia della Corte di Cassazione, ovvero la sentenza della Cassazione penale, Sezione II, 25 febbraio 2009, n. 24824, la quale ha precisato che se il legislatore ha giustamente ritenuto che l'unico socio di una società a responsabilità limitata debba avere dei profili di responsabilità specifici e peculiari correlati alla sua posizione di *dominus* assoluto della società, è doveroso riconoscere all'unico azionista poteri specifici anche quando è necessario difendere la società da aggressioni altrui.

4. Le prime applicazioni nella giurisprudenza di legittimità.

Dal 2003 la Corte di Cassazione ha avuto in più di un'occasione⁸⁵⁷ modo di pronunciarsi sul tema dell'infedeltà patrimoniale.

Le motivazioni delle prime sentenze, che attestano gli sforzi della Suprema Corte di delimitare lo spazio applicativo del delitto in questione, evidenziano come le problematiche che hanno richiesto l'attenzione del giudice di legittimità siano state essenzialmente quelle che la dottrina si aspettava dall'introduzione della nuova fattispecie. Non senza l'emergere, tuttavia, di qualche interessante risvolto, che poteva scaturire solo dalla concreta applicazione delle norme, sempre più ricca di fattispecie concrete di quante mai il legislatore potrà prevedere.

In effetti, due sono stati i poli principali attorno ai quali si è sviluppata la riflessione sul nuovo delitto di infedeltà patrimoniale, ossia il rapporto tra infedeltà patrimoniale ed appropriazione indebita e la natura giuridica della causa di non punibilità⁸⁵⁸ di cui al comma 3 dell'articolo 2634; al tempo

⁸⁵⁷ Si segnalano, in particolare, Cassazione penale Sez. V, 24 aprile 2003 n. 23241 e Cassazione penale Sez. V, 18 novembre 2004 n. 10688, che affrontano la tematica dei vantaggi compensativi; Cassazione penale Sez. V, 5 giugno 2003 e Cassazione penale Sez. V del 29 gennaio 2007 n. 3248, che affrontano l'applicabilità della causa di non punibilità di cui al comma terzo dell'articolo 2634 del codice civile in ambito fallimentare; Cassazione penale Sez. I, 24 giugno 2004 n. 30546, la prima pronuncia a negare espressamente che sia intervenuta alcuna *abolitio criminis*; e Cassazione penale Sez. V del 9 novembre 2006 n. 37033, sulla presentazione della querela.

⁸⁵⁸ Questa espressione, volutamente generica, è mutuata dall'articolo 129 del codice di procedura penale. In realtà il tema dei vantaggi compensativi meriterebbe un'autonoma trattazione, dal momento che non solo si dibatte sul sovvertimento di *consecutio* logica (su tutti, significative le riflessioni di MUCCIARELLI Francesco (2002), *Il ruolo dei «vantaggi compensativi» nell'economia del delitto di infedeltà patrimoniale degli amministratori*, in *Giurisprudenza commerciale*, fascicolo 5, 630-634; SACCHI Roberto, *Conclusioni* all'articolo di MUCCIARELLI in *Giurisprudenza commerciale*, 2002, fascicolo 5, 634-639, ove peraltro si arriva ironicamente a parlare di "teoria dei vantaggi (che non si sa se siano) compensativi"; ACQUAROLI Roberto, *Alcune osservazioni sul reato di infedeltà patrimoniale alla luce del nuovo diritto societario*, in *La riforma dei reati societari, Atti del seminario, Macerata, 21 marzo 2003*, a cura di PIERGALLINI Carlo, Milano, Giuffrè, 2004, 165-196; MEZZETTI Enrico (2004), *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 1, 193-241; NAPOLEONI Valerio (2005), *Geometrie parallele e bagliori corruschi del diritto penale dei gruppi (banca rotta infragruppo, infedeltà patrimoniale e «vantaggi compensativi»)*, in *Cassazione penale*, fascicolo 12, 3795-3802) che ha visto compiersi all'interno di una fattispecie penale il riconoscimento legislativo di una teoria nata dall'analisi delle operazioni interne ai gruppi di società, e sviluppata, sul versante fisiologico ancor prima che patologico, dalla dottrina commercialistica (sul tema della compensazione i maggiori contributi si devono a MONTALENTI Paolo, di cui si segnalano: *Conflitto di interessi nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1995, 710 e seguenti e *Operazioni infragruppo e vantaggi compensativi: l'evoluzione giurisprudenziale*, *Nota a Cassazione civile Sez. I, 5 dicembre 1998*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1999, 2318 e seguenti). Il problematico inserimento, all'interno della disposizione sull'infedeltà patrimoniale, della previsione

stesso, tuttavia, è del pari emersa l'interessante questione riguardante l'applicabilità, quale causa di giustificazione, del bilanciamento con vantaggi compensativi, conseguiti o fondatamente prevedibili, anche al di fuori della sfera di applicazione della specifica disposizione di diritto penale societario. In tal caso, il nuovo delitto societario avrebbe infatti introdotto nell'ordinamento italiano una nuova scriminante, di cui ancora è incerta l'estensione.

Ciò è apparso con maggior rilievo in materia fallimentare, giacché proprio in sede di applicazione del novellato articolo 223 della legge fallimentare gli interpreti si sono posti il problema della disparità sanzionatoria che si avrebbe in caso di sussunzione di condotte infedeli nella previsione di cui al primo comma, che rinvia direttamente alla fattispecie di bancarotta fraudolenta, piuttosto che in quella di cui al secondo comma, la quale, stante l'espresso collegamento con l'articolo 2634 del codice civile, potrebbe

“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” ha prevedibilmente suscitato non solo difficoltà applicative (legate soprattutto al tempo cui circoscrivere il conseguimento dei vantaggi o la loro prevedibilità, oltre che all'individuazione del nesso causale tra l'operazione in conflitto di interessi e i successivi vantaggi compensativi), ma anche classificatorie. In effetti (come segnala anche NAPOLEONI Valerio (2005), *Geometrie parallele e bagliori corruschi del diritto penale dei gruppi (bancarotta infragruppo, infedeltà patrimoniale e «vantaggi compensativi»*), in *Cassazione penale*, fascicolo 12, 3796) non può non sollevare perplessità l'aver legato il vantaggio compensativo all'elemento psicologico (l'ingiustizia del profitto è infatti oggetto del dolo specifico dell'agente), anziché prevedere che esso vada ad elidere il presupposto della condotta, cioè il conflitto di interessi. La mancanza di dolo, per recuperare il significato della clausola contenuta nel comma 3 dell'articolo 2634 del codice civile, non può essere semplicemente considerata quale causa di giustificazione, dal momento che una scriminante escluderebbe l'illiceità del comportamento (e sarebbero inoltre applicabili tutte le disposizioni in materia di scriminanti, compresa la disciplina dell'errore sulla sussistenza di una causa di giustificazione, di cui all'articolo 59 del codice penale). In proposito, appare significativo che MEZZETTI Enrico, *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2004, fasc. 1, 232 e seguenti, parli di inizialmente di “causa di esenzione da responsabilità”, considerando poi che la previsione del comma terzo non possa essere ricondotta allo schema delle cause di giustificazione, bensì a un elemento negativo del dolo specifico. Sul punto, tuttavia, è da evidenziare come appaia del pari assurda una previsione che si limiti a prevedere che un delitto caratterizzato da dolo specifico non sia punibile in assenza del dolo specifico. In questo contesto si inserisce infine l'argomentazione contenuta in Cassazione penale Sez. V, 27 maggio 203 n. 23241, ove da un lato si afferma che il vantaggio compensativo presuppone un conflitto di interessi tra il soggetto agente e la società, dall'altro che esso non può andare oltre la sfera dell'infedeltà patrimoniale (in argomento v. LEMME Fabrizio, *Commento a Cassazione penale Sez. V, 27 maggio 2003, n. 23241*, in *Le Società*, 2005, fascicolo 6, 750-752 e GIOVANARDI Elisabetta, *Sull'impossibilità di estendere i «vantaggi compensativi» ai reati fallimentari*, in *Cassazione penale*, 2005, fascicolo 4, 1366-1373). Il punto della questione si riduce a questo: se il vantaggio compensativo esclude il dolo specifico dell'ingiusto profitto, la necessità del presupposto conflitto di interessi può indicare solo che il dolo specifico non può già costituire un “inutile doppione” del conflitto di interessi (secondo l'espressione di FOFFANI Luigi, *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, 1997, Milano, Giuffrè, 486), bensì un *quid pluris*.

comportare un'estensione della causa di non punibilità anche all'ipotesi di bancarotta⁸⁵⁹.

Per venire a quella che probabilmente si pone come la sentenza più rappresentativa sul tema, ovvero Cassazione penale, Sezione II, n. 10175/2005⁸⁶⁰, non può negarsi che essa offra spunti di riflessione particolarmente interessanti, ponendosi oltretutto nel solco di una serie di decisioni⁸⁶¹ con le quali la Suprema Corte aveva avuto modo di affrontare lo spinoso tema del rapporto di specialità intercorrente tra i reati di appropriazione indebita e infedeltà patrimoniale⁸⁶². L'esame delle

⁸⁵⁹ V. Cassazione penale Sez. V, 5 giugno 2003 n. 36629, Cassazione penale Sez. V, 24 aprile 2003 n. 23241 e Cassazione penale Sez. V, 29 gennaio 2007 n. 3248, che peraltro non esclude l'applicabilità in astratto delle cause di non punibilità, limitandosi a rigettare nel caso concreto; sempre sull'argomento, v. le riflessioni di LEMME Fabrizio (2005), *Commento a Cassazione penale Sez. V, 27 maggio 2003, n. 23241*, in *Le Società*, fascicolo 6, 750-752 e GIOVANARDI Elisabetta (2005), *Sull'impossibilità di estendere i «vantaggi compensativi» ai reati fallimentari*, in *Cassazione penale*, fascicolo 4, 1366-1373. Da ultimo, si veda SANDRELLI Gian Giacomo (2009), *Fallimento e vantaggi compensativi: due termini difficilmente compatibili. Commento a Cassazione Penale, sez. V, 22 ottobre 2008, n. 39564*, in *Il Fallimento*, 3, 313-323, che si sofferma altresì sulla «strettissima contiguità» tra lo schema normativo della bancarotta societaria e la bancarotta fraudolenta per distrazione. La recente sentenza della Cassazione penale, Sezione V, 15 aprile 2009, n. 21466, conferma la predetta impostazione, statuendo che l'introduzione nel nostro ordinamento dell'articolo 2634 del codice civile, comma 3, non permette di affermare (come, invece, sembra presupporre il ricorrente) che la presenza di un gruppo societario legittimi per ciò solo qualsiasi condotta d'asservimento all'interesse della partecipe al novero del gruppo.

⁸⁶⁰ La sentenza è altresì riassunta in *Le Società*, 2006, 448; v. anche LOMBARDO Margherita (2006), *Commento a Cassazione penale Sez. II, 10 novembre 2005, n. 10175*, in *Giurisprudenza Italiana*, fascicolo luglio, 1480-1482; si segnalano inoltre il commento di CALÒ Raffaella (2006), *Infedeltà patrimoniale e appropriazione indebita: un problema di delimitazione reciproca*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1072-1096, nonché MARINI Consuelo (2006), *Il rapporto tra appropriazione indebita e infedeltà patrimoniale*, in *Le Società*, 1546-1556 ed ancora, infine, da PIOVESAN Enrica (2007), *Orientamenti giurisprudenziali della corte di cassazione in materia di infedeltà patrimoniale. Problemi e soluzioni prospettate sul tema della specialità reciproca con l'appropriazione indebita*, in *Dialoghi, CEDAM*, 137-167, di cui è ampiamente debitore il presente paragrafo.

⁸⁶¹ Si vedano, in particolare, Cassazione penale Sez. V, 27 maggio 2003 n. 23241; Cassazione penale Sez. V, 7 ottobre 2003 n. 38110, anche con il commento di TROYER Luca (2004), *L'infedeltà patrimoniale al vaglio della giurisprudenza*, in *Rivista dei dottori commercialisti*, 1, 162-164; Cassazione penale Sez. I, 24 giugno 2004 n. 30546; Cassazione penale Sez. II, 26 ottobre 2005 n. 10175; Cassazione penale Sez. II, 10 novembre 2005 n. 40921.

⁸⁶² Nelle motivazioni di queste sentenze, susseguitesi in un arco di tempo piuttosto breve e immediatamente successivo all'entrata in vigore della disposizione che introduce il delitto di infedeltà patrimoniale nel nostro ordinamento, è possibile notare in controluce la preoccupazione di dover gestire l'ingresso di tale nuova fattispecie dalle conseguenze potenzialmente deflagranti, quasi considerando come una sorta di Santa Barbara la giurisprudenza consolidatasi nel corso degli anni attorno all'applicazione del reato di appropriazione indebita per colpire illegittime condotte di gestione sociale. Quello che sembra essere trascurato, almeno in apparenza, è invece il ruolo svolto dalla dottrina che, in parallelo alle costruzioni giurisprudenziali sull'appropriazione indebita, contribuiva, negli ultimi cinquant'anni, a costruire una fattispecie di infedeltà patrimoniale che dunque, ed è un dato da non trascurare, era presente nelle riflessioni dei penalisti prima ancora della sua introduzione a livello normativo. In proposito vere e proprie pietre miliari sono rappresentate da NUVOLONE Pietro (1941), *L'infedeltà patrimoniale nel diritto penale*, Milano, Giuffrè; PEDRAZZI Cesare (1953), *Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori*, Milano, Antonino

motivazioni di questa pronuncia fornisce una rappresentazione dello stato dell'arte sulla questione, che coinvolge i concetti di *abolitio criminis*, successione di norme nel tempo, conflitto apparente tra norme e rapporti di specialità.

In effetti, le questioni sottoposte all'attenzione della Corte di Cassazione traevano principalmente origine dalla possibilità di configurare, con l'ingresso nell'ordinamento penale della nuova fattispecie di cui all'articolo 2634 del codice civile, un'ipotesi di *abolitio criminis* parziale. Contro una siffatta interpretazione, e soprattutto le sue probabili, destabilizzanti, conseguenze applicative, il giudice di legittimità ha nettamente preso posizione⁸⁶³, escludendo la configurabilità di qualsivoglia area di abrogazione e, anzi, argomentando circa i rapporti di specialità reciproca tra la nuova fattispecie di infedeltà patrimoniale e quella di appropriazione indebita, che a lungo aveva supplito alla mancanza di una norma penale che sanzionasse il comportamento infedele degli amministratori.

Se pure le posizioni espresse dalla Suprema Corte possono quindi essere, almeno in parte, condivise⁸⁶⁴, in realtà non appaiono del tutto tacitate le

Giuffrè; ZUCCALÀ Giuseppe (1961), *L'infedeltà nel diritto penale*, Padova, CEDAM; MARINUCCI Giorgio e ROMANO Mario (1971), *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in *Il diritto penale delle società commerciali*, a cura di NUVOLONE, Milano, Giuffrè; FOFFANI Luigi (1997), *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, Giuffrè.

⁸⁶³ Si veda infatti, sul punto, Cassazione penale Sez. I, 24 giugno 2004 n. 30546: "L'affermazione è insostenibile, trattandosi di norme che, invece, operano su piani solo parzialmente coincidenti e si pongono semmai in rapporto di "specialità reciproca. [...] In ogni caso, non si vede come il preteso rapporto di specialità potrebbe supportare la tesi dell'"*abolitio criminis*" situandosi, secondo la stessa prospettazione del ricorrente, i fatti di appropriazione da lui commessi nell'"area di interferenza" delle due norme. Tale rilievo vale anche nell'ipotesi in cui si ritenga che il legislatore, nel disciplinare compiutamente "ex novo" la materia degli illeciti patrimoniali degli organi sociali, l'abbia sottratta alla generale disciplina dei reati contro il patrimonio, che pertanto in ambito societario non troverebbero (più) applicazione. Va detto, comunque, che tale opinione non trova alcun appiglio testuale né nella "ratio" normativa, non essendo sostenibile che si sia inteso esentare da sanzione gli amministratori, direttori generali e liquidatori per qualsiasi aggressione al patrimonio sociale non prevista dalla specifica normativa e - nei confronti di altri soggetti interni o esterni alla società - punibile secondo il diritto comune." Cassazione penale Sez. I, 24 giugno 2004 n. 30546.

⁸⁶⁴ Non solo o non tanto per la lucidità di analisi su questioni indubbiamente complesse, quanto soprattutto per i risvolti pratici delle decisioni. D'altro canto parte della dottrina aveva già da tempo espresso i propri timori circa una fattispecie penale, qual è l'infedeltà patrimoniale, talmente ricca di elementi strutturali, in omaggio al principio di tassatività, da limitarne quando non addirittura pregiudicarne l'applicabilità, con la conseguenza di un persistente ricorso alla fattispecie comune dell'appropriazione indebita; così CIPOLLA Pieluigi (2005), *Brevi note in tema di rapporti tra l'appropriazione indebita e il nuovo reato di infedeltà patrimoniale societaria (articolo 2634 del*

perplessità che gli interpreti hanno manifestato sin dal momento dell'introduzione della nuova fattispecie di infedeltà patrimoniale nello scenario del diritto penale italiano e in particolare per la sua collocazione tra i reati societari, proprio allorché si è scelto, in sede legislativa, di non seguire il modello tedesco dell'*Untreue*⁸⁶⁵ (che deve il suo successo in sede applicativa soprattutto agli apporti, negli anni, di dottrina e giurisprudenza⁸⁶⁶), per creare invece un presidio nello specifico campo del

codice civile), in *Cassazione Penale*, 468 e seguenti; peraltro in dottrina contesta siffatta impostazione ALDROVANDI Paolo (2007), *sub Articolo 2634 del codice civile*, in LANZI Alessio e CADOPPI Alberto, *I reati societari: commentario aggiornato alla legge 28 dicembre 2005 n. 262 sulla tutela del risparmio*, Padova, CEDAM, 207 e seguenti.

⁸⁶⁵ Nell'ordinamento tedesco la caratteristica di questa figura delittuosa è specificamente la protezione del patrimonio come tale e non delle cose mobili che lo compongono, come accade con l'appropriazione indebita. Pertanto, coincide con la truffa in quanto a oggetto della protezione, eppure si differenzia da questa perché non è richiesto l'inganno al titolare del patrimonio o a chi la rappresenta nell'atto di disposizione patrimoniale, dato che l'autore è precisamente quello che dispone in modo abusivo del patrimonio di colui che soffre il danno. In proposito v. l'ottima analisi di BACIGALUPO ZAPATER Enrique (1995), *La problemática de la administración desleal en el Derecho Penal español*, in *Hacia un derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann, 14-17 de octubre 1992*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 390.

⁸⁶⁶ Allo scopo di superare un vecchio dibattito dottrinario sull'essenza dell'*Untreue*, fra abuso di potere (*Mißbrauchstatbestand*) e violazione di un dovere di fedeltà (*Treubruchstatbestand*), l'attuale fattispecie prevista al §266 StGB ha incriminato entrambe le modalità di realizzazione del reato (cfr. SCHÜNEMANN Bernd, *Untreue*, in *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Großkommentar*, AA. VV., Berlin, 1998, 20, opera citata da MIEDICO Melissa, *I reati societari in Germania*, in *Il nuovo diritto penale delle società* a cura di ALESSANDRI Alberto, Milano, IPSOA, 2002, 542). È punito, infatti, «chiunque *abusa del potere* di disporre di un patrimonio altrui o di obbligare altri, conferitogli per legge, per ordine dell'autorità o per negozio giuridico, ovvero *viola l'obbligo* di curare interessi patrimoniali altrui, del quale è investito in forza di legge, di un ordine dell'autorità, di un negozio giuridico o di un rapporto di fedeltà, arrecando con ciò pregiudizio a colui del quale deve curare gli interessi patrimoniali» (traduzione di VINCIGUERRA Sergio & JESCHECK Hans-Heinrich, *Il Codice penale tedesco*, seconda edizione aggiornata, 2003, Padova, CEDAM, 266). La formula adottata dal legislatore si caratterizza, insomma, per una certa ampiezza. Nella teoria e nella pratica tedesche si considera che il testo del paragrafo 266 sia troppo ampio e che richieda un'interpretazione restrittiva (ancora BACIGALUPO ZAPATER Enrique, *La problemática de la administración desleal en el Derecho Penal español*, in *Hacia un derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann, 14-17 de octubre 1992*, Madrid, 1995, Boletín Oficial del Estado, 392). Ciononostante, se sotto certi aspetti, comunque, gli interpreti hanno tentato di limitarne l'applicabilità, richiedendo che l'obbligo di fedeltà debba sempre fondarsi su un rapporto giuridico, nel quale la cura dell'altrui interesse patrimoniale rappresenti l'oggetto principale, e non già secondario o meramente occasionale (RGH 14 dicembre 1934, in RGSt, 1936, 58, da FOFFANI Luigi (1997), *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, 1997, Milano, Giuffrè, 246), sotto altri invece non è stato posto un argine efficace alle possibilità di interpretazione estensiva. Così il soggetto passivo, che in generale nell'infedeltà dovrebbe identificarsi nel titolare della pretesa di fedeltà, è stato inteso in senso assai più ampio, al punto di "punire come *Untreue*, in campo societario, anche delle ipotesi come l'acquisto di azioni o quote proprie o la distribuzione di dividendi fittizi, ossia di fatti non tanto lesivi del patrimonio sociale - rispetto al quale, esclusivamente, può e deve costituirsi un obbligo di fedeltà degli amministratori - bensì lesivi, fondamentalmente, della garanzia dei terzi creditori rappresentata dall'integrità del capitale sociale" (FOFFANI Luigi (1997), *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, Giuffrè, 255). Per queste ragioni la fattispecie è oggi baluardo di tutela sia del patrimonio della società sia, indirettamente, anche dei soci e dei creditori. Per un'analisi delle soluzioni alle quali si è spinta la prassi applicativa v. l'interessante articolo di FOFFANI Luigi & NIETO MARTÍN Adán (2006), *Corporate Governance y administración*

diritto penale societario.

4.1. La portata innovativa dell'infedeltà patrimoniale.

Per settant'anni il nostro sistema penale ha, come *supra* evidenziato, presentato una lacuna, colmata dalla giurisprudenza, attraverso il ruolo di supplenza svolto dalle fattispecie di appropriazione indebita e peculato⁸⁶⁷, estese alle ipotesi di infedele amministrazione di patrimoni altrui⁸⁶⁸. È a questa consolidata interpretazione che va rapportato ogni tentativo di determinare lo spazio applicativo della fattispecie di cui all'articolo 2634 del codice civile.

In effetti, il proposito del legislatore della riforma dei reati societari, di introdurre una fattispecie di infedeltà patrimoniale destinata ad operare nello specifico campo societario, venne inizialmente accolto con favore, dal momento che era evidente come quel settore necessitasse di una tutela specifica, formulata in termini di infedeltà piuttosto che di appropriazione; al tempo stesso, riguardando una materia specifica, si riteneva che avrebbe più agevolmente potuto conformarsi alle esigenze di tassatività delle fattispecie penali.

Gli entusiasmi inizialmente espressi⁸⁶⁹ sono presto scemati allorché si è andati ad esaminare il contenuto della disposizione, dal momento che, lo si è detto, prevede una descrizione della condotta e dell'elemento soggettivo entro limiti talmente ristretti da pregiudicarne l'applicazione.

In secondo luogo, occorre tener conto che, per come è strutturata, la

desleal: casos y problemas de derecho comparado europeo, in *Revista penal*, n. 17, 110-141.

⁸⁶⁷ Quantomeno ove fosse possibile ravvisare una parvenza di natura pubblicistica dell'ente.

⁸⁶⁸ In proposito, offre un lucido quadro sintetico RAINONE Valeria (2006), *Il delitto di infedeltà patrimoniale tra modernità e post-modernità penalistica*, in *Banca borsa e titoli di credito*, fascicolo 4, 440-468 e in particolare la nota 3.

⁸⁶⁹ La nuova disposizione era stata apprezzata come il segno di un recepimento del principio di necessaria offensività; così SEMINARA Sergio (2004), *Considerazioni penalistiche sul disegno di legge in tema di tutela del risparmio*, in *Diritto penale e processo*, n. 4, 509. V. anche FOFFANI Luigi (2002), *Le infedeltà*, in *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di ALESSANDRI Alberto, Milano, IPSOA, 346 e seguenti, il quale riconosceva che «il legislatore italiano si è finalmente avviato a porre rimedio a gravi quanto ormai croniche lacune della tutela penale di settore, accogliendo istanze da lungo tempo formulate dalla dottrina».

fattispecie di cui all'articolo 2634 del codice civile recherebbe in sé la pretesa di costituire una sorta di appropriazione indebita specializzata, sicché sarebbe preclusa la possibilità di una nuova supplenza giurisprudenziale, in virtù del criterio di specialità nel concorso tra norme. In questo modo si viene a compiere un passo indietro, anziché un passo in avanti, nella tutela⁸⁷⁰.

Ecco dunque che, prima che il legislatore del 2005 prendesse atto che per estendere la tutela penale in campo societario era necessario concentrarsi sul conflitto di interessi e introducesse quindi il delitto di omessa comunicazione del conflitto di interessi⁸⁷¹, la giurisprudenza si assestava nel senso di continuare a riconoscere, pur nella specialità tra norme, un residuo ambito di applicazione per l'appropriazione indebita, l'ampiezza del quale è tuttora oggetto di discussione.

Venendo, dunque, ad affrontare la prima problematica connessa all'introduzione del nuovo delitto, si tratta di comprendere se esso abbia implicitamente comportato un'abrogazione, quantomeno parziale, della fattispecie di appropriazione indebita, per le condotte riconducibili all'ambito societario.

In caso di insanabile contrasto con una norma precedente, è in effetti configurabile un fenomeno di abrogazione implicita. O, meglio, nel caso in esame potrebbe trattarsi di un caso di deroga, dal momento che la nuova norma contrasta con la precedente non nel senso di farla venire meno in

⁸⁷⁰ Una tendenza dimostrata peraltro in generale dall'intera riforma del 2002 dei reati societari, la quale, prevedendo soprattutto fattispecie di danno, ha segnato «un arretramento del fronte che confina con la smobilitazione» (così PEDRAZZI Cesare (2002), Prefazione a *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di ALESSANDRI Alberto, Milano, IPSOA, pagina XX).

⁸⁷¹ Come si vedrà meglio in seguito, quella disciplinata all'articolo 2629-bis del codice civile, tuttavia, non è una fattispecie di applicazione generale, perché dal novero dei soggetti attivi del reato si vince che fa riferimento esclusivamente alla grande impresa (fatta forse eccezione per le piccole banche rurali). Dunque, l'estensione di tutela è limitata. Per giunta, l'opportunità di una simile introduzione è messa ulteriormente in discussione dal mancato collegamento con l'infedeltà patrimoniale, quasi che l'esistenza di un'altra fattispecie penale, destinata a punire condotte se non propriamente analoghe quantomeno difficilmente distinguibili nella pratica, costituisse una circostanza assolutamente trascurabile. Ne consegue che anche tra queste due fattispecie, la nuova e la nuovissima, sussiste una assai problematica specialità reciproca, risolvibile, forse, solo ragionando nel senso di una parziale abrogazione o di un'implicita deroga.

generale e in tutti i casi, ma nel senso di disciplinare in modo diverso solo determinati casi, che pure rientrerebbero nella previsione della prima.

Ragionando in questo modo, tuttavia, si rischia di perdere di vista la fondamentale differenza tra le due norme, dal momento la vera novità che la riforma ha comportato è stata quella di concepire una nuova forma di tutela penale, che si esprimesse in termini di infedeltà anziché di appropriazione.

Al tempo stesso è improprio parlare dell'infedeltà patrimoniale come di un'appropriazione indebita specializzata, atteso che è proprio nell'assenza del momento appropriativo che si concentra la principale differenza tra la condotta dell'una e dell'altra fattispecie.

In questo senso si pongono altresì quelle pronunce della Suprema Corte, che, come accennato, rilevano come non possa sussistere alcuna area di *abolitio criminis*, dal momento che sarebbe irragionevole ritenere non punibili in ambito societario comportamenti compiuti dai soggetti attivi dell'infedeltà patrimoniale, che rientrerebbero però, se compiuti da altri soggetti e/o al di fuori dell'ambito societario, nel campo di applicazione dell'appropriazione indebita.

4.2. Il rapporto con l'appropriazione indebita.

È appena il caso di tornare brevemente a soffermarci sul rapporto di specialità reciproca tra la fattispecie del 2634 del codice civile e quella del 646 del codice penale. Richiamate le due disposizioni e confrontati tutti i loro elementi tipici, rimane in effetti da svolgere qualche approfondimento, quanto mai d'uopo tra queste riflessioni.

La fondamentale domanda, che ritengo occorra porsi, è in che termini e fino a che punto l'appropriazione indebita realizzi un comportamento infedele. Partendo dal dato letterale, infatti, non si nota alcun accenno all'infedeltà, e men che meno a un conflitto di interessi. Tuttavia, anche senza allontanarsi molto dalla lettera della disposizione, non si può tralasciare come alcuni

autori⁸⁷² evidenzino come alla base dell'appropriazione indebita ci sia un rapporto di fiducia e che, pertanto, la caratteristica del delitto di appropriazione indebita consista nella violazione della fiducia che è insita nel rapporto da cui trae origine il possesso.

Anche se tale concezione è messa in dubbio dalla mancata previsione, nel codice del 1930, del requisito dell'affidamento⁸⁷³, non si può, in effetti, negare che vi sia un'affinità con la situazione tutelata dalla fattispecie di infedeltà patrimoniale, a monte della quale c'è proprio la scelta di affidare la gestione del patrimonio agli amministratori, perché ne usino nell'interesse della società. In definitiva, vi è un rapporto che nasce su basi di fiducia, ed è proprio questa a venire violata tutte le volte in cui gli amministratori considerano un interesse diverso da quello della società⁸⁷⁴, titolare del patrimonio gestito, o dei terzi che ad essa hanno affidato, a loro volta, i propri risparmi. Se si pone l'accento prevalentemente su questo punto, tuttavia, il rischio è quello di perdere completamente il filo dell'interpretazione, di non riuscire più a orientarsi tra le due fattispecie, con nefaste conseguenze in termini di applicazione, specialmente nelle ipotesi di fatti commessi prima dell'entrata in vigore della nuova norma penale.

Nelle sue pronunce la Corte di Cassazione dimostra di essere ben consapevole della questione, ammonendo che, con siffatti ragionamenti, si offrirebbero pericolosi appigli a chi sostiene che l'unica distinzione tra 646 del codice penale e 2634 del codice civile sia per gli ambiti di applicazione e dunque apra un vuoto⁸⁷⁵ di tutela in ambito societario ove, attorno a quel

⁸⁷² V. in particolar modo, sul tema, PETROCELLI Biagio (1933), *L'appropriazione indebita*, Napoli, Morano, 114 e seguenti e MANTOVANI Ferrando (1989), *Delitti contro il patrimonio*, Padova, CEDAM, 100.

⁸⁷³ Lo ricorda ANTOLISEI Francesco, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, a cura di CONTI Luigi (2002), XIV edizione integrata e aggiornata, 335 e seguenti. Questo Autore sostiene che non vi sia nessun vincolo di fiducia alla base dell'appropriazione indebita, essendo la relativa fattispecie pacificamente applicabile anche qualora tale vincolo non sussista affatto.

⁸⁷⁴ Non è un caso che la norma tedesca sull'*Untreue*, a lungo vista come un faro per l'introduzione di un'analogia fattispecie nell'ordinamento italiano, contenga espressamente una condotta consistente nella violazione dell'obbligo di fedeltà.

⁸⁷⁵ Da cui il conseguente *horror vacui*, che è stato al centro delle riflessioni della Suprema Corte.

piccolo scoglio rappresentato dall'infedeltà patrimoniale, terreno eroso dai troppi elementi che caratterizzano e specificano la fattispecie, rimane un immenso mare ove potrebbero nuotare tranquillamente gli squali che l'articolo 646 del codice penale non limiterebbe più⁸⁷⁶.

Lungi dal permettere la realizzazione di un simile scenario, la Suprema Corte si è, come visto, premurata di indicare i confini entro cui tuttora opera l'appropriazione indebita e, com'era ragionevole aspettarsi, almeno finché l'infedeltà patrimoniale si presenterà così come oggi appare irrimediabilmente essere, tali confini sono proprio a ridosso della nuova fattispecie. Non c'è, pertanto, spazio per alcuna *abolitio criminis*.

Rimane, semmai, da domandarsi come sia possibile conciliare il concetto stesso di appropriazione con un profitto tratto dalla gestione infedele, purché in assenza di conflitto di interessi, dal momento che proprio su tale posizione si attesta una precedente decisione della Sezione V della Corte di Cassazione⁸⁷⁷, espressamente richiamata dalle successive pronunce.

In effetti, se appare coerente la scelta di ritenere applicabile la fattispecie di infedeltà patrimoniale solo quando sia presente un conflitto di interessi, dal momento che è la disposizione stessa a prevederlo, mentre si può forse argomentare sui suoi caratteri di attualità, obiettiva valutabilità e necessaria riferibilità alla normativa civilistica in materia⁸⁷⁸, d'altro lato non è possibile

⁸⁷⁶ Nella propria analisi della disposizione di cui all'articolo 2634 del codice civile, ALDROVANDI Paolo (2007), *sub Art. 2634 del codice civile*, in LANZI Alessio e CADOPPI Alberto, *I reati societari: commentario aggiornato alla legge 28 dicembre 2005 n. 262 sulla tutela del risparmio*, Padova, CEDAM, 207 e seguenti, osserva come, in ossequio al criterio di specialità, si sia prodotta un'erosione dell'ambito applicativo della fattispecie di appropriazione indebita, permanendo solo il dubbio in ordine alla possibilità di "utilizzare" tale fattispecie a ipotesi di gestione abusiva non riconducibili alla disposizione sull'infedeltà patrimoniale.

⁸⁷⁷ Si tratta della sentenza del 23/6/2003 (dep. 7/10/2003), n. 38110, Sama; v. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Penale*, 2004, 656, con commento di MASUCCI Massimiliano, 885 e seguenti e MARTIELLO Gianfranco, in *Studium Iuris*, 2004, 400.

⁸⁷⁸ Il riferimento è alla disciplina di cui all'articolo 2391 del codice civile, che la sentenza in esame richiama. Si noti, tuttavia, che proprio tale disposizione prevede un obbligo di comunicazione per ogni interesse, non solo in conflitto. Se infatti un esplicito riferimento al conflitto di interessi era rinvenibile (qualche dubbio sulla portata di tale riferimento era peraltro sollevato: v. in proposito ANTOLISEI Francesco, *Manuale di Diritto Penale, Leggi complementari*, Volume I, *I reati societari, bancari, di lavoro e previdenza*, dodicesima edizione, 2002, Milano, Giuffrè, 261, questo Autore notava come il codice civile ne accennasse nella rubrica dell'articolo 2391, ma non lo definisse) nella vecchia norma civilistica, di cui al previgente articolo 2391 del codice civile, il nuovo testo

ravvisare un'appropriazione in qualsivoglia gestione infedele, sol perché vi difetti un preesistente conflitto di interessi. Ciò che significa, in ultimo ordine, che quand'anche fosse tagliato il nodo gordiano della specialità reciproca, rimarrebbero delle aree di gestione infedele non presidiate da alcuna norma penale⁸⁷⁹.

È, allora, necessario chiedersi se, dato lo stretto legame che accomuna le due norme, in uno scenario che vede la fattispecie comune arretrare il passo rispetto a un fronte dove finalmente sono giunte forze fresche, il nuovo delitto di cui all'articolo 2634 del codice civile abbia realmente, e in che misura, oltre alla collocazione, connotati di maggiore specificità rispetto all'appropriazione indebita.

dell'articolo 2391 del codice civile impone all'amministratore un obbligo di informazione assai più pregnante. Il maggior rigore di questa disciplina vuole sottolineare non solo che qualsiasi amministratore, gestore di un patrimonio altrui, non può approfittare della sua posizione per conseguire diretti o indiretti vantaggi, ma, soprattutto il valore della trasparenza nella gestione della società (cfr. GALGANO Francesco e GENGHINI Riccardo, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, 2004, Padova, CEDAM, vol. XXIX, 258-259). Si tratta di un profilo della riforma delle società che interferisce sulla disciplina dettata dalla fattispecie incriminatrice, di cui all'articolo 2634 del codice civile, sia sul piano dell'ambito di applicazione, sia riguardo all'interpretazione degli elementi costitutivi della fattispecie. V. meglio *infra*.

⁸⁷⁹ Nell'attesa che la Corte di Cassazione affronti i rapporti di specialità reciproca a loro volta intercorrenti tra infedeltà patrimoniale e la (ancor più) nuova fattispecie di omessa comunicazione del conflitto di interessi di cui all'articolo 2629-bis del codice civile. In effetti, in seguito alla riforma introdotta dalla legge 262 del 2005, l'infedeltà patrimoniale non è più l'unica fattispecie penale, annoverata nel codice civile tra i reati societari, a sanzionare le condotte infedeli dei gestori. In realtà, proprio in conseguenza di tale scelta legislativa, solo se si considera l'articolo 2629-bis come volto a disciplinare un particolare settore economico, in cui sia esclusa l'applicabilità dell'articolo 2634, si giunge a un risultato interpretativo soddisfacente. Non sarebbe viceversa ammissibile l'esistenza di un sistema in cui un amministratore, poniamo ad esempio di società per azioni quotata, solo per aver omesso di comunicare un interesse proprio, quando si sia verificato un danno alla società, venga punito più gravemente di un altro amministratore, anch'egli di società quotata, il quale, oltre a non aver comunicato il suo conflitto di interessi, abbia cagionato intenzionalmente un danno alla propria società, al fine di trarre un profitto ingiusto. Orbene, immaginiamo, per meglio comprendere l'assurdità della situazione che si verificherebbe, la possibile difesa del primo amministratore: egli potrebbe cioè confessare di aver intenzionalmente voluto danneggiare la società, preferendo un'imputazione *ex* articolo 2634, piuttosto che una *ex* articolo 2629-bis; anche perchè l'infedeltà patrimoniale è perseguibile a querela e non è poi così scontato che essa venga proposta. Peraltro si segnala come negli ultimi anni il legislatore si sia dimostrato decisamente propenso a favorire il verificarsi di simili, paradossali, situazioni, quando si tratti di coordinare il "nuovissimo" con il "nuovo". In proposito si può notare come una vera e propria sorta di "teatrino" sia configurabile rispetto all'infedeltà a seguito di dazione o promessa (2635 del codice civile), compiuta dai revisori contabili, come messo in evidenza dalle riflessioni di PALIERO Carlo Enrico (2006), *La riforma della riforma penale del risparmio: continuità e fratture nella politica criminale in materia economica*, in *Il corriere del merito*, n. 5, 619, ove l'Autore commenta l'articolo 174-ter del T.U.F., disposizione che non prevede, a differenza del 2635 del codice civile, né un documento, né la querela, pur comminando una sanzione più grave. Ecco allora aprirsi uno scenario in cui gli autori del reato "pietiscono le vittime la presentazione di una querela contro di loro" e i difensori "mobilitano prestigiosi colleghi peritali per dimostrare l'esistenza e la rilevanza del danno prodotto dal proprio assistito".

Di qui, naturalmente, tutta l'attenzione degli interpreti torna a concentrarsi, imprescindibilmente, sulla presenza di un conflitto di interessi, espressione che, in effetti, l'articolo 2634 del codice civile riporta, mentre non la contempla il 646 del codice penale. Entrambe le disposizioni, tuttavia, non si dimostrano sul punto esaustive. In tema di appropriazione indebita non si può, infatti, escludere che sia in conflitto con l'interesse del proprietario della cosa quello del detentore che se ne appropria; in tema di infedeltà patrimoniale, d'altro lato, non vi è alcuna specifica indicazione riguardo ai caratteri del conflitto di interessi in cui debba versare il gestore infedele, né che espliciti se il suo interesse debba essere economico, se debba preesistere e in che rapporto si ponga con l'ingiusto profitto o altro vantaggio.

Va, peraltro, segnalato che non è possibile affrontare la questione della specialità reciproca tra norme, senza richiamare l'attenzione anche su tutte quelle problematiche, che la giurisprudenza si è trovata già a dover affrontare, in quanto posta di fronte ad esse, ora dalle teorie sull'*abolitio criminis*, ora da tesi difensive che si concentravano sul danno o sulla perseguibilità a querela, propria dell'infedeltà patrimoniale⁸⁸⁰.

In effetti, si potevano fin dall'inizio contemplare suggestive riflessioni circa

⁸⁸⁰ Perseguibilità pertanto sottoposta, di fatto, a valutazione di opportunità, alla quale sarebbe peraltro tenuta l'assemblea, in quanto i singoli soci si presentano solo quali soggetti danneggiati dal reato e dunque non legittimati alla proposizione di querela, con i prevedibili problemi applicativi che ne conseguono, dal momento che la rinuncia alla procedibilità d'ufficio rappresenta una scelta politico-criminale destinata verosimilmente a neutralizzare in partenza le *chances* di applicazione pratica della fattispecie incriminatrice. Non solo: si accentua altresì l'incoerenza interna della fattispecie, insita nella scelta di orientare la tutela in chiave di protezione del patrimonio sociale, piuttosto che di salvaguardia del solo dovere di fedeltà degli amministratori. Tale impostazione, rendendo disponibile l'offesa del bene tutelato attraverso la procedibilità a querela da parte della sola maggioranza assembleare, rende ancora più equivoca la rubrica di infedeltà patrimoniale, che non spiega la mancanza dell'aspettativa dei soci di minoranza a che gli organi sociali proteggano il patrimonio dell'ente. In dottrina si segnalano, in tema di persona offesa dal reato di infedeltà patrimoniale e proposizione della querela, le riflessioni di MILITELLO Vincenzo (2002), *L'infedeltà patrimoniale (articolo 2634)*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di GIARDA Angelo e SEMINARA Sergio, Padova, CEDAM, 482; FOFFANI Luigi (2002), *Le infedeltà*, in *Il nuovo diritto penale delle società* a cura di ALESSANDRI Alberto, Milano, IPSOA, 363; MASULLO Maria Novella (2003), 2634, in *Le leggi penali d'udienza*, a cura di PADOVANI Tullio, Milano, Giuffrè, 1307; SEMINARA Sergio (2004), *Considerazioni penalistiche sul disegno di legge in tema di tutela del risparmio*, in *Diritto penale e processo*, n. 4, 503-511; FONDAROLI Désirée (2005), *Introduzione ai delitti di infedeltà*, in *Reati societari*, a cura di ROSSI Alessandra, Torino, UTET Giuridica, 394 e ss; RAINONE Valeria (2006), *Il delitto di infedeltà patrimoniale tra modernità e post-modernità penalistica*, in *Banca borsa e titoli di credito*, fascicolo 4, 450 e seguenti.

l'applicazione della fattispecie di infedeltà patrimoniale, che a fronte di una forte connotazione soggettiva prevedeva d'altro lato la perseguibilità a querela, quasi che, contando sulla mancata proposizione della querela⁸⁸¹, convenisse confessare l'esistenza di un conflitto di interessi e di un dolo specifico; calcolando anche, semmai, di scampare alla sanzione evidenziando la mancanza di qualche altro elemento del 2634, come l'intenzionalità del danno, per tacere della possibilità di illustrare la prevedibilità di qualche (più o meno verosimile) vantaggio compensativo in favore di un (anche quello più o meno verosimile) gruppo di società.

In ogni caso, la preoccupazione principale, specie in sede di esecuzione penale, era comunque chiarire fin dove si spingesse ancora l'articolo 646 del codice penale, se fosse ancora applicabile in materia societaria, se ancora una volta fosse necessario che svolgesse una funzione di supplenza in ambito societario.

Ebbene, la Corte di Cassazione ha avuto ben presto modo di confrontarsi con simili questioni⁸⁸² e il risultato è stato quello che si potrebbe ritenere il più razionale: dalle statuizioni della Suprema Corte si evince che la fattispecie comune non cede il passo al reato proprio, ciò che comporterebbe un arretramento del fronte, nei limiti in cui il reato proprio non è in grado di presidiare da solo il campo societario.

4.2.1. La specialità dell'infedeltà patrimoniale.

Quando però la Corte di Cassazione ha indicato la non applicabilità dell'articolo 2634 del codice civile, in mancanza delle condizioni di conflitto di interesse, ritenendo quindi la punibilità *ex* 646 del codice penale,

⁸⁸¹ Si consideri infatti che, nonostante anche la fattispecie di appropriazione indebita sia caratterizzata, in generale, dalla perseguibilità a querela, l'articolo 646 del codice penale, ultimo comma, prevede che si proceda d'ufficio nelle ipotesi indicate al numero 11 dell'articolo 61, ivi compreso, dunque, l'aver commesso il fatto con abuso d'autorità o di relazioni di ufficio o di prestazione d'opera.

⁸⁸² La Suprema Corte si è trovata investita della questione dell'ambito di applicazione dell'articolo 2634 in primo luogo con riguardo alla fattispecie di bancarotta di cui all'articolo 223 della legge fallimentare; v. in proposito Cassazione penale Sez. IV, 27 maggio 2003, n. 23241, che affronta il tema dell'estensione della disposizione relativa ai vantaggi compensativi al di fuori dell'ambito dei reati societari, con una soluzione che desta alcune perplessità.

ha compiuto uno sforzo interpretativo notevole per sfuggire alla specialità reciproca tra le due norme, indicando come soluzione la via della disciplina civilistica del conflitto di interessi.

Si tratta, quindi, di valutare in che misura le argomentazioni usate siano idonee a supportare una simile tesi. In proposito, è necessario concentrare l'attenzione su come si espliciti la condotta infedele. L'articolo 2634 del codice civile la descrive infatti piuttosto asetticamente, dal momento che sono puniti i gestori che «compiono o concorrono a deliberare atti di disposizione dei beni sociali⁸⁸³», affidando al conflitto di interessi, al dolo intenzionale e a quello specifico, oltre alla causazione di un danno patrimoniale, il ruolo di catalizzatori del disvalore.

Analogamente, da un'analisi comparatistica emerge come il ruolo del conflitto di interessi, quantunque esso sia ravvisabile all'interno delle varie fattispecie, non è essenzialmente quello di scriminare le condotte punibili; o meglio, se sicuramente esso apporta elementi valutativi di rilievo per comprendere (e delimitare) le ipotesi di infedeltà e di abuso, ciò nondimeno esso non è il fondamento su cui basare ogni distinzione. Lo dimostra la semplice considerazione che ciascun ordinamento ha adottato una diversa soluzione. Altrettanto innegabile è, però, il ruolo che rivestono dottrina e giurisprudenza, specie se consolidatesi nel corso di decenni di applicazione, com'è per Francia e Germania e com'è stato, in parte, per l'abrogata fattispecie di *estafa*.

Orbene, la tradizione italiana con ogni probabilità ed evidenza ruota proprio attorno al conflitto di interessi, tuttavia c'è da domandarsi quanto sia matura la riflessione sul tema. Non vi è infatti da dimenticare che le applicazioni pratiche della norma su cui si è concentrata la dottrina in tema di conflitto di

⁸⁸³ Peraltro, si ricorda, il comma 2 commina la stessa pena «se il fatto è commesso in relazione a beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi».

interessi sono state assolutamente marginali⁸⁸⁴. Ecco perché suscita perplessità la citata statuizione della Corte di Cassazione secondo cui, affinché possa trovare applicazione la fattispecie di infedeltà patrimoniale, il conflitto di interessi deve presentare delle specifiche connotazioni.

La finalità è forse lodevole (respingere le pretese di chi, invocando un conflitto di interessi in sede di esecuzione penale spera di sottrarsi a già pronunciate condanne per appropriazione indebita), tuttavia le argomentazioni a sostegno sono state troppo frettolose, né si può giustificare un mezzo in relazione ai suoi fini. La motivazione di una sentenza, insomma, serve ad illustrare il percorso logico attraverso il quale si è giunti alla soluzione adottata nel dispositivo, non a sorreggerla *ex post*⁸⁸⁵.

In questo caso, può forse anche sorgere qualche dubbio sulla reale capacità del riferimento al conflitto di interessi a limitare l'applicazione della fattispecie di infedeltà patrimoniale. Se infatti il conflitto di interessi deve, perché sia rilevante ai fini dell'articolo 2634, presentare dei caratteri che la Corte di Cassazione non sviscera a fondo, neanche l'interprete riesce ad attribuirvi maggiore chiarezza approfondendo la questione.

Come può, infatti, anche alla luce di quanto detto sinora, parlarsi di un conflitto di interessi di rilevanza civilistica? Si può forse pensare di trovarci in una situazione analoga a quella del legislatore del 1930 quando inserì nel codice penale la nozione di pubblico ufficiale, convinto che la dottrina amministrativistica avrebbe saputo fornire ogni necessario chiarimento in merito. La realtà è che in alcuni casi gli altri rami del diritto, cui il penalista si appella, non riescono a fornire la chiarezza sperata, proprio in quanto le varie branche del diritto non esistono in funzione di quello penale.

⁸⁸⁴ Il riferimento è, naturalmente, al previgente articolo 2631 del codice civile.

⁸⁸⁵ Non si può non ricordare, in proposito, la lucidità espositiva delle pagine di Piero CALAMANDREI nel suo *Elogio dei giudici scritto da un avvocato* (Le Monnier, Firenze, 1954).

4.3. Nuove conferme.

Un'interessante riflessione è, inoltre, compiuta in un'altra, più recente, pronuncia della Corte di cassazione⁸⁸⁶. In tale sentenza la Suprema Corte ha rigettato la tesi difensiva secondo cui non avrebbe potuto configurarsi il delitto di cui all'articolo 646 del codice penale, bensì, a tutto concedere, quello di infedeltà patrimoniale *ex* articolo 2634 del codice civile.

Tale motivo di ricorso era fondato proprio sulla ricostruzione che lo schema negoziale incriminato fosse *ab origine* preordinato all'asserito disegno criminoso del ricorrente: ciò che dimostrerebbe l'elemento caratterizzante della norma incriminatrice di cui all'articolo 2634 del codice civile, vale a dire quell'autonomo preesistente conflitto di interessi, che invece l'impugnata ordinanza⁸⁸⁷ aveva escluso. Che una simile prospettazione venga dalla difesa non deve certo apparire curioso, giacché è facile intuire quale fosse lo scopo del ricorso: sostenere la configurabilità di un delitto, che nella fattispecie non era procedibile per difetto di querela.

La soluzione del giudice di legittimità, che pure fa proprie le argomentazioni sostenute nelle precedenti pronunce, cui compie espresso rinvio, trova dunque un'ulteriore *impasse*, ovvero deve anche ricostruire la fattispecie negando la sussistenza di una situazione di conflitto di interesse che è lo stesso imputato a prospettare.

In tal senso viene, anzitutto, precisato che le norme incriminatrici dell'infedeltà patrimoniale e dell'appropriazione indebita sono fra loro in rapporto di specialità reciproca. «La prima tipizza la necessaria relazione tra un preesistente ed ancora attuale conflitto di interessi, obiettivamente valutabile, e le finalità di profitto o altro vantaggio dell'atto di disposizione, finalità che si qualificano in termini di ingiustizia per la proiezione soggettiva del preesistente conflitto. L'appropriazione indebita presenta

⁸⁸⁶ Cassazione penale, Sezione II, 3 giugno 2009, n. 26281.

⁸⁸⁷ Trattavasi di un'ordinanza del Tribunale del Riesame.

caratteri di specialità per la natura del bene (soltanto denaro o cosa mobile) che ne può essere oggetto e per l'irrilevanza del perseguimento di un semplice vantaggio anziché di un profitto. L'ambito di interferenza tra le due fattispecie è dato dalla comunanza dell'elemento costitutivo della *deminutio patrimonii* e dell'ingiusto profitto, ma esse differiscono per l'assenza, nell'appropriazione indebita, di un preesistente ed autonomo conflitto di interessi, che invece connota l'infedeltà patrimoniale».

Inoltre, viene puntualizzato che, a differenza dall'articolo 646 del codice penale, l'articolo 2634 del codice civile sanziona atti di disposizione di beni sociali che sarebbero in sé leciti «se non fossero posti in essere in situazione di conflitto di interessi tra la persona - amministratore, direttore generale, liquidatore - e la società, con danno patrimoniale per quest'ultima». La *ratio* dell'articolo 2634 del codice civile, risiede, infatti, nell'apprestare tutela penale rispetto a vaste aree di condotte di organi sociali di vertice che, sebbene potenzialmente dannose al pari, se non più, di azioni chiaramente appropriative, tuttavia restano estranee al raggio d'azione dell'articolo 646 del codice penale.

Orbene, nel caso di specie, erano state registrate una serie di operazioni, di acquisto e di vendita, che avevano creato delle plusvalenze, cui avevano però fatto seguito dei prelievi, effettuati a scopi personali dal ricorrente. Quest'ultimo, qualificato come amministratore di fatto, si sarebbe trovato in preesistente conflitto di interessi, proprio perché le sopra descritte operazioni di compravendita immobiliare erano state *ab initio* programmate al fine di consentire i prelievi finali.

La Corte ha escluso, tuttavia, l'esistenza di un conflitto di interessi, sulla scorta dell'osservazione che il nucleo essenziale del concetto di conflitto di interessi va individuato nell'esistenza, in capo a soggetti diversi, di legittimi interessi, meritevoli di tutela ai sensi dell'articolo 1322 del codice civile e, perciò, suscettibili di incontrarsi negozialmente fra loro producendo valide

posizioni attive e passive. Rispetto alla vicenda in esame, invece, se pure vi è stato abuso di posizione⁸⁸⁸, è mancato il soddisfacimento d'un legittimo interesse giuridicamente meritevole di tutela, atteso che quello del ricorrente era un interesse civilisticamente sprovvisto di protezione, oltre che penalmente illecito. Pertanto, non è ravvisabile un conflitto di interessi ai fini del delitto di cui all'articolo 2634 del codice civile⁸⁸⁹.

5. I rapporti tra infedeltà e bancarotta.

Un breve cenno merita anche la problematica dei rapporti tra la fattispecie di infedeltà patrimoniale e le ipotesi di bancarotta, con particolare riguardo alla disciplina contenuta all'articolo 223 della legge fallimentare.

In effetti, occorre tener conto, al di là delle riflessioni poc'anzi compiute sulla scarsa incisività del reato societario, come anche la cosiddetta bancarotta societaria rechi con sé alcune questioni applicative di non poco momento, le quali risultano per giunta acute in relazione a ipotesi che dovrebbero essere sanzionate, a monte, come infedeli⁸⁹⁰.

Ricordiamo, per completezza, che l'articolo 223, al numero 1) del secondo comma provvedeva a collegare il diritto penale societario a quello penal fallimentare, disponendo la trasfusione in bancarotta fraudolenta di una serie di “fatti” (*sic*) corrispondenti a determinati reati societari, naturalmente se seguiti dal fallimento della società.

Ora, se la disposizione, per com'era congegnata prima della riforma,

⁸⁸⁸ Elemento questo, ribadisce la Corte, comune tanto all'articolo 2634, quanto all'articolo 646 del codice penale, aggravato *ex* articolo 61 del codice penale, n. 11.

⁸⁸⁹ «che invece sarebbe stato configurabile se i finanziamenti, svantaggiosi per la società, nondimeno fossero stati comunque genuini perché risultanti dall'incontro negoziale di due autonomi ed astrattamente legittimi (ancorché potenzialmente conflittuali) interessi di cui erano portatori i soggetti in gioco: l'interesse del L.S. di fruire di finanziamenti da destinare a proprie attività, esterne a quelle delle società BETA, e l'interesse di queste ultime di trovare sbocchi di reinvestimento delle plusvalenze». Inoltre, l'ipotesi ermeneutica del ricorrente si risolve, in sostanza, nell'identificare il conflitto con le conseguenze stesse del negozio dispositivo e finisce con il far sempre confluire nell'infedeltà patrimoniale ogni appropriazione indebita qualificata dal ruolo ricoperto dal soggetto agente, il tutto in contrasto con l'ormai pacifica giurisprudenza innanzi richiamata.

⁸⁹⁰ Imprescindibile, sul punto, è l'apporto di NAPOLEONI Valerio (2009), *Le mariage qui a mal tourné: lo strano caso dell'infedeltà patrimoniale e della bancarotta da reato societario*, in *Cassazione penale*, 2009 fasc. 1, 294-314.

sembrava recare un qual certo grado di utilità, legando insieme due momenti della vita di impresa il cui il sistema sanzionatorio del diritto penale dell'economia deve apparire coeso, essa, d'altra parte, non sfuggiva ad alcune rilevanti censure. Si pensi, in effetti, al rispetto dei principi costituzionali di uguaglianza, offensività, colpevolezza e proporzionalità della pena, che verrebbero di fatto calpestati se la trasfusione in bancarotta avvenisse in virtù di una mera successione cronologica tra illecito societario e fallimento, a prescindere da ogni nesso causale e connotazione psicologica⁸⁹¹.

Il legislatore del 2002, quindi, la norma su due fronti distinti. Da un lato, ha richiesto un nesso eziologico e psicologico tra reato societario e dissesto della società. Dall'altro lato, selezionando gli illeciti di riferimento, ha adottato un criterio di tendenziale omogeneità tra reati societari e bancarotta, includendo nell'articolo 223 della legge fallimentare le sole fattispecie potenzialmente offensive degli interessi del ceto creditorio⁸⁹².

Nel caso dell'infedeltà patrimoniale, l'omogeneità di bene tutelato assume però una particolare portata. Infatti, l'atto di disposizione di beni sociali, intenzionalmente compiuto in danno della società per favorire interessi antagonisti, tende a confluire, in caso di fallimento, nell'alveo della fattispecie cardine della bancarotta fraudolenta per distrazione, intesa nel senso di ingiustificata destinazione del patrimonio ad una finalità diversa da

⁸⁹¹ Si tenga conto delle "impennate sanzionatorie" che ne derivano e che sembrano apparentemente prive d'ogni sostrato razionale. Si rinvia agli approfondimenti compiuti da BRICCHETTI Renato (2004), *La nuova fattispecie di bancarotta da illeciti societari*, in *La riforma del diritto societario, Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, n. 139, 945 e seguenti; CADOPPI Alberto (2007), *Commento all'articolo 4 d.lg. 11 aprile 2002, n. 61*, in *I nuovi reati societari*, in LANZI Alessio e CADOPPI Alberto, *I reati societari: commentario aggiornato alla legge 28 dicembre 2005 n. 262 sulla tutela del risparmio*, Padova, CEDAM, 372 e seguenti; MANGIONE Angelo (2002), *La bancarotta fraudolenta impropria*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di GIARDA Angelo e SEMINARA Sergio, Padova, CEDAM, 609 e seguenti; MANNA ADELMO (2003), *Dalla riforma dei reati societari alla progettata riforma dei reati fallimentari*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 707 e seguenti.

⁸⁹² Si noti, peraltro, che in questo modo l'odierna bancarotta da reato societario sembra porsi in rapporto di specialità rispetto alla bancarotta per causazione dolosa del fallimento.

quella che esso deve avere nell'impresa⁸⁹³.

Nell'ipotesi in cui l'infedeltà patrimoniale provochi il dissesto, dunque, al medesimo fatto sono astrattamente applicabili tre diverse figure criminose, tutte punite con la medesima pena: la bancarotta per distrazione *ex* 223 comma primo, per rinvio all'articolo 216, la bancarotta "da reato societario" di cui al numero 1) del comma secondo dell'articolo 223, e la bancarotta per causazione dolosa del fallimento, ai sensi del numero 2) del medesimo comma.

Come recentemente osservato⁸⁹⁴, si potrebbe trattare, in apparenza, di una situazione di «sovrabbondanza stucchevole ma "innocua"», giacché ci trova di fronte a un concorso apparente di norme, agevolmente risolubile nel senso dell'applicabilità della sola bancarotta "da reato societario", in quanto speciale, non solo rispetto alla causazione dolosa del fallimento, ma anche alla bancarotta fraudolenta patrimoniale.

In realtà, la questione si presenta maggiormente complessa, in quanto, a differenza delle ipotesi contemplate dal secondo comma dell'articolo 223 della legge fallimentare, la bancarotta fraudolenta patrimoniale prescinde dal collegamento causale tra la condotta e il dissesto.

Tale constatazione pone, conseguentemente, un'ulteriore questione⁸⁹⁵ circa la punibilità, o meno, dell'ipotesi in cui l'infedeltà patrimoniale non sia stata causa del dissesto.

Sembrerebbe, infatti, alquanto difficile sostenere che, una volta esclusa la bancarotta "da reato societario" il fatto sia punibile quale bancarotta fraudolenta per distrazione, giacché così ragionando il n. 1 dell'articolo 223, comma 2, della legge fallimentare sarebbe *tamquam non esset*. A ben vedere, però, emerge «il più allarmante sospetto che essa abbia, sì, una

⁸⁹³ Ovvero, più propriamente, di "sviamento" delle componenti di tale patrimonio dalla loro "naturale funzione di garanzia dei creditori".

⁸⁹⁴ NAPOLEONI Valerio (2009), *Le mariage qui a mal tourné: lo strano caso dell'infedeltà patrimoniale e della bancarotta da reato societario*, in *Cassazione penale*, 2009 fasc. 1, 297.

⁸⁹⁵ Oltre a far apparire meno che ragionevole l'uniformità delle pene edittali.

utilità, ma una utilità “in negativo”, tale da implicare il rovesciamento della sua funzione d'origine. La nuova bancarotta “da reato societario” non servirebbe più, cioè, ad ampliare il catalogo delle fattispecie integrative della bancarotta fraudolenta; ma varrebbe, viceversa, ad espungere da detto catalogo ipotesi che altrimenti vi rientrerebbero⁸⁹⁶»: gli illeciti societari a carattere distrattivo, che non siano stati causa del dissesto.

6. La pronuncia della Corte costituzionale: un'occasione perduta.

Rimane da affrontare un ultimo punto, di non lieve importanza. I profili di rilevanza dell'ordinanza n. 437 del 19 dicembre 2006 della Corte costituzionale vanno, infatti, ben oltre il duplice rilievo di inammissibilità della questione, trascendendo, al tempo stesso, la vicenda da cui il giudizio di legittimità ha tratto, nel caso particolare, origine.

Non stupisce, certo, che la norma di cui all'articolo 2634 del codice civile sia stata sottoposta al vaglio della Consulta dopo una breve vigenza, quanto piuttosto che ciò sia avvenuto invocando una sentenza additiva che ne ampliasse, ovviamente in *malam partem*, il novero dei soggetti attivi⁸⁹⁷.

⁸⁹⁶ NAPOLEONI Valerio (2009), *Le mariage qui a mal tourné: lo strano caso dell'infedeltà patrimoniale e della bancarotta da reato societario*, in *Cassazione penale*, 2009 fasc. 1, 298 e seguenti, il quale conclude il proprio intervento ricordando che «su tutta la discussione aleggia, peraltro, la sempre incombente prospettiva d'una generale revisione dei reati fallimentari. Ove si scartino le prospettive "abolizioniste", riconoscendo la *bonitas* dell'intuizione politico-criminale sottesa alla figura, si tratterebbe peraltro di trovare un ragionevole punto d'equilibrio tra il languore, in punto di offensività e colpevolezza, della previsione punitiva d'origine, e la vacuità d'una fattispecie "stracarica" di note di disvalore - ma pur sempre indifferenziata sul versante sanzionatorio - quale quella uscita dalla riforma del 2002. La bancarotta “da reato societario” ha, in effetti, un senso solo nei limiti in cui attui una tutela più avanzata - o, in alternativa, più energica - rispetto a quella offerta dalle figure base di bancarotta».

⁸⁹⁷ Il fatto che si tratti di un'ordinanza, che dichiara la manifesta inammissibilità, esprime il biasimo della Corte. In effetti, requisiti per l'emanazione dell'ordinanza di rimessione da parte del giudice *a quo* sono rilevanza e impossibilità di un'interpretazione adeguatrice. La rilevanza è inscindibilmente legata alla pregiudizialità della questione di legittimità costituzionale rispetto al giudizio *de quo*. Il difetto di rilevanza, poi, può essere relativo o assoluto; assoluto quando manchino del tutto l'incidentalità o l'attualità, relativo quando queste sussistano e cionondimeno nel caso concreto la decisione della Corte non sia in grado di incidere sul giudizio principale (RUGGERI Antonio e SPADARO Antonino, *Lineamenti di Giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2004, 179). In quest'ultimo caso si può anche parlare di mancata influenza della decisione della Corte, ma vi è chi rileva che comunque una rilevanza esisterebbe in relazione agli altri giudizi penali (Dogliani Mario, *Irrilevanza «necessaria» della quaestio relativa a norme penali di favore. Prima lettura della sentenza 85 del 1976*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1976; ONIDA Valerio, *Note su un dibattito in tema di «rilevanza» delle questioni di costituzionalità delle legge*, in *Giurisprudenza costituzionale*, III, 1978, 997-1021). Si vedano altresì i contributi di CERRI Augusto (2004), *Corso di giustizia*

Per capire da dove sia scaturita una simile esigenza sanzionatori, finora mai emersa, è opportuno trarre le mosse dalla fattispecie concreta, che ha visto il giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Forlì promuovere con ordinanza il giudizio di legittimità costituzionale dell'articolo 2634 del codice civile. In effetti, a sottoporre all'attenzione del giudice *de quo* il dubbio sulla legittimità della norma, era stato un socio della società danneggiata, cui il Giudice per le indagini preliminari espressamente si riferisce quale persona offesa dal reato.

È questo, come visto, uno dei punti maggiormente controversi, sicché non è (del tutto) casuale che l'Avvocatura dello Stato, argomentando a sua volta che gli stessi soci siano titolari del diritto di querela, escluda l'illegittimità della norma nella parte in cui prevede la procedibilità a querela.

Se, dunque, il rimettente e la difesa erariale concordano su un punto, peraltro in realtà ancora discusso, la Consulta tralascia, invece, tale risvolto, in quanto non ravvisa che tale questione sia stata sollevata. A prescindere dalla circostanza che la vicenda, comunque, rientrasse nelle previsioni della legge 241/06 sull'indulto, si tratta, dunque, di un'occasione mancata per ottenere una decisione della Consulta sulla legittimità, o meno, del regime di procedibilità a querela previsto per l'infedeltà patrimoniale, problematica che la sentenza del 16/06/2006, n. 37033 della Corte di Cassazione⁸⁹⁸, ammettendo che anche il singolo socio sia titolare del diritto di querela, ha solo parzialmente spianato.

In concreto, nel caso sottoposto alla Consulta, la situazione si presentava nei seguenti termini: madre e figlio erano entrambi soci di una s.r.l. della quale, unendo le rispettive quote, raggiungevano la maggioranza del capitale sociale. Per giunta, il figlio era l'amministratore di detta società. Orbene,

costituzionale, IV edizione, Milano, Giuffrè, 144-146, 214-216; D'ORAZIO Giustino (1992), *Le sentenze costituzionali additive tra esaltazione e contestazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 61-102; D'AMICO Marilisa (1990), *Sulla «costituzionalità» delle decisioni manipolative in materia penale*, in *Giurisprudenza italiana*, IV, 254-280.

⁸⁹⁸ V. *amplius supra*.

secondo l'esposto presentato da un socio di minoranza, l'amministratore avrebbe subordinato l'interesse sociale a quello della madre, cui aveva concesso l'uso di un bene della società a condizioni sfavorevoli per quest'ultima, ma vantaggiose per la signora.

Sembrerebbe trattarsi di un caso di scuola, dal momento che sono presenti tutti gli elementi della fattispecie di infedeltà patrimoniale (qualche dubbio può sussistere, forse, solo in relazione all'intenzionalità del danno). In realtà, come ne esemplifica tutti gli aspetti salienti, la vicenda di Forlì non tralascia neppure quello riguardante l'applicazione di suddetta norma, ovvero sia la sua procedibilità a querela. La querela, infatti, può essere presentata solo dalla persona offesa dal reato, e non dal danneggiato, nel caso in cui questi non sia anche la persona offesa. Il delitto di cui all'articolo 2634 del codice civile, però, tutela la società, e solo indirettamente i soci, sicché, come poc'anzi rilevato, questi ultimi non possono, propriamente, qualificarsi come persone offese dal reato.

La singolarità è, però, che nessuno (né la parte offesa, né il Giudice per le indagini preliminari, né l'Avvocatura) aveva dubitato che anche il socio di minoranza fosse da considerare persona offesa, anziché mero danneggiato dal reato. È stata questa la via d'uscita dall'aporia che avrebbe altrimenti bloccato l'applicazione della fattispecie di infedeltà patrimoniale⁸⁹⁹.

In effetti, se l'infedeltà patrimoniale fosse un delitto perseguibile d'ufficio, ben pochi dubbi si profilerebbero sulla sussistenza di un dovere dei gestori

⁸⁹⁹ Se infatti si considerasse persona offesa la sola società, è chiaro che la volontà di quest'ultima di presentare querela non potrebbe provenire che da un organo sociale idoneo ad esprimerne la volontà e manifestarla all'esterno. Escludendo che si tratti dell'organo di amministrazione, atteso che la disposizione penale sanziona proprio i soggetti gestori, rimane da ritenere che sia l'assemblea l'unica titolare della facoltà di proporre querela. Tuttavia, se a livello meramente astratto sembra sussistere una separazione netta tra assemblea e amministratori, non può trascurarsi che a livello statistico emerge che fisiologicamente questi ultimi sono pur sempre espressione della maggioranza assembleare. Nel caso di specie, ciò è tanto più evidente, in quanto vi si sovrappone il vincolo di parentela, ma il problema che ne emerge rimane comunque grave, anche trascurando tale profilo. È chiaro infatti che la maggioranza assembleare non avrà alcun interesse a proporre querela contro i "propri" amministratori. Occorrerebbe dunque domandarsi fino a che punto l'interesse della maggioranza assembleare coincida con quello della società, dal momento che se è lapalissiano che favorire il socio di maggioranza, mettendo a rischio la società stessa, è contrario all'interesse sociale, non è altrettanto chiaro, in concreto, fino a che punto sia tutelata la posizione del socio di minoranza.

di perseguire l'interesse sociale e che tale dovere sia *erga omnes*: soci, creditori, obbligazionisti, etc. Il legislatore non ha però ritenuto di adottare tale soluzione. Gli interpreti, dal canto loro, di fronte alla profilata paralisi applicativa, hanno cercato di sfumare i contorni che delineano le figure di persona offesa e danneggiato dal reato, operazione basata più su profili di diritto societario, che penale. E questa interpretazione, seppur criticabile, è quella accolta dalla giurisprudenza di legittimità, per la sua indiscutibile praticità⁹⁰⁰. Sul punto, anche il giudice per le indagini preliminari, in effetti, osservava che, all'irragionevolezza che si avrebbe quando soggetti attivi e legali rappresentanti coincidano, potrebbe ovviarsi forzando il tenore letterale dell'articolo 2634 del codice civile e ritenendo legittimato a proporre querela anche il singolo socio.

Vi era poi l'altra questione, relativa alla sanzionabilità delle condotte poste in essere da singoli soci, nel proprio interesse e a danno di quello della società, comune cioè anche agli altri soci. Orbene, il conflitto di interessi del socio, in sé, non è sanzionato, perché non possono direttamente gestire i beni sociali e, al di fuori del proprio voto in assemblea non possono indirizzare le scelte sociali. D'altro canto, il socio di maggioranza, di fatto, può ben influenzare le scelte di gestione, come ha evidenziato il giudice per le indagini preliminari nel giudizio *de quo*, ma proprio in quanto cessa di essere mero socio, diventando amministratore di fatto, oppure concorre con l'organo amministrativo e il suo è un chiaro caso di concorso esterno nel reato proprio, pacificamente ammesso⁹⁰¹.

⁹⁰⁰ Si veda anche il commento di MARINI Consuelo (2008), *Soggetti attivi e procedibilità a querela del reato di infedeltà patrimoniale ex articolo 2634 del codice civile*, (nota a ord. c. cost. 19 dicembre 2006, n. 437), in *Le Società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, 1, 109-115

⁹⁰¹ Analogamente, quando il legislatore ha scelto di regolare espressamente il fenomeno dei gruppi di società, e la loro rilevanza nelle operazioni gestorie, evidenziandone entro certi limiti (qui la discussione, per l'improvvida formulazione, troppo lacunosa) quale causa di esclusione della punibilità per l'infedeltà gestoria, nei confronti della società appartenente a un gruppo, ha compiuto una scelta di opportunità. Certo, ha cercato di fornire adeguatamente la norma di un sistema di pesi e contrappesi, forse complicando eccessivamente la fattispecie, tuttavia in nessun modo è possibile argomentare, ad esempio, che essendo la capogruppo socio di maggioranza di una certa società, gli amministratori di quest'ultima possano deliberare operazione a esclusivo vantaggio della capogruppo

Al di là della suggestiva proposta interpretativa operata dal giudice *de quo*, la struttura della condotta del delitto di cui all'articolo 2634 del codice civile è, pertanto, assai più semplice. Allorché sancisce l'equivalenza tra compiere e concorrere a deliberare, la norma fa comunque riferimento ai gestori, ma il legislatore dimostra di distinguere l'ipotesi in cui a deliberare sono singolarmente l'amministratore unico o l'amministratore delegato, da quella in cui è il consiglio di amministrazione, congiuntamente, a deliberare un atto di disposizione. Orbene, è chiaro che se la condotta del delitto in parola contemplasse solo il compiere, nei casi di decisione presa dall'organo collegiale i singoli amministratori eluderebbero la sanzione.

Il Giudice per le indagini preliminari di Forlì, d'altro canto, lamentava che la notizia di reato fosse stata iscritta nel registro degli indagati senza l'indicazione del concorso esterno della socia, ai sensi dell'articolo 110 del codice penale, nel reato di infedeltà patrimoniale ascritto all'amministratore e che, pertanto, detta socia doveva ritenersi "astrattamente responsabile" del reato «a titolo proprio, e non di concorso». Da ciò derivava il problema dedotto alla Consulta: l'infedeltà patrimoniale è un reato proprio dell'amministratore e la disposizione non è applicabile al socio. Le perplessità sul punto sono giustificate dal fatto che in tali circostanze il Giudice per le indagini preliminari non avrebbe dovuto formulare la domanda alla Corte, ma far procedere; oltre, che, naturalmente, dal fatto che sostanzialmente gli richiedesse una pronuncia additiva in *malam partem*, la quale in nessun caso avrebbe potuto estendere la punibilità di un fatto

e con detrimento, invece, dell'interesse della società che gestiscono (e conseguentemente dei soci di minoranza, gli unici che comunque non riceverebbero alcun tornaconto). Al contrario, la previsione di cui al comma 3 va intesa in tutt'altro senso: i vantaggi compensativi costituiscono solo un modo per valutare l'esistenza dell'infedeltà, pur con tutti i problemi applicativi che la questione della loro prevedibilità comporta. Il collegamento con l'articolo 2497-ter, anche se successivo, indica chiaramente l'esistenza di un generale principio di trasparenza sulla base della quale si ricostruisce la responsabilità degli amministratori. Si tratta di una regola assai puntuale e che può considerarsi, ai nostri fini, quale sorta di interpretazione autentica: il legislatore, pur evitando di definire il gruppo, non ha inteso indiscriminatamente giustificare ogni operazione nell'interesse del gruppo. Si veda in proposito MONTALENTI Paolo (2004), *Il conflitto di interessi nella riforma del diritto societario*, in *Rivista di Diritto Civile*, 243-255.

pregresso, ai sensi dell'articolo 25, secondo comma, della Costituzione, secondo cui nessuno può essere punito se non in forza di una legge in vigore prima del fatto commesso.

7. Problemi di diritto intertemporale.

Proprio il dibattito sui problemi di diritto intertemporale, suscitato dalla riforma del diritto penale societario del 2002, fornisce uno spunto interessante per individuare, attraverso la configurazione dei rapporti tra norme, le oggettività tutelate.

Innanzitutto, non si può non dare brevemente conto di come, con la riforma che ha sostituito il reato di conflitto di interessi con l'infedeltà patrimoniale, le due alternative, *abolitio criminis* o successione di norme penali con applicazione della legge più favorevole, fossero entrambe sostenibili secondo dottrina e giurisprudenza, le quali, riagurdo ai nuovi reati societari, si sono concentrate ora sull'oggetto della tutela, ora sulla struttura della fattispecie. Il passo successivo è, quindi, stato sostenere, con argomentazioni non troppo dissimili, il criterio di specialità, nello sforzo di districare la complicata matassa dei rapporti tra infedeltà patrimoniale e omessa comunicazione del conflitto di interessi; il terreno è, infatti, quello di un concorso apparente tra norme, che vede la procedibilità a querela e la presenza di un dolo intenzionale e specifico, da una parte, e dall'altra un più ristretto novero di soggetti attivi, in relazione al tipo di società gestita.

Per quanto riguarda, nel complesso, la disciplina scaturita dalla riforma dei reati societari, la dottrina si presenta divisa, perché nell'affrontare il tema generale della successione di leggi penali muove da posizioni di principio diverse, che si sono andate delineando nella ricerca di criteri capaci di regolare tutte le varie situazioni prospettabili. I diversi criteri adottati hanno, quindi, giustificato soluzioni contrapposte e originato contrasti giurisprudenziali, che hanno dato origine a numerosi interventi delle Sezioni

unite. In particolare, è opportuno, qui, esaminare una delle più importanti, ovvero la sentenza delle Sezioni unite n. 25887, del 26 marzo 2003⁹⁰², e con essa una breve panoramica delle diverse ricostruzioni, dando conto delle possibili obiezioni che vi ostano.

Orbene, secondo un'impostazione tradizionale, vi è successione di leggi nel tempo quando la nuova fattispecie sia con la vecchia in rapporto di specialità; tuttavia indirizzi recenti affermano l'*abolitio criminis* per i fatti pregressi, qualora la legge successiva si ponga sì in rapporto di specialità con la precedente, ma la continuità tra le due fattispecie di reato venga a mancare, in quanto sia mutato il bene giuridico tutelato o vengano inseriti elementi nuovi rispetto alla fattispecie abrogata⁹⁰³.

In base alla teoria tradizionale, cioè, per stabilire se ci sia o meno continuità normativa occorre verificare se esista la doppia punibilità in concreto e, dunque, se il fatto punito dalla legge anteriore sia punito anche da quella posteriore, secondo la formula «prima punibile, dopo punibile, quindi punibile». Se si guarda in quest'ottica a ipotesi, che sarebbero ricadute entro la sfera di applicazione del previgente articolo 2631 del codice civile, ci rendiamo conto che alcune di esse potrebbero, in effetti, se si verificassero oggi, essere punite *ex* articolo 2634. Ad esempio, se un amministratore, avendo in una determinata operazione un interesse in conflitto con quello della società, allo scopo di trarne profitto partecipasse ad una deliberazione, cagionando intenzionalmente alla società un danno patrimoniale, egli si troverebbe entro l'ambito di applicazione dell'articolo 2634 e, prima, sarebbe comunque stato punito *ex* articolo 2631.

⁹⁰² Cassazione Sezioni unite, 26 marzo 2003, n. 25887, in *Guida al diritto*, 2003, 26, 60.

⁹⁰³ Da vedere, sul punto, PULITANÒ Domenico (2002), *Problemi di diritto intertemporale*, in *Il nuovo diritto penale delle società* a cura di ALESSANDRI Alberto, Milano, IPSOA, 112-122; questo Autore ben riassume la questione e rimanda a PADOVANI per l'impostazione tradizionale e MUSCO per quella della discontinuità del tipo di illecito. Questa nuova teoria porta ad un esito che l'Autore non stenta a definire paradossale, in quanto si tratterebbe di un *abolitio*, tale solo per il passato, ma allora pure per fatti la cui rilevanza penale è mantenuta secondo il regime della legge successiva (se essi si presentavano con quegli elementi di specialità che la legge successiva prevede).

7.1. Mancata coincidenza contenutistica.

Si è, però, giustamente obiettato che è possibile che un fatto concreto rientri per aspetti diversi nella previsione di due norme incriminatrici che si succedono, in una situazione in cui in realtà tra le due leggi penali non c'è una coincidenza contenutistica, sicché debba concludersi che il fatto, previsto dalla norma successiva, prima non costituisse reato. Perciò, se si optasse per la continuità quando un fatto concreto commesso sotto il vigore della legge abrogata rientra, per aspetti diversi, nella previsione della nuova legge, si farebbe di questa un'applicazione retroattiva, in quanto quel fatto verrebbe punito solo per aspetti che prima erano privi di rilevanza penale. Il pensiero corre, naturalmente, a tutti quegli elementi ulteriori previsti per il reato di infedeltà patrimoniale, rispetto a quello, abrogato, di conflitto di interessi. Ma pensiamo anche al caso, previsto oggi dall'articolo 2634, ma non dal previgente 2631, di un amministratore che compia un atto di disposizione dei beni sociali, senza cioè che intervenga una deliberazione consiliare.

Insomma, davanti alla nuova disposizione sull'infedeltà patrimoniale, come in generale di fronte alle modifiche subite dalle disposizioni di diritto penale societario, ci si avvede di come le nuove fattispecie presentino elementi di eterogeneità rispetto a quelle abrogate. Inoltre, ci si avvede di come gli stessi beni giuridici tutelati siano cambiati, nello sforzo di sostituire previsioni eccessivamente formali, con altre, di cui è evidente che l'obiettivo di tutela è anzitutto il patrimonio⁹⁰⁴.

Dal confronto tra l'abrogato articolo 2631 e il nuovo 2634 emerge, allora, proprio questa discontinuità, nonostante non possa sfuggire come il

⁹⁰⁴ PULITANÒ Domenico (2002), *Problemi di diritto intertemporale in Il nuovo diritto penale delle società* a cura di ALESSANDRI Alberto, Milano, IPSOA, 116. Si veda altresì AMBROSETTI Enrico Mario (2004), *Abolito Criminis e modifica della fattispecie*, Padova, Cedam, 43 e seguenti e ancora AMBROSETTI Enrico Mario (2006), *La legge penale nel tempo*, in *La legge penale: fonti, tempo, spazio, persone*, in *Commentario sistematico al codice penale*, opera diretta da RONCO Mauro, con la collaborazione di AMBROSETTI Enrico Mario e MEZZETTI Enrico, Bologna, Zanichelli, 238 e seguenti.

disvalore si concentri, ancora, nel presupposto del conflitto di interessi. Si può, dunque, dire che il bene giuridico è cambiato? La risposta non è certo agevole, in fondo l'individuazione dell'oggettività tutelata è uno degli interrogativi più spinosi nel diritto penale commerciale e, tuttavia, per quanto riguarda queste due disposizioni, il dato letterale sembrerebbe piuttosto chiaro. L'elemento del danno, che nel 2634 integra la fattispecie e che nel 2631 costituiva soltanto un'aggravante, segnala che la nuova norma tutela un bene nuovo, diverso. D'altro lato, vi è stato un arretramento di tutela, che lascia scoperto il bene, strumentale, della trasparenza nel consiglio di amministrazione, concentrandosi sul patrimonio.

7.2. La teoria della doppia punibilità.

La citata sentenza n. 25887 delle Sezioni unite, esclusa la teoria della doppia punibilità in concreto, continua esaminando le ulteriori tesi elaborate dalla dottrina, che muovono da due approcci diversi: uno di tipo strutturale e uno di tipo valutativo. Il primo si svolge su un piano essenzialmente formale, richiedendo che tra le fattispecie incriminatrici, che si susseguono, esista un rapporto logico-strutturale di genere a specie o viceversa. Il secondo ricerca invece una continuità tra le leggi, attraverso valutazioni concernenti il bene giuridico e le modalità dell'offesa e può essere considerato sia alternativo al primo, sia cumulativo, cioè tale da operare quale verifica ulteriore, dopo il superamento del vaglio logico-strutturale, aggiungendo così all'impiego dei criteri formali quello di criteri di tipo sostanziale.

È soprattutto secondo quest'ultimo criterio che si può evidenziare la discontinuità tra 2631 e 2634, concentrandoci sulla *ratio* di tutela del patrimonio insita nella norma successiva.

Non è, però, questo l'approdo conclusivo del nostro percorso. Come ricordano le Sezioni unite, infatti, i criteri elaborati dalla dottrina hanno talvolta messo in ombra quelli fissati legislativamente: è dunque dalle

disposizioni dell'articolo 2 del codice penale che occorre muovere. Ora, l'articolo 2 del codice penale pone una sequenza di regole, tra loro collegate in modo che si chiariscano a vicenda: come evidenzia la Corte, dunque, «perché operi la regola del terzo comma deve essere esclusa l'applicabilità sia del primo, sia del secondo comma⁹⁰⁵. Ciò significa, da un lato, che in una vicenda di successione di leggi penali, perché un fatto rimanga punibile, occorre non solo che sia tale in base alla nuova legge, ma anche che la nuova fattispecie costituisca reato già in base alla legge precedente (altrimenti, come si è detto, si avrebbe un'applicazione retroattiva della nuova legge)».

Si potrebbe, forse, osservare che applicare una disposizione speciale successiva a fatti commessi prima si risolverebbe in ogni caso in un'applicazione retroattiva, in quanto si darebbe rilevanza a elementi specializzanti, che in precedenza non l'avevano, tuttavia «l'obiezione non coglie nel segno, non solo perché, come è stato rilevato, condurrebbe a conclusioni assurde, [...] ma anche e soprattutto perché in un caso del genere si è puniti per un fatto previsto come reato anche dalla legge precedente, sicché la punibilità non è determinata da un'applicazione retroattiva della legge successiva. Questa, a ben vedere, quando risulta speciale rispetto alla precedente, si limita a ritagliare una porzione della vecchia, ad individuare una sottofattispecie, di cui conserva la punibilità impedendo che rispetto ad essa l'abrogazione abbia un effetto retroattivo abolitivo⁹⁰⁶».

⁹⁰⁵ Il primo e il secondo comma individuano un rapporto diretto tra norma e fatto. Il terzo comma invece, che non a caso parla di reato e non di fatto, individua un rapporto prima tra le norme e solo dopo tra queste e il commesso reato. Perché, dunque, non vi sia una totale abolizione del reato previsto dalla disposizione abrogata occorre che la fattispecie prevista dalla legge successiva fosse punibile anche in base alla legge precedente, «rientrasse cioè nell'ambito della previsione di questa, il che accade normalmente quando tra le due norme esiste un rapporto di specialità, tanto nel caso in cui sia speciale la norma successiva, quanto in quello in cui speciale sia la prima. Però se è la norma successiva ad essere speciale ci si trova in presenza di un'abolizione parziale perché l'area della punibilità, riferibile alla prima, viene ad essere circoscritta, rimanendone espunti tutti quei fatti che, pur rientrando nella norma generale venuta meno, sono privi degli elementi specializzanti».

⁹⁰⁶ Cassazione Sezioni unite, 26 marzo 2003, n. 25887, in *Guida al diritto*, 2003, 26, 60.

In linea con questa argomentazione, appare possibile individuare un caso di successione di leggi nel tempo, nel caso degli articoli 2631 e 2634, che dunque presentano una continuità. È opportuno, quindi, lasciare da parte il paradigma della discontinuità, cercando ora di scorgere, piuttosto, quanto in comune abbiano le due fattispecie. Abbiamo infatti visto che, paragonando il previgente 2631 e l'attuale 2634 emerge una differente struttura e la presenza, nell'infedeltà patrimoniale, di un bene tutelato, il patrimonio, si è stati tentati, in via preliminare, di affermare l'*abolitio criminis*. In realtà, tenendo presenti le indicazioni fornite dalle Sezioni Unite in materia, riguardo ai nuovi reati societari introdotti con il decreto legislativo 61 del 2002 si tratta, piuttosto, di andare a verificare se la fattispecie prevista dalla legge successiva fosse punibile anche in base alla legge precedente. Di primo acchito, l'*abolitio criminis* riguarda, dunque, certamente l'ipotesi in cui alla partecipazione alla delibera dell'amministratore interessato non segua un danno. Per le restanti ipotesi, è d'uopo osservare come i due elementi del conflitto di interessi e della deliberazione rimangano fermi, a delineare la condotta e il presupposto del disvalore. In altre parole, resta invariato l'oggetto del divieto penale, continuando a risiedere l'essenza della scelta incriminatrice nell'asservimento degli interessi societari a interessi esterni, potenzialmente con essi confliggenti⁹⁰⁷.

D'altra parte, le posizioni di chi sostiene che, in seguito all'introduzione della fattispecie di infedeltà patrimoniale, la continuità normativa sarebbe spezzata si poggiano ora sul mutamento dell'interesse tutelato⁹⁰⁸, ora sull'inserzione nella nuova disciplina di elementi eterogenei rispetto a quella abrogata, che renderebbero il fatto punito strutturalmente diverso⁹⁰⁹. Né si

⁹⁰⁷ DODARO Giandomenico (2003), *L'orientamento del tribunale di Monza: discontinuità normativa tra conflitto di interessi e infedeltà patrimoniale*, in *Le Società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n. 12, 1653.

⁹⁰⁸ V. Sentenza del tribunale di Monza, 21 luglio 2003, in *Le Società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, 1649-1651.

⁹⁰⁹ Lo fanno notare FOFFANI Luigi (2002), *Le infedeltà*, in *Il nuovo diritto penale delle società* a cura di ALESSANDRI Alberto, Milano, IPSOA, 379 e seguenti; e ALDROVANDI Paolo (2002), *Art. 2634*

può trascurare come, a proposito dell'infedeltà patrimoniale, si è detto che l'attuale fattispecie incriminatrice costituisca un arretramento di tutela. In effetti, lungi qui dal voler affermare alcunché di conclusivo sul punto, possiamo prendere atto dell'esistenza anche di elementi di continuità, in un ambito che, nell'ultimo lustro, non è stato certo caratterizzato da stabilità.

8. Alcune considerazioni.

In conclusione, se per certi aspetti la tutela penale accordata dalla fattispecie di cui al riformato articolo 2634 del codice civile continua a dimostrarsi carente, si tratta un problema che non può essere risolto dilatando o restringendo i confini del conflitto di interessi, richiamando o meno i criteri che caratterizzano l'interpretazione dell'articolo 2391 del codice civile, atteso che l'infedeltà patrimoniale già presenta degli elementi di dolo e di danno tali da far ritenere che, ove essi si concretino, vi sia anche un attuale conflitto di interessi.

Di fronte all'articolato dibattito sui rapporti tra appropriazione indebita ed infedeltà patrimoniale, vi è, comunque, chi ritiene, ed è probabilmente la soluzione maggiormente corretta, che l'infedeltà patrimoniale non possa esaurire la tutela penale delle aggressioni ai beni sociali, lasciando la possibilità di utilizzare le altre norme di diritto comune, laddove non si integrino tutti gli elementi costitutivi e specializzanti tale delitto⁹¹⁰.

Piuttosto, se si vorrà dare applicazione alla fattispecie di infedeltà patrimoniale, perché la disposizione non resti lettera morta di fianco a un'esorbitante applicazione dell'appropriazione indebita, sarà necessario valorizzare l'elemento del danno, con l'auspicio che si sviluppi quanto

Infedeltà patrimoniale, in *I nuovi reati societari*, a cura di LANZI Alessio e CADOPPI Alberto, Padova, CEDAM, 132 e seguenti.

⁹¹⁰ BENUSSI Carlo (2009), *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, Milano, Giuffrè, 395 e seguenti; CIPOLLA Pieluigi (2005), *Brevi note in tema di rapporti tra l'appropriazione indebita e il nuovo reato di infedeltà patrimoniale societaria (articolo 2634 del codice civile)*, in *Cassazione Penale*, 471; MAGRI Piero (2007), *I delitti contro il patrimonio mediante frode*, Tomo II, in *Trattato di diritto penale – Parte speciale*, diretto da Giorgio MARINUCCI e Emilio DOLCINI, Milano, Giuffrè, 234-235.

prima una giurisprudenza consolidata, analogamente a quanto avvenuto per gli ordinamenti francese e tedesco.

Al tempo stesso, sarà auspicabile che maturi una sempre più autonoma riflessione sulla rilevanza del conflitto di interessi ai fini della legge penale, tanto a livello dottrinale che giurisprudenziale, sulle orme di quella delineatasi riguardo al previgente articolo 2631 del codice civile e già frenata dalla scarsità delle possibili applicazioni pratiche, in considerazione, oggi, della vitalità che la materia presenta a livello normativo e della particolare sensibilità che pare si stia sviluppando in relazione a questo e analoghi temi.

Sezione IV

Il delitto di omessa comunicazione

del conflitto di interessi

1. La disciplina di cui all'articolo 2629-bis del codice civile. **2.** I soggetti attivi e l'ambito di applicazione. 2.1. L'amministratore delegato. 2.2. Il riferimento a grande impresa, banca e assicurazioni. 2.3. Realtà troppo diverse. **3.** L'interesse oggetto di comunicazione. 3.1. Riflessi della riforma sulla *governance*. 3.2. La vicinanza con la disciplina civilistica. 3.3. La rilevanza sociale dell'interesse. **4.** Il danno. 4.1. Danno come condizione obiettiva di punibilità? 4.1.1 Ragioni di opportunità. 4.2. Il danno a terzi. 4.2.1. L'interesse dei creditori. **5.** L'elemento soggettivo. **6.** Le oggettività tutelate. **7.** I rapporti tra 2634 e 2629-bis

1. La disciplina di cui all'articolo 2629-bis del codice civile.

Nell'ordinamento italiano è stato introdotto, relativamente di recente, il delitto di omessa comunicazione del conflitto di interessi, che fa il proprio ingresso nel diritto penale con la legge 262 del 28 dicembre 2005.

Si tratta di una disposizione incriminatrice, che è stata oggetto di studio ancor prima della sua entrata in vigore, dato che l'*iter* di approvazione parlamentare è stato piuttosto lungo e travagliato, al punto che solo pochi giorni prima dell'approvazione definitiva erano molti coloro che dubitavano della possibilità delle progettate disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari di diventare legge⁹¹¹.

Certamente, è innegabile come le ancora recenti vicende che hanno caratterizzato il nostro sistema finanziario abbiano convinto tutti della

⁹¹¹ Significativo, in proposito, SCHLESINGER Piero (2005), *L'approvazione tempestiva della riforma della disciplina del risparmio rimane ancora incerta*, in *Il corriere giuridico: mensile di giurisprudenza, legislazione e opinione*, IPSOA, n. 12, 1633-1635.

necessità di ripensare, e con urgenza, la disciplina dei mercati finanziari, e così in generale quella della gestione del risparmio, riconsiderando il senso e la funzione della disciplina degli enti commerciali che vi operano e al tempo stesso è stata percepita l'esigenza di determinare in modo più lucido ed efficace la funzione e l'estensione dei controlli ad opera degli organismi ad essi preposti⁹¹². Ebbene, è nell'ordito normativo, a dire il vero piuttosto variegato, che la legge 262 del 2005 ha tessuto per rispondere a tali sollecitazioni, che va a inserirsi la nuova incriminazione dell'omessa comunicazione.

In questo senso, si può sottolineare positivamente il recupero della funzione del diritto penale societario, il quale, pur non dubitandosi della patrimonialità degli interessi in gioco, costituisce un antemurale atto a fronteggiare la peculiarità dei rischi che bilanciano i benefici produttivistici degli organismi societari⁹¹³. Si era avvertito, cioè, come il delitto di infedeltà patrimoniale, di cui all'articolo 2634 del codice civile, avesse una formulazione inadeguata e che l'attenzione doveva piuttosto tornare a essere concentrata sul conflitto di interessi⁹¹⁴.

A partire dal momento in cui la disposizione era ancora in esame, tuttavia, le numerose analisi critiche⁹¹⁵ del testo, che poi sarebbe diventato definitivo, si concentravano sui problemi di compatibilità con le norme già esistenti,

⁹¹² Evidenzia il collegamento tra la nuova fattispecie e l'emergere della consapevolezza che gran parte delle manovre fraudolente dannose per i risparmiatori sono state agevolate da palesi situazioni di conflitto di interessi ZANNOTTI Roberto (2008), *Il nuovo diritto penale dell'economia*, II edizione, Milano, Giuffrè, 316-317. Si veda anche la lucida analisi compiuta da VIETTI Michele (2005), *La tutela del risparmio e la riforma del diritto societario*, in *Le Società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n. 3, 286.

⁹¹³ PEDRAZZI Cesare (2002), *Prefazione a Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di ALESSANDRI Alberto, Milano, IPSOA, XIX.

⁹¹⁴ Si ricordi anche l'intervento di AMBROSETTI Enrico Mario *Il nuovo delitto di omessa comunicazione del conflitto di interessi e i rapporti con le vigenti fattispecie di infedeltà patrimoniale*, in occasione del convegno *Infedeltà patrimoniali e conflitti di interesse, Le nuove responsabilità penali di gestori e revisori di società*, Treviso, 18 maggio 2006.

⁹¹⁵ V. ad esempio SEMINARA Sergio (2004), Considerazioni penalistiche sul disegno di legge in tema di tutela del risparmio, in *Diritto penale e processo*, n. 4, 503-511; ancora SEMINARA Sergio (2005), *Note sul reato di illeciti rapporti patrimoniali tra dirigenza e banca (articolo 136, t.u.b.)*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, vol. LVIII, maggio-giugno 2005, 238-252; e FONDAROLI Désirée (2005), *Introduzione ai delitti di infedeltà*, in *Reati societari*, a cura di ROSSI Alessandra, Torino, UTET Giuridica, 397 e seguenti

specialmente con i reati societari, introdotti dalla riforma del 2002, e venivano auspicati dei ripensamenti riguardo sia alla struttura del nuovo reato, che è sì caratterizzato dalla mancata previsione della perseguibilità a querela, a differenza dell'infedeltà patrimoniale, ma presenta comunque un elemento di danno; sia all'individuazione di una progressione offensiva tra due fattispecie incentrate sul conflitto di interessi.

Una volta approvata, comunque, la nuova norma, che trova collocazione proprio all'interno del codice civile, permane lungi dall'essere perfetta, ragion per cui i primi commentatori hanno avuto gioco facile a sottolinearne i motivi di critica⁹¹⁶.

Ovviamente, occorrerà dar conto di tutto ciò, analizzando compiutamente il testo normativo, che si presenta ostico, ma al tempo stesso è necessario dar conto di come, dato che il legislatore ha introdotto tale nuova disposizione, i giuristi si trovano obbligati a prenderne atto e ragionare nel senso di trovarle una collocazione all'interno del sistema. Si tratta cioè di affrontare i problemi interpretativi, non pochi e con implicazioni non lievi, che sono posti dalla nuova disposizione, cercando soluzioni coerenti al testo di legge ma, per quanto possibile, razionali rispetto al sistema complessivo ed alle esigenze di tutela⁹¹⁷.

Il legislatore penale, infatti, ha abituato gli interpreti alla modestia tecnica

⁹¹⁶ V., su tutti, SEMINARA Sergio (2006), *Nuovi illeciti penali e amministrativi nella legge sulla tutela del risparmio*, in *Diritto penale e processo*, n. 5, 549-563, secondo cui tale disposizione appare tutt'altro che convincente; GROSSO Carlo Federico (2006), *Cinque anni di leggi penali: molte riforme (talune contestabili), nessun disegno organico*, in *Diritto penale e processo*, n. 5, 533-541, che parla di risultati modesti; MILANI Orsola (2006), *La riforma del risparmio: aspetti penalistici*, in *dircomm.it il diritto commerciale oggi*, V.2. <<http://www.dircomm.it/2006/n.2/02.html>>, che evidenzia la frammentazione della normativa, in cui si inserisce quello che è un vero e proprio fenomeno di nuova incriminazione; PALIERO Carlo Enrico (2006), *La riforma della riforma penale del risparmio: continuità e fratture nella politica criminale in materia economica*, in *Il corriere del merito*, n. 5, 615-619, secondo cui la riforma non sembra destinata a passare alla storia; PALMIERI Renato (2006), *Tutela del risparmio: riflessi penali sulla materia societaria*, in *Diritto e Pratica delle Società, Il Sole 24 Ore*, n. 4, marzo, 6-18, che lamenta l'allarmante sovrapposizione con la vitale fattispecie dell'infedeltà patrimoniale, purtroppo non ripulita dalle "pillole avvelenate" che la affliggono; e SALAFIA Vincenzo (2006), *La legge sul risparmio, Le società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n. 2, 137-144, per il quale, peraltro, una valutazione complessiva «non può non essere positiva».

⁹¹⁷ Nello stesso modo esortava a fare, in occasione della riforma dei reati societari del 2002, ALESSANDRI Alberto (2002), *Alcune considerazioni generali sulla riforma*, in *Il nuovo diritto penale delle società* a cura di ALESSANDRI Alberto, Milano, IPSOA, 3.

delle sue creazioni⁹¹⁸, ragion per cui i giuristi potrebbero anche essere tentati di limitarsi all'individuazione dei motivi di critica; tuttavia è opportuno evitare, per quanto possibile attraverso un'attenta attività ermeneutica, che alla produzione di abnormità cartacee seguano mostruosità applicative⁹¹⁹.

Innanzitutto, è da notare come la disposizione introdotta con la legge 262 del 2005, in un certo senso, non faccia che sviluppare temi già noti, in quanto, per larga parte, già emersi nello studio delle altre fattispecie che formano l'oggetto della presente analisi. Dunque, attraverso tali elementi di continuità, è forse possibile proporre un'interpretazione della stessa, che sia auspicabilmente in grado di contemperare le diverse esigenze sottese tanto alla valorizzazione della singola norma, quanto all'esigenza di una disciplina organica della materia.

2. I soggetti attivi e l'ambito di applicazione.

Il tema dei soggetti attivi del delitto di omessa comunicazione è particolarmente degno di attenzione, dal momento che non solo si tratta di un reato proprio, ma, altresì, perché è attraverso un complesso gioco di rinvii⁹²⁰, volto a specificare l'area di appartenenza di tali soggetti, che si delinea la sfera di applicazione della nuova disposizione penale.

Non si può, infatti, nascondere che il testo della norma, anche nelle letture successive alla prima, si presenta estremamente ostico⁹²¹. Se è di difficile

⁹¹⁸ Parla addirittura di "teratogenia del sonno della ragione legislativa" PALIERO Carlo Enrico (2006), *La riforma della riforma penale del risparmio: continuità e fratture nella politica criminale in materia economica*, in *Il corriere del merito*, n. 5, 617.

⁹¹⁹ Secondo la acuta osservazione di ALESSANDRI Alberto (2002), *Alcune considerazioni generali sulla riforma*, in *Il nuovo diritto penale delle società* a cura di ALESSANDRI Alberto, Milano, IPSOA, 5.

⁹²⁰ Sottolinea, in effetti, MEZZETTI Enrico (2008) in *Diritto penale dell'impresa*, a cura di AMBROSETTI Enrico Mario, MEZZETTI Enrico, RONCO Mauro, Bologna, Zanichelli, 164, come si riproponga, con la norma in esame, la contestata tecnica del rinvio a norma extrapenale, con una disposizione sanzionatoria in posizione "servente".

⁹²¹ In questo senso, notando come un frequente uso, poco ponderato, della tecnica del rinvio sia ormai diventando una tendenza costante del legislatore, verrebbe da esclamare che "perseverare diabolicum", come ha fatto notare PALIERO Carlo Enrico (2006), *La riforma della riforma penale del*

comprensione, tuttavia, ciò non è dovuto tanto alla struttura del reato, come si potrebbe semmai dire a proposito dell'infedeltà patrimoniale, quanto, piuttosto, perché il testo dell'articolo 2629-bis non fornisce all'interprete elementi sufficienti per delinearla.

Se, poi, almeno alla condotta si può pervenire, anche con l'aiuto della rubrica, piuttosto rapidamente, altrettanto non si può dire del soggetto agente. Non qualunque amministratore o componente del consiglio di gestione, è infatti specificato, può rendersi colpevole del delitto di omessa comunicazione. Deve trattarsi di amministratore o componente del consiglio di gestione «di una società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altri Paesi dell'Unione europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell'articolo 116 del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, ovvero di un soggetto vigilato ai sensi del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, del citato testo unico di cui al decreto legislativo n. 58 del 1998, della legge 12 agosto 1982, n. 576, o del decreto legislativo 21 aprile 1993, n. 124».

Procediamo dunque con ordine. Il riferimento alla figura dell'amministratore o componente del consiglio di gestione serve a tener conto dell'intervenuta riforma del 2003, che ha previsto, di fianco a quello tradizionale, anche altri modelli organizzativi di amministrazione e controllo, ovvero i cosiddetti monistico e dualistico. È noto che il sistema tradizionale è basato sulla presenza di due organi, entrambi di nomina assembleare, l'organo amministrativo, cioè il consiglio di amministrazione o l'amministratore unico, e il collegio sindacale. L'ipotesi dell'amministratore unico è, in effetti, configurabile soltanto qualora le società per azioni optino

risparmio: continuità e fratture nella politica criminale in materia economica, in *Il corriere del merito*, n. 5, 615.

per il sistema tradizionale di amministrazione e controllo, in quanto sia il sistema monistico che quello dualistico non consentono la nomina di un organo amministrativo monocratico. Il consiglio di amministrazione, poi, può essere articolato al suo interno con la creazione di organi delegati, come il comitato esecutivo o uno o più amministratori delegati. Il sistema dualistico, di ispirazione tedesca, prevede invece la presenza di un consiglio di sorveglianza di nomina assembleare e un consiglio di gestione⁹²², nominato dal consiglio di sorveglianza. Nel sistema monistico, di ispirazione anglosassone, ci sono infine il consiglio di amministrazione ed un comitato per il controllo della gestione⁹²³ costituito al suo interno⁹²⁴.

L'articolo 2380 del codice civile, come novellato dal decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6, prevede che le disposizioni che fanno riferimento agli amministratori si applichino, a seconda dei casi, al consiglio di amministrazione o di gestione. Questo dato può essere utile nella lettura dell'articolo 2391 del codice civile, cui il reato di omessa comunicazione rinvia per l'individuazione della condotta, tuttavia l'estensione della sfera dei soggetti attivi per le norme del codice civile che prevedono reati societari è ricavabile, in via principale, dalla lettera dell'articolo 2639 del codice civile, che dispone l'estensione della qualifica anche a coloro che siano tenuti a svolgere la stessa funzione, solo diversamente qualificata⁹²⁵. Trattandosi di una disposizione successiva alla riforma del diritto societario, tuttavia, l'articolo 2629-bis non ha bisogno del ricorso all'estensione delle qualifiche, perché il legislatore del 2005 ha, opportunamente, tenuto conto che, di fianco alla figura dell'amministratore, il diritto delle società conosce anche la figura, analoga, del componente del comitato di gestione. In questo

⁹²² Rispettivamente sono, *Aufsichtsrat* e *Vorstand*.

⁹²³ Si tratta del *Board of directors* e dell'*Audit Committee*.

⁹²⁴ CAMPOBASSO Gian Franco (2004), *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, 2^a edizione a cura di CAMPOBASSO Mario, *Aggiornamento della 5^a edizione del Diritto commerciale 2. Diritto delle società*, Torino, UTET, 107 e s.

⁹²⁵ Ragiona in questo senso, riguardo all'articolo 2634 del codice civile, MASULLO Maria Novella (2003), 2634, in *Le leggi penali d'udienza*, a cura di PADOVANI Tullio, Milano, Giuffrè, 1306.

modo si copre l'intero novero delle figure dei gestori⁹²⁶.

2.1. L'amministratore delegato.

Si tratta, quindi, di considerare una problematica, piuttosto circoscritta, ma interessante. Nell'ambito di applicazione dell'articolo 2391 viene considerata anche la posizione dell'amministratore delegato interessato, per il quale è previsto un vero e proprio obbligo, diverso dalla semplice comunicazione dell'interesse di cui sia portatore: quello di astenersi dal compiere direttamente l'operazione, con la conseguenza che egli dovrà, quindi, coinvolgere l'organo collegiale.

Non trova, invece, esplicita disciplina la posizione dell'amministratore unico⁹²⁷: in particolare, sul piano della validità degli atti da questo compiuti in conflitto di interessi, non si è, purtroppo, ritenuto di prevedere alcunché⁹²⁸.

Il problema che ne deriva non può essere risolto con un'interpretazione analogica, ciò che, comunque, sarebbe possibile solo ove si trascurassero i risvolti penali che l'obbligo posto dalla norma societaria ha finito con l'assumere. È, infatti, evidente che non si può estendere all'amministratore unico l'ulteriore obbligo, previsto per l'amministratore delegato, di rimettere all'organo collegiale la decisione di compiere un'operazione in cui il primo sia interessato: semplicemente in quanto tale organo non esiste. D'altro canto, se ci si limitasse a imporre l'obbligo di astensione, si finirebbe col paralizzare del tutto l'azione dell'amministratore unico. Vi è, tuttavia, chi sostiene che una disciplina per l'amministratore unico sia comunque

⁹²⁶ L'articolo 2639 naturalmente continuerà a svolgere la propria funzione in relazione ai cosiddetti soggetti di fatto, individuando i requisiti che permettono l'estensione della sanzione penale.

⁹²⁷ Una simile lacuna era lamentata, in relazione al previgente articolo 2631, da ANTOLISEI Francesco (1999), in *Leggi complementari, vol. I - I reati societari, bancari, di lavoro e previdenza, Manuale di Diritto Penale*, undicesima edizione, Milano, Giuffrè, 311. Ricordiamo che secondo questo Autore l'articolo 2631 muniva di difesa penale l'articolo 2391 del codice civile, nella stesura allora vigente.

⁹²⁸ BLANDINI Antonio (2004), *Conflitto di interessi ed interessi degli amministratori di società per azioni: prime riflessioni*, in *Rivista di diritto civile*, n. 3, (maggio-giugno), 419.

evincibile⁹²⁹ dal testo dell'articolo 2391: l'amministratore unico dovrebbe, cioè, comunicare la notizia dell'interesse di cui sia portatore, oltre che al collegio sindacale, anche all'assemblea, nella prima seduta utile⁹³⁰. Sempre in dottrina, altri ha, viceversa, evidenziato che «va sicuramente (*sic*) escluso l'obbligo dell'amministratore unico di astenersi dal compiere l'operazione, nonostante tale comportamento sia imposto all'amministratore delegato»⁹³¹. Venendo, ora, più propriamente alle conseguenze che simili prospettazioni potrebbero avere sul piano penale, di primo acchito si potrebbe supporre che vi sia una questione di probabile incostituzionalità, dal momento che vi sarebbe disparità di trattamento tra i gestori, che facciano parte di un organo collegiale e l'eventuale amministratore unico, il quale, non avendo un obbligo *ex* articolo 2391, non sarebbe neanche mai sottoposto alla sanzione penale comminata dall'articolo 2626-bis. In realtà, la questione smette presto di arrovellare l'interprete, giusto allorché ci si soffermi sugli ulteriori limiti che i rinvii contenuti nell'articolo 2629-bis pongono all'applicazione della disposizione penale. È infatti punito un novero di soggetti inferiore a quello dei destinatari del precetto contenuto nell'articolo 2391, che è rivolto a tutte le società per azioni.

2.2. Il riferimento a grande impresa, banca e assicurazioni.

Emergono, comunque, problemi ulteriori se si considera che il delitto di omessa comunicazione è, o dovrebbe essere, teleologicamente orientato a disciplinare la grande impresa, la grande banca, la finanza: proprio perchè introdotto, come le altre norme che compongono quella variegata congerie

⁹²⁹ Confondendo l'amministratore delegato con l'amministratore unico DI BERNARDO Maurizio e MATTIA Salvatore (2005), *Il conflitto di interessi degli amministratori nella nuova s.p.a.*, in *Le società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n. 5, 561. Esordiscono, nel paragrafo dedicato a questa tematica, proprio affermando che «l'ultimo periodo del primo comma dell'articolo 2391 prende in considerazione, a differenza della precedente disciplina, l'ipotesi in cui ad essere portatore di interessi personali sia l'amministratore unico».

⁹³⁰ Si veda, in proposito, la parte dedicata alla disciplina del 2391 del codice civile.

⁹³¹ DI BERNARDO Maurizio e MATTIA Salvatore (2005), *Il conflitto di interessi degli amministratori nella nuova s.p.a.*, in *Le società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n. 5, 561.

di disposizioni che troviamo nella legge 262 del 2005, sulla spinta di scandali finanziari che hanno minato la fiducia degli investitori non professionali, dopo aver mandato in fumo i risparmi di migliaia di persone. Questo, almeno, è quanto si evince dalla prima parte del testo dell'articolo 2629-bis, che fa riferimento a società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altri Paesi dell'Unione europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell'articolo 116 del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58. Si tratta cioè delle cosiddette società aperte, di cui fanno parte, oltre alle quotate, anche le società emittenti definite all'articolo 2-bis del Regolamento emittenti della CONSOB⁹³². Fin qui appare evidente che, rispetto a tutte le società per azioni, la norma è rivolta a un sottoinsieme di esse.

L'articolo 2629-bis, tuttavia, prosegue con un "ovvero", cui segue il riferimento a un soggetto vigilato ai sensi del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385⁹³³, del citato testo unico di cui al decreto legislativo n. 58 del 1998,

⁹³² Articolo 2-bis (*Definizione di emittenti strumenti finanziari diffusi fra il pubblico in misura rilevante*) 1. Sono emittenti azioni diffuse fra il pubblico in misura rilevante gli emittenti italiani i quali, contestualmente:

a) abbiano azionisti diversi dai soci di controllo in numero superiore a 200 che detengano complessivamente una percentuale di capitale sociale almeno pari al 5%;

b) non abbiano la possibilità di redigere il bilancio in forma abbreviata ai sensi dell'articolo 2435-bis, primo comma, del codice civile.

2. I limiti di cui al comma precedente si considerano superati soltanto se le azioni alternativamente:

- abbiano costituito oggetto di una sollecitazione all'investimento o corrispettivo di un'offerta pubblica di scambio;

- abbiano costituito oggetto di un collocamento, in qualsiasi forma realizzato, anche rivolto a soli investitori professionali come definiti ai sensi dell'articolo 100 del TUF;

- siano negoziate su sistemi di scambi organizzati con il consenso dell'emittente o del socio di controllo;

- siano emesse da banche e siano acquistate o sottoscritte presso le loro sedi o dipendenze.

3. Non si considerano emittenti diffusi quegli emittenti le cui azioni sono soggette a limiti legali alla circolazione riguardanti anche l'esercizio dei diritti aventi contenuto patrimoniale, ovvero il cui oggetto sociale prevede esclusivamente lo svolgimento di attività non lucrative di utilità sociale o volte al godimento da parte dei soci di un bene o di un servizio.

4. Sono emittenti obbligazioni diffuse fra il pubblico in misura rilevante gli emittenti italiani dotati di un patrimonio netto non inferiore a cinque milioni di euro e con un numero di obbligazionisti superiore a duecento.

⁹³³ In relazione a tale testo legislativo, ovvero il Testo unico in materia bancaria, si segnala peraltro che il legislatore del 2005 ha provveduto altresì a modificare la fattispecie di cui all'articolo 136, riguardo alla quale già si è accennato, in nota, a proposito della precedente disciplina del conflitto di

della legge 12 agosto 1982, n. 576, o del decreto legislativo 21 aprile 1993, n. 124. Si tratta quindi, in questo caso, di amministratori o componenti del consiglio di gestione non più specificamente di una società per azioni, bensì di un novero più ampio di soggetti. Questo perché i citati decreti, che disciplinano, rispettivamente, l'attività bancaria e creditizia, l'intermediazione finanziaria, le assicurazioni e le forme pensionistiche complementari, non sono rivolti in via esclusiva a delle società per azioni.

Basti pensare che, oltre alle società bancarie, esistono, e sono regolate dal decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, le banche cooperative, nella duplice forma delle banche popolari e delle banche di credito cooperativo⁹³⁴. Per ottenere l'autorizzazione all'attività bancaria è necessario, *ex* articolo 14 T.U.B., che sia adottata la forma di società per azioni oppure di società cooperativa per azioni a responsabilità limitata; a queste ultime è comunque applicabile la disciplina contenuta nell'articolo 2391 del codice civile, dettata per le società per azioni, in virtù del rinvio operato dall'articolo 2519 del codice civile.

Le assicurazioni, d'altra parte, possono essere costituite in forma di società per azioni, società cooperative e società di mutua assicurazione⁹³⁵. Per estendere l'articolo 2391 anche ad esse, è necessario leggere il rinvio contenuto all'articolo 2547 del codice civile, che richiama le norme stabilite per le società cooperative, in quanto compatibili, nel senso che esso comprenda anche il rinvio per esse contenuto all'articolo 2519.

Si capisce però che, in questo modo, quella che si dipana a raggiera

interessi degli amministratori. Si rinvia comunque, per approfondimento, a AMBROSETTI Enrico Mario (2008), *La "trasparenza interna": le fattispecie a tutela del patrimonio della banca*, in AMBROSETTI Enrico Mario, MEZZETTI Enrico, RONCO Mauro, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, Zanichelli, 320 e seguenti, nonché ZAMBUSI Angelo (2005), *L'infedeltà patrimoniale interna degli operatori bancari*, Padova, CEDAM, 7 e seguenti, nonché 275 e seguenti, dove l'Autore confronta suddetto articolo 136 con la disposizione di cui all'articolo 2634 del codice civile.

⁹³⁴ Secondo la nuova denominazione data alle Casse Rurali ed Artigiane. V. MOLLE Giacomo e DESIDERIO Luigi (2005), *Manuale di diritto bancario e dell'intermediazione finanziaria*, settima edizione, Milano, Giuffrè.

⁹³⁵ Così prevede l'articolo 18 del decreto del Presidente della Repubblica 449 del 1959, Testo unico delle leggi sull'esercizio delle assicurazioni private.

dall'articolo 2629-bis è una vera e propria ragnatela, destinata ad avvolgere soggetti che si trovano in situazioni molto diverse tra loro. C'è da chiedersi quanto ciò sia in linea con le esigenze di tassatività delle norme penali, che naturalmente mantengono la loro incidenza anche sullo statuto penale dell'impresa⁹³⁶. Se infatti il grado di determinatezza della fattispecie è il criterio per giudicare se il principio di tassatività sia soddisfatto⁹³⁷, è innegabile che qui si presenti qualche difficoltà.

Quanto poi ai fondi pensione, secondo l'articolo 4 del decreto legislativo 21 aprile 1993, n. 124, essi sono costituiti come soggetti giuridici, di natura associativa, ai sensi dell'articolo 36 del codice civile, distinti dai soggetti promotori dell'iniziativa; o come soggetti dotati di personalità giuridica ai sensi dell'articolo 12 del codice civile⁹³⁸. I fondi pensione, però, possono essere costituiti altresì nell'ambito del patrimonio di una singola società o di un singolo ente pubblico anche economico attraverso la formazione con apposita deliberazione di un patrimonio di destinazione, separato ed autonomo, nell'ambito del patrimonio della medesima società od ente, con gli effetti di cui all'articolo 2117 del codice civile.

2.3. Realtà troppo diverse.

È forse possibile, allora, che un fondo pensione possa essere equiparato a una SICAV, che ha la forma di società per azioni ed è regolata dal T.U.F.? Sarà pur vero che in entrambi i casi può venire in gioco un'esigenza di tutela del risparmio, specie se si guarda al piccolo risparmiatore, ma si tratta

⁹³⁶ L'espressione è mutuata da BRICOLA Franco (1990), *Lo statuto penale dell'impresa: profili costituzionali*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, a cura di DI AMATO Astolfo, Padova, CEDAM, vol. I, 140 e seguenti

⁹³⁷ MANTOVANI Ferrando (2001), *Diritto penale, Parte generale*, quarta edizione, Padova, CEDAM, 67.

⁹³⁸ Peraltro tale articolo, che statuiva che per le associazioni, le fondazioni e le altre istituzioni di carattere privato l'acquisto della personalità giuridica fosse subordinato alla concessione del riconoscimento mediante Decreto del Presidente della Repubblica, risulta abrogato dal D.P.R. 10 febbraio 2001, n. 361. Non vi sono però grandi diversificazioni rispetto all'abrogato articolo 12 del codice civile relativamente alla individuazione delle persone giuridiche private soggette al riconoscimento, poiché accanto alle associazioni ed alle fondazioni viene tuttora menzionata la categoria delle "altre istituzioni di carattere privato" (articolo 1).

di realtà organizzative molto diverse; eppure si tratta di un particolare di cui l'articolo 2629-bis sembra non tenere affatto conto. Ciò che, invece, non può trascurare l'interprete, che in questo caso si trova in difficoltà, perché nel diritto civile non è ravvisabile alcuna norma che permetta di rinviare alla disciplina sulle società per azioni, specialmente tenuto conto che una simile disciplina non sarebbe agevolmente compatibile con la struttura dei fondi pensione.

Occorre allora domandarsi se la disposizione penale, allorché commina la reclusione per chi «viola gli obblighi previsti dall'articolo 2391, primo comma», si limiti a sanzionare l'obbligo civilistico, oppure disponga l'osservanza di tali obblighi a tutti i destinatari della norma penale, a prescindere che già vi fossero tenuti *ex* articolo 2391. Con tutta probabilità è maggiormente corretta la prima soluzione, dal momento che un'interpretazione letterale evidenzia come gli obblighi siano quelli previsti dall'articolo 2391 e quindi essi sussistano solo in capo ai soggetti cui è rivolta tale disposizione.

In conclusione, se il legislatore intendeva sanzionare la condotta omissiva dei gestori di enti, anche diversi dalle società per azioni, nell'ottica di una tutela generalizzata del risparmio, l'errore è stato quello di estendere incautamente a tutti tali soggetti un obbligo che invece è proprio della disciplina delle società per azioni.

La stessa collocazione dell'articolo 2629-bis nell'alveo dei reati societari, poi, trae in inganno, perché appare chiaramente come non si tratti, propriamente di un reato societario, bensì di un delitto che avrebbe forse trovato una più adeguata collocazione all'interno dei vari testi unici dei settori che esso aspira a presidiare⁹³⁹. Tuttavia, dal momento che si tratta di

⁹³⁹ Si vedano altresì le riflessioni di TOSATO Lorenza (2007), *Art. 2629-bis, Omessa comunicazione del conflitto di interessi*, in LANZI Alessio e CADOPPI Alberto, *I reati societari: commentario aggiornato alla legge 28 dicembre 2005 n. 262 sulla tutela del risparmio*, Padova, CEDAM, 141-142, riprese da MALAVASI Marcello (2008), *I nuovi reati societari*, Torino, Utet, 182-183, sul profilo di

una disposizione unitaria, quando sarebbe stato forse più congruo disciplinare singolarmente i distinti ambiti di applicazione, la scelta di collocarlo nel codice civile può essere giustificata, se si tiene conto del suo carattere generale.

Quanto alle possibilità di applicazione della nuova disposizione penale anche a soggetti attivi diversi dai gestori di società per azioni, non possiamo nascondere che sussistano dei dubbi⁹⁴⁰. Si tratterà di attendere per vedere come si atteggerà in futuro la giurisprudenza, nella speranza che, nel frattempo, il legislatore provveda a semplificare la rete dei rinvii incrociati accorgendosi di quanto vi ha effettivamente celato dietro.

3. L'interesse oggetto di comunicazione.

Riguardo al conflitto di interessi si tratta inizialmente di esaminare in che modo esso catalizzi il disvalore della condotta, atteso che sotto questa etichetta sono considerati tutti gli interessi, diversi da quello delle società, di cui siano latori gli amministratori e siano socialmente percepiti come sufficientemente rilevanti.

L'attuale disposizione di cui all'articolo 2391 prevede infatti, come visto, un obbligo di comunicazione più esteso di quello disciplinato prima della riforma del 2003; in questo modo, però, quella che era una norma sul conflitto di interessi degli amministratori è diventata una norma sull'informazione. Ci si è, dunque, interrogati se si tratti ancora di una norma sul conflitto di interessi.

Sulla scorta di quanto già detto e dall'analisi che seguirà cercheremo di mettere in luce come, tuttora, si tratti di una norma finalizzata a far

determinatezza della fattispecie e il collegamento con il Regolamento Consob, di natura amministrativa, che indica in cosa consista la misura rilevante.

⁹⁴⁰ In particolare ha evidenziato il timore che si tratti di una grida manzoniana CALVI Alessandro Alberto, nel corso della tavola rotonda *La tutela del risparmio: i nuovi strumenti predisposti dal legislatore penale e civile e la loro attitudine applicativa*, occasione del convegno *Infedeltà patrimoniali e conflitti di interesse, Le nuove responsabilità penali di gestori e revisori di società*, Treviso, 18 maggio 2006; è stata infatti evidenziata la difficoltà per i pubblici ministeri di formulare un'imputazione sulla base di una norma siffatta.

emergere situazioni di conflitto di interessi, e come ciò sia legato al fatto che, comunque, dovrà avvenire una valutazione di tutti gli interessi oggetto di comunicazione, in linea con la disciplina previgente, ma ovviando alle restrizioni che ne limitavano l'efficacia.

Se, infatti, la disposizione previgente rimetteva, di fatto, all'amministratore interessato la valutazione del grado di incompatibilità degli interessi in gioco, con la possibilità di indulgenti autoassoluzioni⁹⁴¹, oggi, in nome della trasparenza, ogni interesse deve essere ammesso ed esplicitato. Inoltre, si può oggi osservare come, consistendo il giudizio sul conflitto in una valutazione *ex ante*, non serva la produzione di un'effettiva lesione; in questa prospettiva l'omessa comunicazione di un interesse, che sia di un'incidenza tale da apparire rilevante per orientare la decisione di un'operazione, già è carica di disvalore, ciò che se, da un lato, può apparire un irrigidimento della disciplina delle operazioni in conflitto d'interessi⁹⁴², dall'altro, si pone come una scelta di coerenza del sistema, per le ragioni che esamineremo. Intanto, si è già dato conto che, con l'attuale stesura dell'articolo 2391, fondamento della nuova disciplina è la preventiva comunicazione, al consiglio e all'organo di controllo, di ogni interesse, per conto proprio o di terzi⁹⁴³, anche compatibile con quello sociale, di cui

⁹⁴¹ ZAMPERETTI Giorgio Maria (2005), *Il «nuovo» conflitto di interessi degli amministratori di s.p.a.: profili sparsi di fattispecie e di disciplina*, in *Le società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n. 9, 1086.

⁹⁴² È quanto afferma ad esempio ENRIQUES Luca (2002), *Afef e la pulce della società per azioni*, intervento al Convegno di Varese del 20-21 settembre e reperibile in <www.associazionepreite.it>, 1.

⁹⁴³ V. in proposito DI BERNARDO Maurizio e MATTIA Salvatore (2005), *Il conflitto di interessi degli amministratori nella nuova s.p.a.*, in *Le società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n. 5, 558. Questi Autori si fanno latori dell'opinione secondo cui la cura dell'interesse del terzo deve trovare origine in un rapporto giuridicamente rilevante. In altri termini, l'amministratore deve curare l'interesse del terzo in virtù di un rapporto cui l'ordinamento riconosce rilevanza giuridica, quale ad esempio quello coniugale, o quello contrattuale. In proposito si rifanno a PANZIRONI Valeria (2003), *Il conflitto di interessi dell'amministratore di s.p.a. nell'elaborazione di dottrina e giurisprudenza*, consultabile presso <<http://www.archivioceradi.it>>; di diverso avviso invece VISENTINI Bruno, *La disciplina del conflitto di interessi nel mercato mobiliare: società azionarie società di intermediazione mobiliare società di gestione del risparmio*, in *Nuova Giurisprudenza Civile e Commerciale*, 2002, 463, secondo il quale anche rapporti di fatto possono, se giuridicamente rilevanti, essere ragione di assunzione dell'interesse per conto altrui: ad esempio società di fatto, rapporto di lavoro di fatto, consulenza nei fatti coordinata; convivenze di fatto *et cetera*. Peraltro vi è anche chi in dottrina ha considerato l'inciso per conto proprio o di terzi poco più di un pleonaso, essendo agevole rinvenire in capo a un amministratore che ha interesse per conto di terzi anche

l'amministratore sia latore rispetto ad una certa operazione.

3.1. Riflessi della riforma sulla governance.

Prima di andare a esaminare i problemi che una formula tanto ampia può sollevare, si impongono delle considerazioni preliminari. Innanzitutto non può passare sotto silenzio che la nuova previsione, di cui all'articolo 2391, è perfettamente in linea con le esigenze di *governance* sostenute dalla riforma, che vede uno dei propri fili conduttori nella trasparenza e nell'informazione che ne è alla base⁹⁴⁴. Alla luce di questa nuova fondamentale esigenza, il legislatore ha mostrato di voler uscire da una visione necessariamente patologica della presenza di più interessi nei processi decisionali dell'organo amministrativo⁹⁴⁵. Se, in precedenza, si tendeva ad assegnare al dovere di comunicazione di cui al previgente articolo 2391, una mera funzione di autocensura dell'amministratore interessato e di "messa in guardia" degli amministratori disinteressati⁹⁴⁶, oggi si può affermare che la nuova disciplina di preventiva comunicazione, al consiglio ed all'organo di controllo, di ogni interesse per conto proprio o di terzi, svolga un'importante funzione in termini di *disclosure*⁹⁴⁷.

l'interesse proprio nell'accezione ampia. V. in proposito ENRIQUES Luca (2000), *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, Giuffrè, 154. Nello stesso senso si esprime anche D'ALESSANDRO Floriano (1990), *Amministratore unico di s.p.a. appartenente a un gruppo e conflitto di interessi "per conto altrui"*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 49.

⁹⁴⁴ ZAMPERETTI Giorgio Maria (2005), *Il «nuovo» conflitto di interessi degli amministratori di s.p.a.: profili sparsi di fattispecie e di disciplina*, in *Le società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n. 9, 1085.

⁹⁴⁵ Come ha osservato ZAMPERETTI Giorgio Maria (2005), *Il «nuovo» conflitto di interessi degli amministratori di s.p.a.: profili sparsi di fattispecie e di disciplina*, in *Le società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n. 9, 1085, che definisce quello del legislatore "un approccio non privo di realismo rispetto alla vita delle imprese e i fenomeni economici".

⁹⁴⁶ ENRIQUES Luca (2000), *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, Giuffrè, 212.

⁹⁴⁷ Così DI BERNARDO Maurizio e MATTIA Salvatore (2005), *Il conflitto di interessi degli amministratori nella nuova s.p.a.*, in *Le società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n. 5, 557. Occorre, d'altro lato, evidenziare che parlare di *disclosure* in materia bancaria porta necessariamente a correlarsi con la norma di cui all'articolo 136 del d.lgs 385 del 1993, come modificato, da ultimo, anche dallo stesso d.lgs 262 del 2005. Tale disposizione, in effetti, sanziona «chi svolge funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso una banca non può contrarre obbligazioni di qualsiasi natura o compiere atti di compravendita, direttamente o indirettamente, con la banca che amministra, dirige o controlla, se non previa deliberazione dell'organo di amministrazione presa all'unanimità e col voto favorevole di tutti i componenti dell'organo di

Inoltre, rispetto al mero dare notizia che caratterizzava anche l'articolo 2391 previgente, e che lasciava pensare che l'amministratore potesse limitarsi a comunicare sinteticamente la sussistenza di un interesse confliggente, la riforma chiarisce che egli deve spiegare ogni sfaccettatura del medesimo, precisandone natura, termini, origine e portata.

Il carattere innovativo della nuova fattispecie risiederebbe, comunque, nella circostanza che il dovere di informazione non riguardi più il conflitto di interessi, dal momento che l'articolo 2391 del codice civile sancisce l'obbligatorietà della comunicazione di tutti gli interessi, ancorché potenziali e indiretti⁹⁴⁸, che gli amministratori abbiano in riferimento ad operazioni sociali. Si priva, così, l'amministratore del potere di decidere se un determinato interesse coincida o piuttosto contrasti con l'interesse sociale, e si attribuisce l'obbligo di valutare questa situazione al consiglio di amministrazione⁹⁴⁹. La norma amplia quindi i doveri di comunicazione del consigliere di amministrazione, che ha l'obbligo di notificare gli altri amministratori e il collegio sindacale anche qualora il suo interesse gli sembri, o oggettivamente sia, non conflittuale, bensì coincidente o

controllo», sempre fermi restando gli obblighi di astensione altrimenti previsti per legge, oltre che «chi svolge funzione di amministrazione, direzione e controllo, presso una banca o società facenti parte di un gruppo bancario, per le obbligazioni e per gli atti indicati nel comma 1 posti in essere con la società medesima o per le operazioni di finanziamento poste in essere con altra società o con altra banca del gruppo. In tali casi l'obbligazione o l'atto sono deliberati, con le modalità previste dal comma 1, dagli organi della società o banca contraente e con l'assenso della capogruppo». È evidente come la *ratio* della norma sia quella di tutelare il corretto funzionamento dei meccanismi di *disclosure*, atteso che la deliberazione, quantunque presa all'unanimità e col voto favorevole di tutti i componenti dell'organo di controllo, non potrebbe avere alcuna efficacia scriminante se i votanti non fossero correttamente informati sugli esatti termini della situazione attorno alla quale essi vanno a deliberare. Si veda AMBROSETTI Enrico Mario (2008), *La "trasparenza interna": le fattispecie a tutela del patrimonio della banca*, in AMBROSETTI Enrico Mario, MEZZETTI Enrico, RONCO Mauro, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, Zanichelli, 324 e seguenti, nonché ZAMBUSI Angelo (2005), *L'infedeltà patrimoniale interna degli operatori bancari*, Padova, CEDAM 158 e seguenti, nonché 247 e seguenti.

⁹⁴⁸ Analizzano lucidamente i profili della norma DI BERNARDO Maurizio e MATTIA Salvatore (2005), *Il conflitto di interessi degli amministratori nella nuova s.p.a.*, in *Le società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n. 5, 559; gli Autori, alla nota 15, rinviano poi alla *Relazione ministeriale illustrativa al decreto legislativo 6/2003*, la quale pone in primo piano la tutela della trasparenza, imponendo agli amministratori di dare notizia di "ogni interesse che essi abbiano, anche per conto di terzi, in operazione della società, anche se l'operazione sia nell'interesse sociale. Il maggior rigore di questa disciplina vuole sottolineare non solo che qualsiasi amministratore, essendo gestore di un patrimonio altrui, non può approfittare della sua posizione per conseguire diretti o indiretti vantaggi, ma, soprattutto, il valore della trasparenza nella gestione delle società".

⁹⁴⁹ BLANDINI Antonio (2004), *Conflitto di interessi ed interessi degli amministratori di società per azioni: prime riflessioni*, in *Rivista di diritto civile*, n. 3, (maggio-giugno), 417.

compatibile con l'interesse sociale. Di qui il mutamento della rubrica dell'articolo in esame che, caduto ogni riferimento al conflitto, reca semplicemente la dizione «interessi degli amministratori»⁹⁵⁰. Si tratta di indicazioni che sembrerebbero deporre a favore della rilevanza normativa di ogni interesse socialmente riconoscibile, e quindi anche di natura non patrimoniale⁹⁵¹.

È un punto di grande rilevanza, perché condiziona totalmente la portata applicativa dell'articolo 2391. Per questo, occorre definire quando realmente ricorra tale situazione di interesse dell'amministratore, che necessita di essere esternato. Non va, infatti, trascurato il rischio che nella prassi applicativa si possano verificare degli abusi nella stessa individuazione di interessi particolari degli amministratori⁹⁵², con la conseguenza che l'eccessiva estensione dell'area applicativa avrebbe l'effetto di far scattare il meccanismo previsto dalla norma in esame di fronte a qualsiasi interferenza nel processo decisionale⁹⁵³.

Se in passato giurisprudenza e dottrina prevalenti⁹⁵⁴ hanno cercato di restringere la nozione di interesse giuridicamente rilevante a quello di natura patrimoniale, all'opposto, vi è stato, più recentemente, chi ha argomentato⁹⁵⁵ come non vi sia ragione di ritenere che il legislatore abbia implicitamente introdotto la finzione che gli esseri umani siano motivati esclusivamente dallo scopo di massimizzare la propria ricchezza. Questa impostazione non

⁹⁵⁰ DI BERNARDO Maurizio e MATTIA Salvatore (2005), *Il conflitto di interessi degli amministratori nella nuova s.p.a.*, in *Le società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n. 5, 558. Vedi anche SANTOSUOSSO Daniele U. (2003), *La riforma del diritto societario*, Milano, Giuffrè, 142.

⁹⁵¹ ZAMPERETTI Giorgio Maria (2005), *Il «nuovo» conflitto di interessi degli amministratori di s.p.a.: profili sparsi di fattispecie e di disciplina*, in *Le società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n. 9, 1087.

⁹⁵² BLANDINI Antonio (2004), *Conflitto di interessi ed interessi degli amministratori di società per azioni: prime riflessioni*, in *Rivista di diritto civile*, n. 3, (maggio-giugno), 418.

⁹⁵³ Ancora ZAMPERETTI Giorgio Maria (2005), *Il «nuovo» conflitto di interessi degli amministratori di s.p.a.: profili sparsi di fattispecie e di disciplina*, in *Le società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n. 9, 1087.

⁹⁵⁴ Per una indicazione delle posizioni giurisprudenziali e dottrinali si rinvia a ENRIQUES Luca (2000), *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, Giuffrè, 149, nota 24.

⁹⁵⁵ Da ENRIQUES Luca (2000), *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, Giuffrè, 142 e seguenti

pare, infatti, appagante, nella misura in cui rende irrilevanti una serie di ipotesi di potenziale abuso, in cui l'amministratore può ottenere «un'utilità socialmente riconoscibile come altrettanto, se non più, tentatrice che il desiderio di ricchezza»⁹⁵⁶.

Per queste ragioni, e tenuto conto della visione fisiologica che il legislatore ha della possibile compresenza di più interessi nella dinamica della gestione societaria, si dovrà innanzitutto tentare di stabilire cosa debba intendersi per interesse dell'amministratore ai sensi dell'articolo 2391. Quindi, sarà necessario individuare un'adeguata definizione degli interessi degli amministratori ai sensi dell'articolo 2391, che eviti un'applicazione eccessivamente estensiva della norma, segnatamente in presenza di interessi extra-patrimoniali⁹⁵⁷, per poi applicarla, operativamente, alla norma penale. Preliminarmente, deve darsi conto della sensazione di profondo disagio⁹⁵⁸ che l'interprete prova di fronte alla vaghezza e al carattere ambiguo⁹⁵⁹ del termine interesse, di cui sono incerti l'oggetto e il contenuto⁹⁶⁰. Può aiutare a comprendere la soglia normativa dell'interesse rilevante ai fini dell'articolo 2391 del codice civile una riflessione sui caratteri della decisione imprenditoriale, caratterizzata da un tasso di soggettività che altri tipi di decisione, ad esempio quella del giudice, non possono avere⁹⁶¹. Ovviamente, essa non può essere totalmente soggettiva, atteso che ha un punto di riferimento esterno, cioè il perseguimento dell'oggetto sociale e

⁹⁵⁶ ENRIQUES Luca (2000), *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, Giuffrè, 150.

⁹⁵⁷ ZAMPERETTI Giorgio Maria (2005), *Il «nuovo» conflitto di interessi degli amministratori di s.p.a.: profili sparsi di fattispecie e di disciplina*, in *Le società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n. 9, 1088.

⁹⁵⁸ In questi termini già ROMANO Mario (1967), *Profili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di società per azioni*, Milano, Giuffrè, 52.

⁹⁵⁹ LUMINOSO Angelo (1984), *Mandato, commissione, spedizione*, *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu Antonio e Messineo Francesco, Milano, Giuffrè, 9.

⁹⁶⁰ DONISI Carmine (1992), *Il contratto con se stesso*, in *Pubblicazioni della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 134.

⁹⁶¹ ZAMPERETTI Giorgio Maria (2005), *Il «nuovo» conflitto di interessi degli amministratori di s.p.a.: profili sparsi di fattispecie e di disciplina*, in *Le società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n. 9, 1088.

l'interesse della società. La soggettività e la discrezionalità della decisione imprenditoriale sono, nondimeno, connesse al fatto che la realizzazione dell'oggetto sociale, nonché il perseguimento dell'interesse della società, possono essere conseguiti attraverso una serie molto ampia di percorsi. In questo quadro di riferimento, possono collocarsi molti degli elementi che possiamo chiamare utilità⁹⁶². Tanto per fare qualche esempio, un amministratore può avere interesse ad affidare un importante appalto all'impresa di un suo fraterno amico, che cerca di ritagliarsi una fetta di mercato e per il quale un contratto con quell'impresa sarebbe ragione di grande pubblicità. Oppure, un amministratore potrebbe avere interesse che la società effettui una sovvenzione, giustificata da motivi d'immagine, per la ricerca contro la leucemia, piuttosto che contro l'AIDS, perché il proprio fratello di leucemia è morto pochi anni prima. Ancora, la scelta di non acquisire il controllo di un'altra società potrebbe essere dettata dall'odio irrefrenabile per l'azionista di maggioranza di tale società, un uomo avido che, oltre a chiedere un prezzo estremamente elevato per le proprie azioni, è anche l'ex marito di un'amministratrice della prima società.

Potremmo continuare all'infinito su questa falsariga, immaginando esempi di ogni genere, dal momento che esistono interessi dei tipi più disparati⁹⁶³.

⁹⁶² Così, sulla scia di Jeremy Bentham, ENRIQUES Luca (2000), *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, Giuffrè, 148.

⁹⁶³ V. ancora ENRIQUES Luca (2000), *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, Giuffrè, 143 e seguenti. A questo Autore, che pure si esprime a riguardo dell'articolo 2391 nella versione previgente, sono attribuibili molti interessanti esempi, alcuni tratti dalla cronaca; se ne riassumono qui alcuni:

- una società, rappresentata dall'amministratore unico, vende un immobile a una signorina, con la quale l'amministratore aveva stretto una relazione amorosa;

- un consiglio di amministrazione viene convocato per deliberare la scelta tra due progetti di investimento alternativi, equiparabili dal punto di vista del rischio, il primo avente rendimento atteso superiore del 10% rispetto all'altro. È evidente dalla natura dei due progetti che il primo progetto richiederebbe da parte dei tre amministratori che formano il comitato esecutivo un impegno lavorativo assai superiore a quello che imporrebbe il secondo; il consiglio delibera, con il voto favorevole dei tre amministratori in questione, e quello contrario degli altri due che lo compongono, di realizzare il secondo progetto di investimento;

- in una società che opera in un Paese in cui il regime fiscale rende particolarmente conveniente non distribuire gli utili, un amministratore, che nel tempo libero ama sopra ogni altra cosa suonare il violino, convince i colleghi ad acquistare un violino del Settecento, opera di un celebre liutaio, da esporre nella sede sociale e da affidare per la conservazione, la quale richiede che il violino sia

Volutamente, gli esempi precedenti hanno il comune denominatore di essere extra-patrimoniali, non solo perché l'articolo 2391 non contiene alcuna limitazione in tal senso, ma specialmente perché sono in grado di sensibilizzare sul tema della possibilità di contrasto tra un interesse non patrimoniale di un amministratore e quello, patrimoniale, della società.

3.2. La vicinanza con la disciplina civilistica.

A questo punto, è opportuno tornare a considerare la disposizione di cui all'articolo 2391 del codice civile, per verificare, ora in ottica prettamente penalistica, che tipo di situazioni sia tesa a disciplinare.

Convieni forse tornare brevemente sulla nozione di conflitto di interessi, partendo dall'ovvia constatazione che l'articolo 2391 del codice civile nella vecchia versione era rubricato «conflitto di interessi».

Già si è detto che prima si faceva riferimento alla sussistenza di un interesse in conflitto, mentre nell'attuale testo si prevede che l'amministratore sia tenuto a dare notizia di ogni interesse. Ora, considerato che non esiste nel nostro ordinamento una nozione unitaria di conflitto di interessi⁹⁶⁴, secondo la dottrina, un interesse dell'amministratore in una determinata operazione si ha quando vi sia ragionevole motivo di ritenere che egli, nelle concrete circostanze del caso, si rappresenti di ricavare dal compimento (o

suonato con una certa frequenza, all'amministratore stesso;

- il consiglio di amministrazione di una società delibera di dare in beneficenza una determinata somma di denaro. Il consigliere Tizio propone di elargire la somma all'associazione italiana per la ricerca contro la sinusite, di cui è uno dei fondatori;

- su proposta del consigliere Tizio, il consiglio di amministrazione della società Gamma, delibera di affidare l'appalto per la costruzione di un capannone industriale alla società Alfa, di cui capo dell'ufficio sviluppo è, da appena un mese, Sempronio, figlio di Tizio;

- Tizio, amministratore unico di una società di cui detiene la maggioranza delle azioni, che costituiscono l'unica sua fonte di reddito, al termine della propria carriera, e insoddisfatto della propria vita, decide (a differenza di Thomas Buddenbrook, in piena coscienza), quasi pregustando, masochisticamente, i momenti di disperazione a cui da incontro dopo aver portato a termine proprio disegno, di rovinarsi con le proprie mani. Compie così una serie di operazioni azzardate, pregiudizievoli, del tutto ingiustificabili se non alla luce del proposito di cui si è detto.

⁹⁶⁴ Questo dato sembra accolto senza riserve da MAFFEIS Daniele (2002), *Conflitto di interessi nel contratto e rimedi*, Milano, Giuffrè, 18 e seguenti. Questo Autore nota che talora le discipline del conflitto di interessi non riguardano la conclusione di un contratto. Così è per la disciplina del conflitto di interessi degli amministratori di società. Ciò che è oggetto di specifica disciplina è l'attività esercitata in conflitto di interessi dove il conflitto di interessi è una situazione, che consiste nella presenza di un interesse in conflitto.

dall'omissione) dell'operazione un'utilità quantitativamente e qualitativamente rilevante, purché questa rappresentazione sia socialmente riconoscibile in quanto tale e nel suo oggetto⁹⁶⁵.

In ciò, il conflitto di interessi configura un istituto centrale del diritto societario, in quanto costituisce il confine che l'interesse particolare dell'amministratore non può travalicare senza invadere il preminente interesse sociale⁹⁶⁶.

Naturalmente, il problema concreto di valutare la sussistenza di un conflitto si pone in termini maggiormente ardui rispetto a utilità extra-patrimoniali, atteso che l'omogeneità di un interesse patrimoniale dell'amministratore con l'interesse della società alla massimizzazione dell'utile rende più facile apprezzare la significatività dell'interesse e la necessità di instaurare il «differente e più vischioso protocollo decisionale previsto dall'articolo 2391»⁹⁶⁷.

Deve però escludersi che l'amministratore sia tenuto a trasformare le adunanze consiliari in “sedute autobiografiche”⁹⁶⁸ in cui analizza e dichiara tutte le possibili utilità collegate alle sue vicende personali, familiari, mediche, religiose... Pensiamo agli amministratori di cui agli esempi precedenti: dovranno forse raccontare della loro sincera amicizia sviluppata nel corso di lunghi anni, della dolorosa malattia del fratello, delle loro

⁹⁶⁵ Così si esprimono DI BERNARDO Maurizio e MATTIA Salvatore (2005), *Il conflitto di interessi degli amministratori nella nuova s.p.a.*, in *Le società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n. 5, 558; a loro volta questi Autori fanno riferimento a ENRIQUES Luca (2000), *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, Giuffrè, 146, anche se in quell'occasione il ragionamento dell'Autore è parzialmente diverso. Essi inoltre ricordano, in nota 5, che la giurisprudenza di legittimità a questo proposito ritiene che non sia rilevante soltanto l'interesse di natura economico-patrimoniale. Si veda cassazione 11 ottobre 1956, 3517, in *giustizia civile*, I, 1957, 474 e seguenti

⁹⁶⁶ BLANDINI Antonio (2004), *Conflitto di interessi ed interessi degli amministratori di società per azioni: prime riflessioni*, in *Rivista di diritto civile*, n. 3, (maggio-giugno), 405.

⁹⁶⁷ ZAMPERETTI Giorgio Maria (2005), *Il «nuovo» conflitto di interessi degli amministratori di s.p.a.: profili sparsi di fattispecie e di disciplina*, in *Le società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n. 9, 1089. Per altro verso, GIUNTA Fausto (2009), *Il delitto di omessa comunicazione del conflitto di interessi*, in *Diritto e Pratica delle Società*, n. 11, 38, osserva che proprio la menzione del danno “a terzi” possa avvallare l'impressione che la fattispecie presenti una «dimensione di tutela che decampa l'ambito degli interessi endosocietari».

⁹⁶⁸ ZAMPERETTI Giorgio Maria (2005), *Il «nuovo» conflitto di interessi degli amministratori di s.p.a.: profili sparsi di fattispecie e di disciplina*, in *Le società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n. 9, 1089.

tormentate vicende matrimoniali? Se riportiamo alla mente che la riforma chiarisce che di ogni interesse vanno spiegate tutte le sfaccettature, precisandone natura, termini, origine e portata, si rischiano conseguenze devastanti riguardo alla durata dei consigli di amministrazione.

Occorre piuttosto ricordare che la nozione di conflitto di interessi, intesa come situazione di conflitto di interessi, presuppone che la sussistenza di un interesse in conflitto sia valutata *ex ante*, cioè prima che sia posta in essere l'attività. Se l'interesse in conflitto è l'interesse che può incidere sull'attività, rendendola contraria all'interesse della cui cura si tratta, ovvero l'interesse della società, l'amministratore si trova a dover valutare se egli sia o non sia portatore di un interesse in conflitto con quello della società. Questa valutazione presuppone che egli sia a conoscenza dell'interesse di cui è portatore e si raffiguri l'interesse della società in quell'operazione, e che, quindi, valuti se il proprio interesse sia tale da incidere sulla cura di quello della società. La stessa valutazione dovrà essere poi fatta dal giudice nel momento in cui si tratterà di stabilire se sussisteva una situazione di conflitto di interessi⁹⁶⁹.

Senonché, mentre l'amministratore è in grado di valutare se l'interesse di cui è portatore lo indurrebbe a votare contro l'interesse della società, il giudizio *ex ante* cui è invece chiamato, dall'esterno, il giudice è meramente ipotetico, perché, una volta che sia chiaro quale fosse l'interesse dell'amministratore e quale fosse l'interesse sociale, il giudice non è comunque in grado, *ex ante*, di valutare se l'interesse dell'amministratore lo avrebbe o meno condotto a votare contro l'interesse della società: un simile giudizio, può essere formulato esclusivamente *ex post*.

Questa la ragione per la quale nei repertori troviamo statuito costantemente, con riferimento alla vecchia disciplina dell'articolo 2391 del codice civile,

⁹⁶⁹ MAFFEIS Daniele (2003), *Il nuovo conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni e di società a responsabilità limitata: (alcune) prime osservazioni*, in *Rivista di diritto privato*, n. 3, 521.

che, ai fini dell'annullamento, non basta il mero conflitto potenziale od un interesse apparente, bensì che si ha deliberazione in conflitto di interessi soltanto se lo scopo reale della deliberazione è contrario all'interesse della società⁹⁷⁰. È, dunque, chiaro che la vecchia disciplina sembra imporre un giudizio *ex ante* circa la sussistenza di un conflitto, ma in realtà impone un giudizio *ex post*. Infatti, mentre non può essere dimostrato in via generale⁹⁷¹ che ogni volta che un amministratore ha un interesse, il suo scopo sia contrario all'interesse della società, non ha invece bisogno di essere dimostrata l'affermazione secondo cui non tutte le operazioni sociali nelle quali l'amministratore abbia un interesse in potenziale conflitto sono necessariamente destinate a essere svantaggiose per la società⁹⁷².

La nuova disciplina, invece, ed è questo il punto fondamentale, prevede un vero giudizio *ex ante*. Se non è possibile, infatti, giudicare *ex ante* circa la sussistenza di un conflitto tra l'interesse dell'amministratore e l'interesse della società, è, invece, possibile giudicare *ex ante* circa la sussistenza di un interesse dell'amministratore, accanto all'interesse sociale nell'operazione. Ciò non significa che la nuova disciplina non sia una disciplina del conflitto di interessi: lo è, perché la sua *ratio* è di prevenire il pericolo dell'incidenza sull'attività di un interesse dell'amministratore⁹⁷³.

La differenza tra le due discipline consiste semplicemente nel dato che oggi il conflitto di interessi richiede la presenza, accanto all'interesse della

⁹⁷⁰ Si consulti Cassazione, 19 agosto 1983, n. 5404, in *Giurisprudenza italiana*, 1984, I, 1, 256.

⁹⁷¹ Secondo l'insegnamento popperiano, una tale affermazione è infatti suscettibile di falsificazione e basterebbe quindi un solo caso, in cui un amministratore scegliesse, rispetto al proprio interesse, quello sociale, per negarne validità.

⁹⁷² ENRIQUES Luca (2000), *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, Giuffrè, 20 e seguenti. L'Autore pone in evidenza come sia ragionevole ipotizzare che il rischio di falsi negativi, ossia di casi di abuso che rimangono impuniti, anche di falsi positivi, cioè di casi di mero conflitto potenziale di interessi non seguito da alcun abuso, nei quali cioè l'amministratore ha agito nel migliore interesse della società, e che il giudice non sia in grado di riconoscere come tali, ritenendo invece provato, erroneamente, il pregiudizio per la società. È altrettanto evidente tuttavia che esiste un *trade-off* tra questi due obiettivi.

⁹⁷³ MAFFEIS Daniele (2003), *Il nuovo conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni e di società a responsabilità limitata: (alcune) prime osservazioni*, in *Rivista di diritto privato*, n. 3, 522.

società, del solo interesse dell'amministratore, anziché quella contemporanea di due elementi, cioè l'interesse dell'amministratore e la sua possibile incidenza sulla cura dell'interesse sociale. Poiché questo secondo elemento non era valutabile *ex ante*, la sua eliminazione comporta che, «in base alla nuova disciplina, vi è conflitto di interessi dell'amministratore di società per azioni in presenza di un interesse dell'amministratore nell'operazione e del tutto indipendentemente dalla deliberazione adottata»⁹⁷⁴.

Dunque, oggi come ieri, la disciplina concerne il conflitto di interessi ed essa riguarda l'amministratore portatore di interessi in conflitto: si tratta solo di sgomberare il campo dalla vuota distinzione fra interessi in conflitto che sarebbero realmente incompatibili ed interessi che seppure in conflitto sarebbero pur tuttavia convergenti. Ecco cosa significa la previsione del nuovo articolo 2391, in base al quale l'amministratore deve dare notizia di tutti gli interessi⁹⁷⁵.

Certo, occorre ancora fare attenzione, dal momento che se nelle situazioni chiare e distinte, come nel caso in cui l'amministratore sia controparte formale della società, la nuova norma sbarra la strada a “cavillosi arzigogoli” tesi a non dichiarare la presenza dell'interesse e basati su ragionamenti interiori del singolo amministratore (del tipo: «il prezzo è congruo quindi posso non informarne il consiglio»), in tutte le situazioni in cui l'interesse sia più sfumato (prima tra tutte quella in cui esso sia extra-patrimoniale) la valutazione della sussistenza di un interesse rilevante non si allontana di molto dalla valutazione che in precedenza doveva farsi del

⁹⁷⁴ MAFFEIS Daniele (2003), *Il nuovo conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni e di società a responsabilità limitata: (alcune) prime osservazioni*, in *Rivista di diritto privato*, n. 3, 522.

⁹⁷⁵ Si rivelano dunque fuori luogo, secondo MAFFEIS, le considerazioni di Confindustria, la quale nell'Audizione presso le Commissioni riunite giustizia e finanze della Camera dei Deputati in data 21 novembre 2002, in *Rivista delle società*, 2002, 1628 lamenta che «la genericità del riferimento all'interesse fa (...) sì che un interesse potrebbe essere sempre rinvenuto in capo all'amministratore, soprattutto *ex post*, quindi nel momento in cui dovesse essere proposta l'impugnativa d'altro amministratore o dal collegio sindacale». Fuori luogo perché, secondo l'autore, la scelta legislativa è la migliore possibile, “l'unica coerente”.

conflitto di interessi, «atteso che il parametro di giudizio della rilevanza è dato dalla potenzialità a interferire significativamente con un processo decisionale che, sebbene soggettivo, non può allontanarsi troppo dai postulati della razionalità economica»⁹⁷⁶.

3.3. La rilevanza sociale dell'interesse.

Se, dunque, è vero che con la nuova disciplina di cui all'articolo 2391 del codice civile si è posto fine alla vuota distinzione tra interessi che sarebbero in conflitto, ma pur tuttavia sarebbero compatibili con quello della società, e interessi in conflitto che, invece, sarebbero incompatibili con quello della società⁹⁷⁷, in realtà è anche vero che la valutazione della situazione è rimasta in parte all'amministratore, che deve comunque, egli e non altri, valutare la rilevanza sociale del suo interesse al fine di decidere se deve dichiararlo o meno⁹⁷⁸.

Tale rilevanza sociale è, comunque, legata all'idoneità astratta di quel dato interesse a interferire in modo significativo sulla decisione. In altre parole, ad attivare il dovere di informazione previsto dall'articolo 2391 è la potenzialità dell'interesse, che sia socialmente rilevante, a determinare una seria interferenza sul procedimento decisionale e non qualunque interesse di un amministratore, che abbia anche solo un minimo collegamento all'operazione societaria.

Qualche esempio può meglio illustrare il tipo di situazioni. Una società farmaceutica intende pubblicizzare il proprio nuovo prodotto contro il colesterolo; all'uopo un amministratore propone di organizzare un concerto,

⁹⁷⁶ ZAMPERETTI Giorgio Maria (2005), *Il «nuovo» conflitto di interessi degli amministratori di s.p.a.: profili sparsi di fattispecie e di disciplina*, in *Le società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n. 9, 1089.

⁹⁷⁷ MAFFEIS Daniele (2003), *Il nuovo conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni e di società a responsabilità limitata: (alcune) prime osservazioni*, in *Rivista di diritto privato*, n. 3, 522.

⁹⁷⁸ ZAMPERETTI Giorgio Maria (2005), *Il «nuovo» conflitto di interessi degli amministratori di s.p.a.: profili sparsi di fattispecie e di disciplina*, in *Le società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n. 9, 1088.

che abbia luogo nel teatro di cui tale società aveva l'anno prima finanziato il restauro (operazione intrapresa per ottenere dei vantaggi fiscali); al termine dell'esibizione gratuita, seguirà la presentazione del nuovo farmaco. Supponiamo che l'amministratore che ha formulato questa proposta sia un appassionato di musica classica: si può dire che egli abbia un interesse personale, culturale, a che sia organizzato un concerto, ma tale interesse non appare di rilevanza tale da far dubitare che distolga l'amministratore dalla cura dell'interesse sociale. Non si può cioè apprezzare alcun disvalore in un interesse di questo tipo, atteso che un concerto si rilevi un adeguato veicolo pubblicitario.

Discorso diverso nel caso in cui un amministratore delegato intenda assumere la propria figlia a capo dell'ufficio relazioni con il pubblico; infatti, a prescindere dall'esperienza e dall'abilità della medesima, è normale ritenere che su una simile scelta sorgano dei dubbi, dal momento che, socialmente, un simile comportamento è percepito come nepotismo. Per questo motivo si tratta di un interesse che va esternato e la decisione dovrà essere rimessa al consiglio.

Dunque, a partire dalla fattispecie archetipica di conflitto di interessi degli amministratori di società⁹⁷⁹, possiamo affermare che non è possibile dedurre, dalla mera sussistenza di un interesse in capo ad un amministratore, la conseguenza di un conflitto di interessi. Questo conflitto si realizza nell'ipotesi in cui l'interesse di cui è latore l'amministratore sia percepito come divergente rispetto a quello della società⁹⁸⁰. Così si spiega perché l'articolo 2391 del codice civile non è più intitolato al conflitto di interessi, bensì ai ben più rassicuranti interessi degli amministratori e ciò anche se

⁹⁷⁹ Quella dell'amministratore che contratta con la società; infatti il termine interesse ha in sé l'elemento del partecipare, dell'essere parte; quindi anche, ad evitare facili elusioni, l'esserne parte in senso sostanziale. V. ENRIQUES Luca (2000), *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, Giuffrè, 145.

⁹⁸⁰ BLANDINI Antonio (2004), *Conflitto di interessi ed interessi degli amministratori di società per azioni: prime riflessioni*, in *Rivista di diritto civile*, n. 3, (maggio-giugno), 407 e seguenti.

nella relazione si commenta la disciplina sul conflitto di interessi dell'amministratore⁹⁸¹.

In sintesi, nella vecchia disciplina è l'amministratore che decide se l'interesse di cui è portatore è o non è in conflitto con quello della società. Se riteneva che lo fosse, doveva riferirne ed astenersi; se invece riteneva che non lo fosse, non doveva riferirne e poteva partecipare alla deliberazione. Nella nuova disciplina, invece, è il consiglio di amministrazione che decide se l'interesse di cui lo stato riferito è o non è in conflitto con quello della società. A questo punto, che lo sia o non lo sia⁹⁸², il consiglio delibera motivando le ragioni e la convenienza dell'operazione⁹⁸³. Occorre anche tener conto che il dovere di comunicazione nell'ambito della procedura di approvazione di una determinata operazione ha la funzione di evitare che la società possa subire un danno, ma non di escludere che l'amministratore tragga vantaggio da un'operazione del tutto conveniente anche per la società⁹⁸⁴.

In conclusione sembra doversi ritenere che non vi sia un'evidente diversità rispetto alla precedente disposizione. La norma rimane pur sempre una

⁹⁸¹ BLANDINI Antonio (2004), *Conflitto di interessi ed interessi degli amministratori di società per azioni: prime riflessioni*, in *Rivista di diritto civile*, n. 3, (maggio-giugno), 408. Questo Autore mette in evidenza che nel caso del nuovo 2391 del codice civile «la riqualificazione nominalistica nasconde delle insidie sostanziali».

⁹⁸² L'interesse dell'amministratore quello della società possono dunque essere, in relazione ad una determinata operazione, in rapporto di convergenza; conflitto potenziale, nel caso in cui l'operazione deliberata dall'amministratore interessato possa presumibilmente provocare un pregiudizio all'interesse della società; contrasto, nel caso in cui l'amministratore, in proprio per conto di terzi, direttamente o indirettamente, sia controparte della società; conflitto attuale, nel caso in cui l'operazione sia deliberata a condizioni tali da provocare una lesione per la società. In tutti questi casi l'amministratore deve darne notizia agli altri amministratori e al collegio sindacale. Così ricordano DI BERNARDO Maurizio e MATTIA Salvatore (2005), *Il conflitto di interessi degli amministratori nella nuova s.p.a.*, in *Le società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n. 5, 559.

⁹⁸³ MAFFEIS Daniele (2003), *Il nuovo conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni e di società a responsabilità limitata: (alcune) prime osservazioni*, in *Rivista di diritto privato*, n. 3, 526. Questo Autore si esprime nel senso che una volta che siano informati gli altri amministratori e il collegio sindacale, il pericolo non sia più quello che l'amministratore interessato voti contro l'interesse della società, bensì quello che gli altri amministratori votino contro l'interesse della società. Pienamente coerente si rivela, a questo punto, la previsione, di cui al comma 2, secondo cui, quando uno degli amministratori sia portatore di un interesse in una determinata operazione, la deliberazione del consiglio di amministrazione deve adeguatamente motivare le ragioni e la convenienza per la società dell'operazione.

⁹⁸⁴ DI BERNARDO Maurizio e MATTIA Salvatore (2005), *Il conflitto di interessi degli amministratori nella nuova s.p.a.*, in *Le società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n. 5, 561.

norma sul conflitto di interessi e non è quindi solo per la “vischiosità”⁹⁸⁵ di un linguaggio ormai entrato nel lessico comune che l’articolo 2629-bis del codice civile, che rinvia proprio all’articolo 2391, fa riferimento proprio alla omessa comunicazione del conflitto di interessi⁹⁸⁶.

4. Il danno.

Dalla lettura della disposizione di cui all’articolo 2629-bis emerge, d’altro canto, la necessità della causazione del danno. A partire da questo elemento si dipanano due problematiche fondamentali per l’applicazione di questa fattispecie, analizzando le quali è possibile svolgere alcune importanti considerazioni.

La prima riguarda il rapporto tra danno e conflitto di interessi. La seconda il ruolo del danno, se esso sia causa obiettiva di punibilità o elemento della fattispecie, e quindi coperto dal dolo.

Intersecando i due diversi aspetti si giunge all’interrogativo se il danno debba essere voluto e se questo significhi che la disposizione penale richieda necessariamente la sussistenza di un effettivo conflitto di interessi.

Dunque, attraverso questo percorso argomentativo cercheremo anche di mettere in luce il ruolo di catalizzatore del disvalore della condotta, proprio del conflitto di interessi.

Nella parte dedicata alla definizione del concetto di interesse dell’amministratore, si è affrontato il problema di individuare quale sia

⁹⁸⁵ Così la definisce ZAMPERETTI Giorgio Maria (2005), *Il «nuovo» conflitto di interessi degli amministratori di s.p.a.: profili sparsi di fattispecie e di disciplina*, in *Le società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n. 9, 1090.

⁹⁸⁶ Per un’interpretazione discordante dell’influenza che il rinvio l 291 ha sull’applicazione del 2629-bis, v. SEMINARA Sergio (2006), *Nuovi illeciti penali e amministrativi nella legge sulla tutela del risparmio*, in *Diritto penale e processo*, n. 5, 553 e s. Questo Autore ravvisa la necessità di individuare nel delitto di omessa comunicazione anche una condotta attiva, in quanto, se anche la condotta incriminata potrebbe esaurirsi in una mera omissione, considerando che dalla mancata comunicazione solo eccezionalmente può derivare un danno, «sembra che la norma voglia tipizzare non solo l’omessa comunicazione, ma anche un’ulteriore attività positiva comunque influente sulla successiva delibera societaria». Ora, se è pregevole in sé il tentativo di vedere nel 2629-bis non solo un reato di pericolo presunto, cercare nel rinvio al 2391 l’appiglio normativo per aggiungere alla disposizione ciò che in fin dei conti costituirebbe parte della condotta, rappresenta, sebbene *in bonam partem*, un tentativo troppo audace per vedermi concorde.

l'interesse oggetto del dovere di comunicazione. Si trattava, in particolar modo, di capire se l'utilità che rileva sia solo quella di natura patrimoniale o meno.

La conclusione cui si è giunti ha evidenziato come nella nuova disciplina la sussistenza di un conflitto vada valutata *ex ante*, cioè sulla base della presenza di un interesse estraneo a quello della società, socialmente percepito come rilevante, ma in modo del tutto indipendente da un'effettiva lesione, la cui ricerca immancabilmente comporterebbe il passaggio ad un giudizio *ex post*. È infatti il solo amministratore interessato l'unico in grado di valutare *ex ante* quale dei due interessi sarà preponderante nell'indirizzare le proprie scelte.

Per questo motivo si può affermare che la nuova disciplina tracci un nuovo profilo del conflitto di interessi, che non tiene più conto della cavillosa distinzione tra interessi con maggiori o minori potenzialità di conflitto: se esiste un interesse in grado di orientare la decisione dell'amministratore, questo va comunicato.

Vi è una valutazione, comunque, che deve ancora essere compiuta dall'amministratore: quella circa la rilevanza sociale. Si tratta di un filtro volto a scriminare tutti quegli interessi che comunemente non sarebbero percepiti come in grado di indirizzare le scelte operative dell'amministratore, che ne sia latore, interessi a cui non è ricollegabile un giudizio di inopportunità.

Pensiamo alla passione per la musica classica, alla riconoscenza nei confronti di un ente ospedaliero in cui precedentemente si è stati ben curati, al desiderio di andare in vacanza... Come questi, tanti altri casi, per discutere collegialmente dei quali si trasformerebbero le sedute dell'amministratore interessato, davanti agli altri amministratori e ai sindaci, cui effettua la comunicazione, in qualcosa di simile a sedute dall'analista.

Non si può, insomma, negare l'utilità di un simile filtro, se solo si considera

che in ogni azione l'essere umano ha un interesse, non foss'altro, nel nostro caso, che quello di dimostrarsi un gestore estremamente affidabile e meritare in tal modo incarichi di maggior rilievo e meglio retribuiti.

Riguardo al conflitto di interessi, così come inteso alla luce della nuova disciplina, si può ancora dire che esso catalizzi il disvalore della condotta, giacché sotto questa etichetta consideriamo tutti gli interessi, diversi da quello delle società, di cui siano latori gli amministratori e siano percepiti come rilevanti.

In questo modo, tuttavia, viene meno ogni considerazione sulla natura patrimoniale dell'interesse, dal momento che ci sono interessi anche di natura diversa e, comunque, sufficienti a spingere un essere umano a comportarsi in un certo modo piuttosto che in un altro. Possiamo pensare all'esempio di un amministratore che sceglie di assumere il proprio figlio, ma anche al caso in cui escluda per misoginia tutte le donne candidate a ricoprire un certo incarico, dal momento che egli si rifiuta di lavorare a contatto con loro. In questo caso ci troveremmo di fronte a interessi che, se pure non hanno contenuto patrimoniale, sono sia rilevanti che carichi di disvalore e ben potrebbero arrecare un danno alla società, dal momento che gli adottati criteri di selezione del personale non sono i più idonei a garantire il perseguimento dell'interesse sociale.

Sempre ragionando su queste ipotesi, possiamo, d'altro canto, notare come il danno non sia necessariamente voluto dall'amministratore interessato, che, nell'esempio, è anzi dentro di sé assolutamente convinto che il proprio figliolo abbia grandissime capacità e che le donne non siano in grado di inserirsi con buoni risultati nell'organico dell'impresa. Ecco allora che dovremo esaminare se il danno, nella fattispecie di reato descritta all'articolo 2626-bis del codice civile, si ponga come condizione obiettiva di punibilità, segnando la soglia oltre la quale un comportamento già in sé negativo diventa penalmente rilevante, o se invece sia necessario rilevare un

dolo di danno, anche solo eventuale.

4.1. Danno come condizione obiettiva di punibilità?

Venendo, dunque, ad affrontare tale questione, giova ricordare che secondo la previsione contenuta nell'articolo 44 del codice penale, quando, per la punibilità del reato, la legge richiede il verificarsi di una condizione, il colpevole risponde del reato, anche se l'evento, da cui dipende il verificarsi della condizione, non è da lui voluto. Manca, tuttavia, una chiara definizione della condizione obiettiva di punibilità, ciò che ha portato a «lunghe ed intricate dispute per quanto riguarda la natura e la funzione politico-criminale dell'istituto, il suo rapporto con il fatto criminoso, la sua compatibilità con il principio della responsabilità personale e l'individuazione delle singole condizioni obiettive di punibilità, che certi autori tendono ad estendere ed altri a ridurre⁹⁸⁷».

In effetti, a complicare il quadro, per indicare ciò da cui dipende il verificarsi della condizione, il legislatore ha usato il termine evento. Si registra così il ricorso a un sostantivo usato, nella tradizione del diritto penale, per classificare uno degli elementi costitutivi del reato. L'uso del termine evento, però, appare in questo caso pleonastico, nel senso che nell'ambito della disposizione di cui all'articolo 44 avrebbe anche potuto essere omissivo, dal momento che ciò che importa è il verificarsi della condizione quale fatto giuridico, mentre è irrilevante l'evento inteso quale

⁹⁸⁷ MANTOVANI Ferrando (2001), *Diritto penale, Parte generale*, quarta edizione, Padova, CEDAM, 838. Sul tema delle condizioni obiettive di punibilità si rinvia, per maggior approfondimento, a CURATOLA Pasquale (1961), *Condizioni di punibilità*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VIII, Milano, Giuffrè, 807-815; BRICOLA Franco (1967), *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Novissimo digesto italiano*, Volume XIV, Torino, Utet, 588-602; NEPPI MODONA Guido (1988), *Condizioni obiettive di punibilità*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. VII, Milano, Giuffrè; ZANOTTI Marco (1995), *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Vol. X, Torino, Utet, 534-551; ROMANO Mario (2004), *Commentario sistematico del Codice penale*, vol. I, III edizione, Milano, Giuffrè, 475-483; ARDIZZONE Salvatore (2007), *Condizioni obiettive di punibilità*, in *Il reato*, in *Commentario sistematico al codice penale*, opera diretta da RONCO Mauro, Bologna, Zanichelli, 599-605; oltre a, nella manualistica, ANTOLISEI Francesco (2003), *Manuale di diritto penale. Parte generale*, a cura di CONTI Luigi, XV edizione, Milano, Giuffrè, 759 e seguenti e FIANDACA Giovanni e MUSCO Enzo (2007), *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, V edizione, Bologna, Zanichelli, 762 e seguenti.

accadimento naturalistico⁹⁸⁸.

Ora, in particolare, in relazione alla disposizione in esame, ci preme di verificare, come detto, se si abbia a che fare con una condizione obiettiva di punibilità o meno⁹⁸⁹. Distinguere se si tratta di un elemento costitutivo o di una condizione di punibilità è, infatti, importante proprio sotto il profilo soggettivo, dal momento che non è necessario che le condizioni rientrino nel dolo o nella colpa⁹⁹⁰.

Ora, secondo un'opinione diffusa⁹⁹¹, le condizioni obiettive di punibilità svolgerebbero una duplice funzione politico-criminale, che consiste nel delimitare la punibilità per ragioni di opportunità, condizionandola al verificarsi di certi eventi, e nel sottoporre al principio di legalità anche la previsione di tali eventi condizionanti. Tralasciando questa seconda finalità, che certamente costituisce un'importante conquista di civiltà nei confronti dell'arbitrio in materia penale, ne ricaviamo, comunque, che si tratta di una scelta del legislatore di arrestare l'intervento punitivo dello Stato di fronte ad un certo comportamento, che verrà sanzionato soltanto qualora si verifichi un'ulteriore condizione. È, dunque, considerazione del tutto evidente che una condizione costituisca un "precipitato di valori", sia pure esterni rispetto a quelli costitutivi del reato, qualora si consideri che nel caso del reato condizionale l'ordinamento compie una valutazione complessiva

⁹⁸⁸ D'ASCOLA Vincenzo Nico (2004), *Reato e pena nell'analisi delle condizioni obiettive di punibilità*, Napoli, ESI, 149.

⁹⁸⁹ Tale sembra infatti, ad una prima lettura. Si vedano le osservazioni di ZAMBUSI Angelo (2005), *L'infedeltà patrimoniale interna degli operatori bancari*, Padova, CEDAM, 296; e PERINI Andrea (2006), *Prime osservazioni sui profili penali della nuova legge sul risparmio*, in *Giurisprudenza italiana*, 876. GIUNTA Fausto (2009), *Il delitto di omessa comunicazione del conflitto di interessi*, in *Diritto e Pratica delle Società*, n. 11, 42, dando per appurato che il riferimento al danno costituisca una condizione obiettiva di punibilità, puntualizza che non è richiesto che la volizione del soggetto attivo si estenda al danno derivante alla società o a terzi. In senso critico, TOSATO Lorenza (2007), *Art. 2629-bis, Omessa comunicazione del conflitto di interessi*, in LANZI Alessio e CADOPPI Alberto, *I reati societari: commentario aggiornato alla legge 28 dicembre 2005 n. 262 sulla tutela del risparmio*, Padova, CEDAM, 144.

⁹⁹⁰ L'esempio classico, relativamente a tale istituto, è quello dell'incesto (564 del codice penale); se infatti il pubblico scandalo è una condizione di punibilità, questa deve considerarsi verificata anche se il pubblico scandalo si è realizzato per causa indipendente dalla volontà o dalla stessa condotta dei colpevoli. Se, invece, è elemento costitutivo, gli autori del rapporto incestuoso sono punibili solo se hanno previsto e voluto tale evento come conseguenza del modo in cui hanno commesso incesto.

⁹⁹¹ V. NEPPI MODONA Guido (1988), *Condizioni obiettive di punibilità*, *Enciclopedia giuridica*, VII.

di un interesse già offeso dal reato e una sorta di contro-interesse ulteriore, che risulterà, anch'esso, offeso solo nel caso dell'applicabilità della sanzione. Nell'ambito di tale correlazione, è l'interesse esterno che l'ordinamento vuole principalmente salvaguardare, ritenendolo sovraordinato rispetto a quello interno. Infatti, il bene direttamente tutelato dal reato trova protezione solo allorquando risulta offeso l'interesse esterno, per effetto del verificarsi della condizione⁹⁹². Ecco che possiamo dedurne, in relazione alla fattispecie di cui all'articolo 2629-bis, che da un lato si pone la tutela della trasparenza e dall'altro quella patrimoniale.

Secondo un'altra ricostruzione⁹⁹³, la funzione delle condizioni obiettive di punibilità va, invece, individuata nell'esigenza, di ordine general preventivo, di allargare la punibilità sottraendo l'evento, che costituisce la condizione, all'area della colpevolezza e quindi alla difficoltà dell'accertamento ad essa legata. In effetti, il merito di questa osservazione sta nel riconoscimento che sarebbe errato concludere che il reato condizionale escluda ogni funzione di prevenzione generale della pena. Deve, cioè, ammettersi che anche la minaccia del reato condizionale svolga una funzione, benché attenuata, di prevenzione generale, dal momento che l'evento-condizione può dipendere da qualsivoglia fattore⁹⁹⁴. Dobbiamo, infatti, ricordare che la condizione obiettiva di punibilità va intesa come un avvenimento esterno al fatto di reato, distinto sia dalla condotta criminosa che dall'evento tipico, e che può essere causato da un'azione, volontaria o involontaria, del colpevole oppure di terzi. Pertanto, anche prima del realizzarsi della condizione, il reato è già perfetto ed ha già espresso il

⁹⁹² D'ASCOLA Vincenzo Nico (2004), *Reato e pena nell'analisi delle condizioni obiettive di punibilità*, Napoli, ESI, 260.

⁹⁹³ Come ricordato anche da MANTOVANI, tale ricostruzione è proposta da ANGIONI Francesco (1983), *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, Giuffrè, 218. Tale ultimo Autore, peraltro, osservava polemicamente come la dottrina, improntata a un sano relativismo utilitaristico, lontano dal rigorismo morale dell'imperativo categorico, rende comunque sempre espresso omaggio al principio della *extrema ratio*.

⁹⁹⁴ D'ASCOLA Vincenzo Nico (2004), *Reato e pena nell'analisi delle condizioni obiettive di punibilità*, Napoli, ESI, 316.

proprio disvalore⁹⁹⁵.

Veniamo ora al punto problematico del reato condizionale, costituito dalla necessità di individuare la condizione distinguendola dagli elementi costitutivi del fatto.

Tradizionalmente emergono due criteri di distinzione. Sotto un primo profilo si suole indicare il dolo quale indice dell'esclusione dell'elemento condizionale. Sotto un diverso profilo, si afferma, poi, che la condizione sarebbe estranea all'agente anche sulla base del rapporto di causalità materiale. Orbene, sull'affidabilità del primo criterio è lecito nutrire qualche dubbio⁹⁹⁶. L'articolo 44 del codice penale dispone infatti che il colpevole risponde del reato, «anche se l'evento, da cui dipende il verificarsi della condizione, non è da lui voluto». Quindi, il fatto di trovarsi dinnanzi a un elemento che possa essere in concreto coperto dal dolo non comporterà la necessaria conclusione che quell'elemento non potrà mai configurare una condizione obiettiva di punibilità⁹⁹⁷. Il legislatore si è ispirato, cioè, a un criterio di indifferenza rispetto al rapporto psicologico tra agente e condizione⁹⁹⁸. In proposito, deve anche notarsi come tra l'agente e la condizione possa eventualmente instaurarsi anche una relazione psicologica assimilabile alla colpa: sono ipotizzabili esempi che suggeriscono la possibilità che l'evento, dal quale dipende il verificarsi della condizione, sia dovuto a imprudenza, imperizia o negligenza dell'autore del fatto⁹⁹⁹.

Rimane ora da verificare se il nesso di causalità possa essere utilizzato quale strumento di discriminazione. Abbiamo, infatti, constatato che l'elemento

⁹⁹⁵ MANTOVANI Ferrando (2001), *Diritto penale, Parte generale*, quarta edizione, Padova, CEDAM, 839.

⁹⁹⁶ D'ASCOLA Vincenzo Nico (2004), *Reato e pena nell'analisi delle condizioni obiettive di punibilità*, Napoli, ESI, 184-185.

⁹⁹⁷ Dal momento che la legge non esclude che la condizione, in concreto, possa anche essere voluta.

⁹⁹⁸ D'ASCOLA Vincenzo Nico (2004), *Reato e pena nell'analisi delle condizioni obiettive di punibilità*, Napoli, ESI, 185.

⁹⁹⁹ Pensiamo a un caso che riguardi l'incesto, in cui condizione di punibilità è il pubblico scandalo; questa deve considerarsi verificata anche se è causata da un colpo di vento indiscreto che apre le finestre della stanza, colpevolmente lasciate socchiuse. L'esempio, adattato, è tratto da MANTOVANI Ferrando (2001), *Diritto penale, Parte generale*, quarta edizione, Padova, CEDAM, 839.

psicologico non è in grado di selezionare i reati condizionali. Vediamo, quindi, se la distinzione è ricavabile mediante il ricorso al rapporto di causalità materiale. Notiamo, preliminarmente, come l'esclusione del rapporto di causalità tra condizione e condotta porti ad affermare l'esistenza di una particolare forma di condizione, quella intrinseca¹⁰⁰⁰, connessa alla condotta dell'agente. A prescindere dalle specifiche censure che tale categoria merita, tale regola di identificazione appare, quindi, concettualmente limitata alle condizioni estrinseche¹⁰⁰¹, sempre che, almeno per esse, risulti fondato e difendibile il criterio distintivo che ruota intorno all'esclusione del nesso di causalità. In proposito va, piuttosto, notato che il riscontro della prassi, sviluppatasi in relazione a casi assolutamente indiscussi di condizioni obiettive di punibilità, dimostra come questi elementi possano pacificamente risultare connessi alla condotta. Si pensi, su tutti, al caso della sorpresa in flagranza¹⁰⁰².

4.1.1. Ragioni di opportunità.

Ai nostri fini, conviene a questo punto concentrarci sulle ragioni di opportunità, che potrebbero aver spinto il legislatore a porre una condizione obiettiva di punibilità nell'articolo 2629-bis, considerando, cioè, che la carica offensiva si esaurisca nell'omessa comunicazione (o astensione).

Secondo la ricostruzione delineata sinora, una delle possibili, nell'ottica del legislatore la semplice omissione costituisce e perfeziona il reato, perché è già grave che un amministratore abbia un interesse e lo tenga nascosto, mentre non serve che voglia anche arrecare un danno alla società. La

¹⁰⁰⁰ Le condizioni cosiddette intrinseche consistono in un accadimento offensivo del bene protetto e accentrano in sé la *ratio* stessa dell'incriminazione; quelle estrinseche, invece rendono opportuna la punibilità di un fatto già di per sé offensivo. V. in proposito MANTOVANI Ferrando (2001), *Diritto penale, Parte generale*, quarta edizione, Padova, CEDAM, 405.

¹⁰⁰¹ Va cioè respinta la classificazione delle condizioni obiettive di punibilità in intrinseche ed estrinseche, dovendosi considerare condizioni di punibilità solo queste ultime; è infatti da ritenere che l'attribuzione a titolo puramente oggettivo delle condizioni intrinseche di punibilità finisca col contrastare con principio della responsabilità personale colpevole di cui all'articolo 27, comma 1 della Costituzione.

¹⁰⁰² D'ASCOLA Vincenzo Nico (2004), *Reato e pena nell'analisi delle condizioni obiettive di punibilità*, Napoli, ESI, 190 e seguenti.

presenza del danno non trasforma, dunque, la fattispecie prevista dall'articolo 2629-bis in un reato d'evento¹⁰⁰³ e, tuttavia, la scelta di porre il danno quale condizione di punibilità riduce il campo di applicazione di questo delitto, che comunque ha alla radice una configurazione quale reato di pericolo¹⁰⁰⁴.

A supporto di tale ricostruzione sta, a monte, un criterio sostanziale-funzionale di distinzione tra elementi costitutivi e condizioni di punibilità, imposto dai principi di offensività e responsabilità personale. Infatti gli elementi costitutivi attengono all'offesa del bene protetto e concentrano in sé l'offensività del fatto, la ragione stessa dell'incriminazione. Inoltre, per il principio della responsabilità personale, essi devono essere cagionati dalla condotta criminosa del soggetto e soggettivamente imputabili all'agente, o ci troveremmo di fronte ad ipotesi di responsabilità oggettiva¹⁰⁰⁵.

Nel caso dell'articolo 2629-bis, il disvalore può dirsi concentrato nella mancata osservanza della previsione di cui all'articolo 2391, con l'avvertenza però che, a rigore, il disvalore si ravvisa soprattutto nel conflitto di interessi e non deve trarre in inganno la nuova formulazione della disciplina. La mancata osservanza di un semplice obbligo di *disclosure* è dunque sì lesiva, ma forse non tale da legittimare la sanzione penale. Il danno interviene, perciò, in un momento successivo, a selezionare l'area di intervento punitivo dello Stato. Ci rendiamo conto, allora, che reato e punibilità costituiscono due entità il cui diametro non coincide, dal

¹⁰⁰³ Sul ruolo del nocumento, in relazione alla configurabilità di un reato aggravato dall'evento oppure di una fattispecie autonoma di reato, si è molto discusso in relazione alle sanzioni penali previste dalla legge 675 del 1996, sul trattamento dei dati personali. Sebbene si tratti di un campo diverso, in quanto con la riforma del regime di imputazione delle circostanze aggravanti l'evento deve comunque essere ascrivibile almeno a titolo di colpa (v. FIANDACA Giovanni e MUSCO Enzo (2001), *Diritto penale, Parte generale*, quarta edizione, Bologna, Zanichelli, 384 e seguenti), rimane interessante vedere come il legislatore abbia inserito l'evento in fattispecie costruite sullo schema del pericolo. V. in proposito VENEZIANI Paolo (1997), *Beni giuridici protetti e tecniche di tutela penale nella nuova legge sul trattamento dei dati personali*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 135-181 e SEMINARA Sergio (1998), *Appunti in tema di sanzioni penali nella legge sulla privacy*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 911-919.

¹⁰⁰⁴ Si richiami in proposito quando detto riguardo al previgente articolo 2631.

¹⁰⁰⁵ MANTOVANI Ferrando (2001), *Diritto penale, Parte generale*, quarta edizione, Padova, CEDAM, 840.

momento che, a livello di punibilità, agiscono ragioni di opportunità, che non potrebbero in alcun modo essere ricomprese tra le componenti del reato¹⁰⁰⁶.

Si potrebbe anche dire che, se non è profilabile un danno, non ci sia un effettivo conflitto e, dunque, sia importante non tanto che l'amministratore abbia un interesse, bensì che lo contrapponga e lo preferisca a quello della società, causandole un danno. Il punto debole di tale ragionamento, però, è che, come abbiamo visto, l'amministratore, pur in conflitto, pur preferendo il proprio interesse, difficilmente vuole davvero il danno della società.

Ecco perché è stato più opportuno sganciare il riferimento al danno dal profilo soggettivo del reato, comunque, considerandolo idoneo a scriminare le condotte punibili. In caso di reato condizionale, infatti, la risposta sanzionatoria dello Stato, essendo cagionata da un evento a determinazione obiettiva, non dipende dalla condotta colpevole dell'agente e si assume che tra fatto materiale e sanzione non intervenga alcun coefficiente di colpevolezza. Il giudizio di responsabilità non potrà, dunque, mai concernere la condizione, al cui verificarsi è subordinata soltanto la punibilità del reato.

In questo modo, ci ricollegiamo sia alla prima ricostruzione, secondo cui le condizioni obiettive di punibilità svolgerebbero la funzione di delimitare la punibilità per ragioni di opportunità, che alla seconda, per la quale dietro a tali condizioni sta l'esigenza di sottrarre l'evento, che costituisce la condizione, all'area della colpevolezza e, quindi, alla difficoltà dell'accertamento ad essa legata. Infatti, non si può fare a meno di considerare, specie dopo aver analizzato l'intenzionalità del danno richiesta per l'integrazione della fattispecie di cui all'articolo 2634, la difficoltà di ravvisare il dolo di danno nella condotta degli amministratori infedeli.

¹⁰⁰⁶ D'ASCOLA Vincenzo Nico (2004), *Reato e pena nell'analisi delle condizioni obiettive di punibilità*, Napoli, ESI, 177 e 258.

D'altro canto, se con la previsione di una condizione obiettiva di punibilità, l'accertamento viene, indubbiamente, semplificato, non si può trascurare il rischio di derive applicative, nel senso di un'incontrollata estensione della punibilità, tutte le volte in cui si ravvisi, da un lato, l'omessa comunicazione di un interesse qualunque (pensiamo all'esempio dell'amministratore appassionato di concerti classici) e, dall'altro, un danno.

Quello che andrà approfondito è allora il rapporto tra i due accadimenti. Infatti esistono pur sempre due tipi di condizioni di punibilità: non solo fatti del tutto estranei alla sfera dell'offesa del reato, ma anche accadimenti che arricchiscono tale sfera, in quanto comportano un aggravamento, una progressione dell'offesa tipica¹⁰⁰⁷. È pertanto, da ritenere che la condizione di punibilità prevista all'articolo 2629-bis vada inquadrata in questo secondo tipo, prestando attenzione a non trasformarla in una condizione intrinseca, che darebbe luogo ad una responsabilità oggettiva, come tale inaccettabile. Dette condizioni, infatti, rientrano certamente nell'ambito degli elementi significativi della fattispecie, e pertanto, in applicazione dei principi fissati dalla Corte costituzionale¹⁰⁰⁸, dovrebbero essere soggettivamente imputabili all'agente almeno al titolo di colpa¹⁰⁰⁹, e in questo caso, trattandosi di delitto, a titolo di dolo¹⁰¹⁰.

¹⁰⁰⁷ MANTOVANI Ferrando (2001), *Diritto penale, Parte generale*, quarta edizione, Padova, CEDAM, 840-841.

¹⁰⁰⁸ Nella sentenza 364/88. Tale sentenza è consultabile in *Foro italiano*, 1988, I, 1385; in *Giurisprudenza italiana*, 1988, I, 1076; in *Legislazione penale*, 1988, 449; in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1988, 686.

¹⁰⁰⁹ FIANDACA Giovanni e MUSCO Enzo (2001), *Diritto penale, Parte generale*, quarta edizione, Bologna, Zanichelli, 605.

¹⁰¹⁰ Articolo 42 del codice penale. *Responsabilità per dolo o per colpa o per delitto preterintenzionale. Responsabilità obbiettiva*. - Nessuno può essere punito per un'azione od omissione preveduta dalla legge come reato, se non l'ha commessa con coscienza e volontà.

Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come delitto, se non l'ha commesso con dolo, salvo i casi di delitto preterintenzionale o colposo espressamente preveduti dalla legge.

La legge determina i casi nei quali l'evento è posto altrimenti a carico dell'agente, come conseguenza della sua azione od omissione.

Nelle contravvenzioni ciascuno risponde della propria azione od omissione cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa.

4.2. Il danno a terzi.

Da ultimo, non si può omettere di considerare il danno ai terzi, che l'articolo 2629-bis espressamente prevede, allorché subordina la punibilità alla derivazione di danni alla società o a terzi. Facendo tesoro di quanto già emerso, con riguardo alle fattispecie dell'*administración desleal* spagnola e dell'infedeltà patrimoniale di cui all'articolo 2634, si può dire che è pur sempre arduo individuare chi siano i terzi.

In effetti, se l'articolo 2634 li delinea come soggetti, i cui beni sono posseduti o amministrati dalla società per loro conto¹⁰¹¹, il 2629-bis a prima vista non sembra porre alcuna limitazione di questo tipo.

Per questa ragione, già prima dell'entrata in vigore della norma, parte della dottrina dimostrava le proprie perplessità, dal momento che «considerando il fatto che gli obblighi di comunicazione e astensione riguardano situazioni di conflitto tra l'interesse della società e quello facente capo all'amministratore, è ovvio che, se in linea teorica qualunque deliberazione finirà con il danneggiare l'uno o l'altro interesse, sul piano penale rilevano solo i pregiudizi arrecati alla società e, come specifica l'articolo 2634 comma 2, ai beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi, mentre eventuali danni per terzi ulteriori non possono che essere irrilevanti nell'ottica di reati societari»¹⁰¹². Di certo, quei terzi, cui la disposizione sull'infedeltà patrimoniale si riferisce e che tutela, non possono essere coloro che operano in collusione con l'amministratore. Esclusa, dunque, quella categoria di terzi, prevista dall'articolo 2391 del codice civile¹⁰¹³, possiamo ritenere che coloro, cui si riferisce l'articolo 2629-bis, siano tutelati proprio in quanto esposti sul fronte dei possibili conflitti, che

¹⁰¹¹ Similmente sembra fare anche l'articolo 295 del *codigo penal* spagnolo, sebbene la limitazione dell'oggetto della condotta ai beni della società di fatto condanni, come esaminato *supra*, la norma all'inapplicabilità.

¹⁰¹² SEMINARA Sergio (2004), *Considerazioni penalistiche sul disegno di legge in tema di tutela del risparmio*, in *Diritto penale e processo*, IPSOA, n. 4, 510.

¹⁰¹³ Che infatti dispone che «l'amministratore deve dare notizia agli altri amministratori e al collegio sindacale di ogni interesse che, per conto proprio o di terzi, abbia in una determinata operazione della società».

chiamiamo esterni, tra la società e coloro che abbiano affidato a questa la gestione dei propri beni. In quel caso, però, l'operazione della società, nella quale l'amministratore abbia un interesse non dichiarato, dovrà, comunque, avere ad oggetto i beni dei terzi. È infatti ben difficile valutare come un'azione sul patrimonio sociale abbia ripercussioni economicamente pregiudizievoli sui beni dei terzi¹⁰¹⁴.

D'altro canto, non si può non tener conto dell'ambito di applicazione della nuova norma, alla quale viene attribuita una valenza che trascende l'ambito strettamente societario, per estendersi altresì a quello bancario e finanziario¹⁰¹⁵. Sulla base di un'interpretazione sistematica è allora più agevole argomentare che la disposizione in materia di omessa comunicazione del conflitto di interessi individui, quali persone offese, la società e i risparmiatori, pur intesi in senso lato, che ad essa, e ai suoi amministratori, affidano la gestione dei propri beni. Se, dunque, l'inciso in questione rappresenta, con buone probabilità, proprio la tendenza delle disposizioni sul risparmio a rendere più rigorosa ed estesa la risposta punitiva calibrata per contrastare gli episodi di infedeltà gestoria, colpendoli già allo stato embrionale, a patto che ne sia derivato un danno, il fatto che esso rilevi non solo allorché venga subito dall'ente, bensì anche quando sia patito da terzi, pare deporre a favore di una strategia, che tiene in considerazione come l'espletamento di attività gestionale possa avere una ricaduta che va oltre l'ambito societario¹⁰¹⁶.

Occorre, poi, considerare che il delitto di omessa comunicazione del

¹⁰¹⁴ Si tratta di una constatazione già espressa in relazione alla fattispecie spagnola di infedeltà, e comunque non meno valida in questo contesto; sulla questione v. FOFFANI Luigi (1999), *I reati societari nel nuovo codice penale spagnolo del 1995*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, CEDAM, 78. Peraltro, secondo GIUNTA Fausto (2009), *Il delitto di omessa comunicazione del conflitto di interessi*, in *Diritto e Pratica delle Società*, n. 11, 40-41, il danno a terzi non è indipendente da quello risentito dalla società, ma deve discendere dal compimento della medesima operazione pregiudizievole e pertanto «si identifica con l'irradiazione del danno alla società nei confronti di soci e creditori».

¹⁰¹⁵ ZAMBUSI Angelo (2005), *L'infedeltà patrimoniale interna degli operatori bancari*, Padova, CEDAM, 295.

¹⁰¹⁶ ZAMBUSI Angelo (2005), *L'infedeltà patrimoniale interna degli operatori bancari*, Padova, CEDAM, 296, nota 138.

conflitto di interessi è compreso tra quelli per cui è prevista la responsabilità amministrativa degli enti, di cui al d.lgs 231 del 2001. Dal momento che ai sensi dell'articolo 25-ter di tale decreto il reato deve essere commesso nell'interesse della società e che occorre sempre cercare un'interpretazione che attribuisca un senso alle disposizioni, piuttosto che una che non gliene assegni alcuno, quella che sovviene è proprio l'ipotesi del conflitto di interessi esterno, cioè tra la società e i terzi, il cui patrimonio sia legato alle sorti di questa.

4.2.1. L'interesse dei creditori.

È necessario, d'altro canto, fare attenzione a non dilatare eccessivamente il novero dei terzi, domandandoci chi realmente siano i soggetti che possono essere effettivamente danneggiati, se ve ne sono, oltre a coloro i cui beni sono amministrati, infedelmente, dalla società. Se, ad esempio, pensassimo ai creditori della società, il discorso diventerebbe più complesso, dal momento che dovremmo tener conto di due diversi profili del danno, che essi possono ricevere.

Di primo acchito verrebbe, infatti, da ritenere che essi non ricevono un danno se la società è mal gestita, ma solo se i debiti che essa ha nei loro confronti non vengono estinti a causa della situazione patrimoniale della società stessa. Riguardo a questo profilo i creditori dovrebbero, dunque, essere esclusi dal novero dei soggetti lesi dal reato di omessa comunicazione del conflitto di interessi: ricordiamo infatti che il delitto in parola è finalizzato ad anticipare la tutela per salvaguardare l'interesse sociale, come dispone appunto l'articolo 2391 del codice civile, mentre i creditori sociali, in particolare le banche, anche a prescindere da specifiche norme di tutela, possono meglio cautelarsi *ex ante* in via contrattuale, sulla base di «contratti meno incompleti di quanto necessariamente non sia quello di società»¹⁰¹⁷ e

¹⁰¹⁷ ENRIQUES Luca (2000), *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, Giuffrè, 171.

quindi meglio di quanto possano fare gli azionisti, che pure scelgono gli amministratori.

Il secondo profilo di cui tener conto è quello che riguarda l'interesse stesso della società. Si potrebbe, infatti, essere tentati di intendere tale interesse in senso lato, affermando, cioè, che esso sia comprensivo anche degli interessi dei creditori, la cui tutela era stata poc'anzi, invece, esclusa. Tale affermazione non sarebbe, in realtà, corretta, quantomeno perché occorre tener conto delle, tutt'altro che esigue o remote, ipotesi in cui non è semplicemente possibile perseguire congiuntamente l'interesse dei soci e quello dei creditori.

In dottrina si sono, in proposito, individuate tre categorie, nelle quali gli interessi dei creditori e quelli dei soci sono irrimediabilmente in conflitto tra loro. Si tratta, innanzitutto, delle operazioni con le quali si effettua una distribuzione ai soci di beni sociali¹⁰¹⁸; in secondo luogo, delle operazioni di *asset dilution*, cioè di finanziamento, che vanno a incrementare la leva finanziaria della società, con lesione degli interessi di tutti i creditori preesistenti; infine le operazioni che portano a un incremento del rischio. In tutti questi tipi di operazioni l'interesse dei soci e quello dei creditori divergono, al punto che quest'ultimo, in effetti, sarebbe massimizzato soltanto ove gli amministratori deliberassero di non porle in essere, sicché non verrebbe tutelato l'interesse dei soci. «La tesi secondo cui gli amministratori devono perseguire sia l'interesse dei soci sia quello dei creditori non regge, dunque, per la semplice ragione che vi sono fondamentali scelte di gestione che non possono essere prese in conformità con questo criterio di gestione: il legislatore non può, in altri termini, aver

¹⁰¹⁸ Come le scelte in materia di dividendi, di acquisto di azioni proprie, di riduzione del capitale sociale esuberante. Sul punto ENRIQUES include anche la deliberazione del consiglio di amministrazione di una società che rinunci ad eseguire un'operazione redditizia priva di rischio, pur rientranti nell'oggetto sociale, per permettere ai soci di sfruttarla personalmente in proporzione alla loro quota; in tal caso, avverte l'Autore, i creditori subiscono un pregiudizio, nella misura in cui essi concedono un credito tenendo conto dell'attitudine della società a realizzare profitti.

previsto che le società per azioni debbano attendere a uno scopo intimamente contraddittorio»¹⁰¹⁹.

D'altra parte, riconoscere, in capo agli amministratori, una discrezionalità tale da compiere scelte di gestione che vadano in un senso o nell'altro implica che sarebbero essi stessi a definire l'interesse sociale; ciò soprattutto sarebbe difficilmente conciliabile con la *ratio* stessa dell'articolo 2391, che è, come visto, la prevenzione dei comportamenti infedeli degli amministratori in conflitto di interessi, allorché questi potrebbero agevolmente addurre motivazioni per operazioni che mirano a soddisfare il loro personale interesse, celandosi dietro ad un nebuloso, e non bene identificabile, interesse della società o dei suoi creditori.

Inoltre, un ulteriore argomento a supporto della correttezza della tesi secondo cui l'interesse sociale non comprende in sé quello dei creditori si ricava anche dal fatto che non vi è alcuna norma, nell'ordinamento societario italiano, che assegni alla società per azioni lo scopo di perseguire l'utilità dei creditori, ma solo norme dettate a tutela degli interessi dei creditori. Dunque, anche a voler affermare, da qui, che l'articolo 2391 e di conseguenza il 2626-bis abbiano la finalità di proteggere anche l'interesse dei creditori, comunque non comporta necessariamente che gli amministratori debbano tendere a massimizzare l'utilità di quelli.

5. L'elemento soggettivo.

A differenza del complesso elemento soggettivo che caratterizza l'esaminata fattispecie di infedeltà patrimoniale, ai fini della configurabilità del delitto di omessa comunicazione del conflitto di interessi è richiesto il solo dolo generico. Questo indica che è sufficiente la sussistenza anche del mero dolo

¹⁰¹⁹ ENRIQUES Luca (2000), *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, Giuffrè, 165-167. L'idea che, per le operazioni del genere indicato, che non siano state riservate all'assemblea, gli amministratori abbiano il potere di scegliere in quale misura sacrificare gli interessi dei soci a quelli dei creditori pare difficilmente conciliabile con questi dati normativi.

eventuale.

Tale scelta è apparsa criticabile, secondo parte della dottrina¹⁰²⁰, in quanto una maggiore caratterizzazione del dolo avrebbe meglio permesso di evitare una deprecabile commistione tra ipotesi di gestione caratterizzata da un elevato rischio d'impresa e situazioni, invece, di effettiva *mala gestio*.

Su questo punto, peraltro, sarà opportuno rievocare quanto affermato riguardo al ruolo del danno nella fattispecie in esame e, in particolare, la posizione secondo cui tale elemento non debba essere oggetto di volizione da parte del soggetto agente.

In effetti, la piena consapevolezza, da parte dell'amministratore, che la propria condotta arrecherà un danno può ben apparire come una limitazione sufficientemente stringente all'applicazione della fattispecie, tale forse da comprometterne l'effettività, se solo si consideri che, in tal modo, si verrebbe a richiedere una volontà di agire in conflitto di interessi che, nel momento della mancata *disclosure*, non vi è ancora o, quantomeno, può non esservi, per come è strutturata la disposizione incriminatrice.

Se è, infatti, innegabilmente vero che ammettere il dolo eventuale in una fattispecie concepita come un avamposto sanzionatorio porta a dilatare a dismisura la punibilità, estendendola anche a condotte prive di un intrinseco disvalore, tale da legittimare l'impiego della sanzione penale, occorre pur sempre ricordare che il delitto di omessa comunicazione del conflitto di interessi non può essere *tout court* considerato una fattispecie di pericolo astratto, proprio in ragione della presenza del danno, espressamente previsto dalla disposizione di cui all'articolo 2629-bis.

Ciò considerato, appare condivisibile la critica di chi ritiene che l'ammissibilità del dolo eventuale dilati eccessivamente l'ambito di applicazione della fattispecie, solo nella misura in cui si ritenga che il danno

¹⁰²⁰ BELLACOSA Maurizio (2006), *Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e sanzioni penali*, Milano, Giuffrè, LUP, 232; aderisce ZANNOTTI Roberto (2008), *Il nuovo diritto penale dell'economia*, II edizione, Milano, Giuffrè, 321.

non costituisca un elemento della fattispecie, ma condizione obiettiva di punibilità. Viceversa, non appare opportuno considerare l'introduzione del dolo diretto nella fattispecie, anche tenuto conto che non è possibile individuare alcuna diretta relazione tra la mancata comunicazione del conflitto di interessi e la produzione di un danno per la società.

6. Le oggettività tutelate.

Già si è anticipato come possa ritenersi che l'articolo 2629-bis del codice civile non disciplini un reato propriamente contro il patrimonio.

Se la collocazione della norma ed il riferimento all'elemento del danno possono, infatti, indurre a ritenere che il bene finale tutelato sia il patrimonio, pochi dubbi possono essere sollevati riguardo al fatto che quella dell'articolo 2629-bis sia una fattispecie avamposto. Tuttavia, essa è posta a tutela di beni che, nel nostro ordinamento, attualmente sono considerati bisognosi di tutela penale e, si può dire, costituiscono, di per sé, beni giuridici: si tratta della fedeltà dei gestori e della trasparenza che ad essa presiede.

D'altro canto, porre il danno come elemento del reato significherebbe, come visto, limitare la punibilità ai comportamenti di agenti che si propongono il danno come fine, anche solo eventuale, della loro condotta, anche con i relativi problemi probatori che ne deriverebbero. Un'incriminazione che prende luce da un danno patrimoniale concretamente accertato solleverebbe, infatti, nella prassi, non poche difficoltà applicative, specie in ordine al nesso di causalità tra condotta ed evento¹⁰²¹.

Molto più lineare è, dunque, l'interpretazione che considera la punibilità dell'omessa comunicazione come limitata al caso in cui si realizzi un evento di danno, per cercare poi altrove il bene giuridico tutelato. Tanto, però, non

¹⁰²¹ V. in proposito PEDRAZZI Cesare (2001), *In memoria del "falso in bilancio"*, in *Rivista delle società*, fascicolo 6, 1370 e seguenti.

significa che la fattispecie non giunga a tutelare il patrimonio della società, ma questo semmai avverrà in un momento successivo.

Infatti, ciò che il 2629-bis sanziona è in primo luogo l'inosservanza degli obblighi di cui al 2391, cioè di regole di trasparenza.

Non per questo si deve, tuttavia, considerare che la norma tuteli un mero adempimento formale. Anzi, la norma di cui all'articolo 2629-bis, come visto a proposito del 2391, tutela la trasparenza in funzione di un particolare obbligo di *disclosure*, quello che consente un'efficace disciplina del conflitto di interessi. Appurato, quindi, che è di una situazione di conflitto che si tratta, sarebbe stato eccessivo pretendere che la condotta dell'amministratore fosse per giunta coperta dal dolo di danno.

D'altro lato, anche per l'omessa comunicazione del conflitto di interessi possono valere le difese, compiute da parte di autorevole dottrina, nei confronti dei reati di pericolo, quando si tratti di ambiti che l'ordinamento non può non presidiare e, vista la gravità delle lesioni cagionabili, non può non presidiare penalmente.

In effetti, pur essendo stata introdotta nel contesto di una legge sulla tutela del risparmio, la disposizione di cui all'articolo 2629-bis non tutela direttamente l'interesse patrimoniale dei singoli risparmiatori, bensì il regolare e trasparente svolgimento dell'attività degli organi sociali, per un corretto impiego del patrimonio sociale. Una tutela, quindi, funzionale ad interessi che stanno sullo sfondo e legata a formule più ampie, come il regolare funzionamento degli organi sociali e l'equilibrio interno dei poteri¹⁰²².

In proposito, appare opportuno richiamare anche la disciplina francese in materia di *abus des biens*, e precisamente quanto visto riguardo alla contrarietà all'interesse sociale, ciò che rileva i nostri fini. La giurisprudenza

¹⁰²² NAPOLEONI Valerio (1992), *I reati societari, II: Infedeltà e abusi di potere*, Milano, Giuffrè, 265 e seguenti.

d'Oltralpe, come emerso dalla presente analisi, ha, infatti, individuato i limiti all'applicazione della sanzione alle ipotesi in cui, pur ricorrendo solo un pericolo per il patrimonio della società, fosse evidente la contrarietà della condotta dell'agente all'interesse sociale. Così, in Francia, si è ammessa pacificamente l'equiparazione tra danno e pericolo e si identifica nel criterio modale della contrarietà all'interesse sociale il *discrimen* tra condotte punibili o non punibili.

Ora, se come accennato¹⁰²³ si possono nutrire dei dubbi sull'effettiva capacità di tale criterio di rivestire il ruolo che gli si assegna, è anche vero che questi si sviluppano principalmente sulla base della considerazione che manca, nell'ordinamento francese, un adeguato fondamento normativo alla nozione di interesse sociale¹⁰²⁴. Per quel che rileva l'oggetto del nostro esame, non si può certo affermare che tale concetto sia cristallino neppure nell'ordinamento italiano, tuttavia, proprio in grazia del rinvio all'articolo 2391, nel caso del delitto di omessa comunicazione del conflitto d'interessi abbiamo una disciplina civilistica di riferimento, dalla quale non si può prescindere.

Riguardo all'essenza del reato di omessa comunicazione, possono inoltre richiamarsi alcune riflessioni svolte dalla dottrina a proposito dell'appropriazione indebita. L'avvicinamento tra le due figure è opportuno, oltre che tenuto conto della funzione di supplenza che il reato di cui all'articolo 646 del codice penale ha svolto nei confronti di fattispecie di infedeltà gestoria, soprattutto giacché, secondo alcuni Autori¹⁰²⁵, come illustrato, la caratteristica del delitto di appropriazione indebita consisterebbe nella violazione della fiducia che è insita nel rapporto da cui

¹⁰²³ V. in proposito nota n. 146, all'interno del paragrafo dedicato all'ordinamento francese.

¹⁰²⁴ FOFFANI Luigi (2002), *Le infedeltà*, in *Il nuovo diritto penale delle società* a cura di ALESSANDRI Alberto, Milano, IPSOA, 305.

¹⁰²⁵ Il riferimento è all'opera di PETROCELLI Biagio (1933), *L'appropriazione indebita*, Napoli, Morano, 114 e seguenti e MANTOVANI Ferrando (1989), *Delitti contro il patrimonio*, Padova, CEDAM, 100.

trae origine il possesso.

Anche se tale concezione è messa in dubbio dalla mancata previsione, nel codice del 1930, del requisito dell'affidamento¹⁰²⁶, non si può negare che vi sia un'affinità con la situazione tutelata dalla fattispecie di omessa comunicazione, a monte della quale c'è proprio la scelta di affidare la gestione del patrimonio agli amministratori, perché ne usino nell'interesse della società. Vi è, dunque, un rapporto che nasce su basi di fiducia, ed è questa a venire violata tutte le volte in cui gli amministratori considerano un interesse diverso da quello della società, titolare del patrimonio gestito, o dei terzi che ad essa hanno, a loro volta, affidato i propri risparmi.

Quindi, se anche non si può negare che l'abuso del gestore possa correlarsi a una lesione del patrimonio, l'essenza del delitto consiste nella violazione del rapporto di fiducia, che è alla base dell'affidamento della gestione. Invece, l'aver previsto che la condotta consista nella violazione dell'obbligo di cui all'articolo 2391 evidenzia come sia oggetto di tutela proprio la correttezza nello svolgimento delle funzioni di amministrazione, che si esplica attraverso la trasparenza.

7. I rapporti tra infedeltà patrimoniale e omessa comunicazione del conflitto di interessi.

Si tratta, a questo punto, di considerare i rapporti tra 2634 e 2629-bis, dal momento che, pur essendo norme figlie di due esigenze diverse, l'una il recupero di offensività, l'altra la tutela di un bene strumentale, presentano già da un primo sguardo due evidenti elementi in comune: il danno (sulla cui natura, all'interno del 2629-bis, già si è detto) e il conflitto di interessi (polo del disvalore della condotta).

¹⁰²⁶ Lo ricorda ANTOLISEI Francesco, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, a cura di CONTI Luigi (2002), XIV edizione integrata e aggiornata, 335 e seguenti. Questo Autore sostiene che non vi sia nessun vincolo di fiducia alla base dell'appropriazione indebita, essendo la relativa fattispecie pacificamente applicabile anche qualora tale vincolo non sussista affatto.

Con l'introduzione del 2629-bis, in effetti, sembra assistersi a un *revirement* compiuto dal legislatore penale, che con la nuova norma munisce di sanzione l'obbligo civilistico di cui all'articolo 2391, quanto meno per alcuni tipi di società. Se questo è il segno di un ritorno nel senso della tutela dei beni strumentali del diritto societario, è, però, incrinato dalla menzione del danno pure nel testo dell'articolo 2629-bis.

Che si tratti di un elemento della fattispecie o di una condizione di punibilità, come in questa tesi prospettato, rimarrà da appurare, tuttavia di certo non si tratta di una semplice aggravante, come era per il 2631. Ciò non toglie che si sia voluto evitare di tutelare un mero adempimento formale. Cogliendo, peraltro, le indicazioni di chi¹⁰²⁷ criticava sotto questo profilo la disposizione abrogata.

Quello che possiamo notare, giunti fin qui, è la presenza di un filo logico che unisce le tre fattispecie: alla base delle disposizioni di cui al previgente articolo 2631 e agli attuali 2634 e 2629-bis, infatti, c'è, infatti, indubbiamente, una situazione di conflitto di interessi, che viene tenuto fermo quale presupposto dell'incriminazione.

L'introduzione del delitto di omessa comunicazione del conflitto di interessi impone, dunque, di andare a verificare come si ponga la nuova disposizione in rapporto alla, di poco precedente, fattispecie di infedeltà patrimoniale, contemplata dall'articolo 2634.

A seguito dell'analisi sin qui svolta, appare, infatti, agevole osservare come parlare di infedeltà patrimoniale sia parlare di conflitto di interessi. Si è dato conto di come, per settant'anni, il nostro sistema penale abbia presentato una lacuna, colmata dalla giurisprudenza, attraverso l'uso delle fattispecie di appropriazione indebita e peculato¹⁰²⁸, esteso alle ipotesi di infedele

¹⁰²⁷ *Ex plurimis*, molto chiara è la posizione di ANTOLISEI Francesco (1999), *Leggi complementari, vol. I - I reati societari, bancari, di lavoro e previdenza, Manuale di Diritto Penale*, undicesima edizione, Milano, Giuffrè, 310 e seguenti.

¹⁰²⁸ Quantomeno ove fosse possibile ravvisare una parvenza di natura pubblicistica dell'ente. Si

amministrazione di patrimoni altrui.

Si è, altresì, evidenziato come il proposito del legislatore della riforma dei reati societari, ovvero sia l'introduzione di una fattispecie di infedeltà patrimoniale destinata ad operare nello specifico campo societario, sia stato inizialmente accolto con favore, dal momento che era evidente come quel settore necessitasse di una tutela specifica, formulata in termini di infedeltà piuttosto che di appropriazione. Al tempo stesso, riguardando una materia specifica, si riteneva che la nuova disposizione avrebbe più agevolmente potuto conformarsi alle esigenze di tassatività delle fattispecie penali.

Gli entusiasmi, com'è evidente, sono presto scemati allorché si è andati ad esaminare il contenuto della disposizione, dal momento che, come si è illustrato, essa prevede una descrizione della condotta e dell'elemento soggettivo entro limiti talmente ristretti da pregiudicarne l'applicazione.

Si è dunque compiuto un passo indietro, anziché un passo in avanti, nella tutela¹⁰²⁹.

Ecco, dunque, che il legislatore del 2005 ha preso atto di come, per estendere la tutela, sia necessario concentrarsi maggiormente sul conflitto di interessi.

È, in effetti, un dato che emerge anche dall'analisi comparatistica: l'elemento che l'intervento punitivo sanziona è la cura, da parte del gestore, di un interesse diverso da quello che è tenuto a curare.

L'articolo 2629-bis, tuttavia, non è, come visto, fattispecie di applicazione generale, perché dal novero dei soggetti attivi del reato si evince che essa fa riferimento esclusivamente alla grande impresa, fatta forse eccezione per le piccole banche rurali. Dunque, l'estensione di tutela sembra rimanere

rinvia alla parte della presente tesi dedicata all'evoluzione giurisprudenziale in materia di sanzionabilità delle condotte distrattive, nonché, per un maggiore approfondimento sul tema dei reati contro la pubblica amministrazione nell'ambito degli enti pubblici economici, a CASTELLANA Agata Maria (1989), *Profili di soggettività penale degli interventi pubblici nell'economia*, Padova, Cedam.

¹⁰²⁹ Una tendenza dimostrata peraltro in generale dall'intera riforma del 2002 dei reati societari, la quale, prevedendo soprattutto fattispecie di danno, ha segnato «un arretramento del fronte che confina con la smobilitazione»: PEDRAZZI Cesare (2002), Prefazione a *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di ALESSANDRI Alberto, Milano, IPSOA, pagina XX.

limitata.

Si deve, peraltro, osservare che i rapporti tra la norma di cui all'articolo 2629-bis e quella di cui all'articolo 2634 sono sicuramente di specialità. Eppure, tale considerazione non è sufficiente a far pervenire all'individuazione della norma applicabile, tra le due, astrattamente idonee a regolare un medesimo fatto. Né si deve trascurare che la selezione della sola norma applicabile risponde ad un'esigenza di equità posto che, diversamente, si realizzerebbe un concorso di reati, con conseguente più aspro trattamento sanzionatorio¹⁰³⁰, ciò che in questo particolare contesto costituirebbe un'anomalia.

Il tipo di specialità intercorrente tra le due fattispecie delittuose, in effetti, sembra piuttosto presentarsi di quella specie particolare, cosiddetta reciproca, che non può essere docilmente ricondotta alla disciplina codicistica, per cui *lex specialis derogat legi generali*. Questo nel senso che non si può affermare con evidenza quale norma sia speciale o generale, dal momento che ciascuna è al tempo stesso generale e speciale, perché entrambe presentano elementi più specifici ed elementi più generici rispetto agli elementi dell'altra.

Vediamo, allora, di esaminare con maggior dettaglio proprio questa concorrenza, per meglio comprendere quale disposizione sia recessiva rispetto all'altra¹⁰³¹. Analizzando, sul terreno dei rapporti strutturali, in che modo sono connotate le fattispecie di cui agli articoli 2629-bis e 2634 del codice civile, risalta certo la maggior ricchezza del coefficiente psicologico di quest'ultima incriminazione. Tuttavia, molti tratti specializzanti contrassegnano talora l'una, talvolta l'altra previsione. Si pensi anzitutto alla

¹⁰³⁰ AMBROSETTI Enrico Mario (2006), *Materia regolata da più leggi penali o da più disposizioni della medesima legge penale. Il principio di specialità*, in *La legge penale, Fonti, tempo, spazio, persone*, opera diretta da RONCO Mauro, Bologna, Zanichelli, 335.

¹⁰³¹ Perché la disciplina contenuta in quest'ultima, norma speciale, descrive un fatto che presenta tutti gli elementi del fatto contemplato dall'altra, norma generale, e inoltre uno o più elementi specializzanti, per specificazione o per aggiunta.

sfera di autori qualificati, che la disposizione di cui all'articolo 2629-bis del codice civile presenta. In secondo luogo, venendo all'elemento oggettivo, è d'uopo ricordare come il conflitto di interessi sia connotato nella recente disposizione attraverso il rinvio agli obblighi informativi di cui all'articolo 2391 del codice civile, dando rilevanza, cioè, con una certa ampiezza, agli interessi degli amministratori, mentre si guarda all'effettivo conflitto nel reato societario, che per di più attrae nel proprio raggio d'azione solo gli atti dispositivi. La norma più recente, infatti, è caratterizzata, rispetto a quella sull'infedeltà patrimoniale, da una concezione più estesa, secondo cui, come abbiamo visto, devono essere oggetto di valutazione tendenzialmente tutti gli interessi degli amministratori, mentre all'interno della disposizione di cui all'articolo 2634 la situazione di conflitto, già notevolmente circoscritta dall'elemento soggettivo, non fa altro che aggiungere un ulteriore elemento del reato.

Inoltre, dato tutt'altro che trascurabile, l'operazione contemplata dal delitto di infedeltà viene repressa solo in presenza di un danno patrimoniale alla società ed è così anche nel caso dell'omessa comunicazione, in cui, tuttavia, esso è mera condizione di punibilità, in quanto già nella condotta omissiva si incentra il disvalore della fattispecie¹⁰³².

Questione certo non meno importante è, poi, il diverso regime di procedibilità delle due incriminazioni, dal momento che l'infedeltà patrimoniale è perseguibile a querela, l'omessa comunicazione d'ufficio, il che parrebbe indicare una diversità di bene tutelato¹⁰³³.

¹⁰³² Osserva acutamente GIUNTA Fausto (2009), *Il delitto di omessa comunicazione del conflitto di interessi*, in *Diritto e Pratica delle Società*, n. 11, 39, che la verifica di danni alla società o a terzi non può derivare dalla semplice omissione del dovere di comunicare l'esistenza dell'interesse in conflitto, sicché il delitto richiede, di fatto, un requisito implicito di tipicità, ovvero la partecipazione dell'amministratore all'operazione potenzialmente dannosa.

¹⁰³³ In proposito è opportuno ricordare che, mirando a restringere l'area del concorso apparente di norme e a vantaggio del concorso di reati, una parte della giurisprudenza interpreta la formula "stessa materia", contenuta nell'articolo 15 del codice penale, come sinonimo di "stesso bene giuridico", limitando così il campo di applicazione del criterio di specialità alle sole ipotesi in cui la norma speciale tuteli lo stesso bene giuridico protetto dalla norma generale. A questo orientamento si obietta, a ragione, che la formula "stessa materia" non evoca minimamente l'idea di un identico bene giuridico

Sembra, dunque, a questo punto, di poter giungere alla conclusione, non suscettibile di essere revocata in dubbio¹⁰³⁴, che la porta della specialità non conduca affatto a disciplinare il rapporto intercorrente fra i due delitti¹⁰³⁵. Infatti, risulta pressoché impossibile individuare, sul terreno dei rapporti strutturali tra le due figure astratte di reato, un criterio plausibile per stabilire quale sia la norma speciale che deve prevalere sull'altra¹⁰³⁶.

Neppure il principio di sussidiarietà, d'altro canto, permette di giungere a risultati interpretativi soddisfacenti, giacché non è ravvisabile tra le due norme alcun rapporto di rango, in ragione del quale la norma di minor rango, come norma sussidiaria, ceda il passo alla norma principale.

Se, infatti, una norma è sussidiaria rispetto ad un'altra, principale, quando quest'ultima tutela, accanto al bene giuridico protetto dalla prima norma, uno o più beni ulteriori ovvero reprime un grado di offesa più grave allo stesso bene, potremmo dire che a essere sussidiaria è la norma di cui all'articolo 2634, perché l'offesa sanzionata dall'articolo 2629-bis appare più grave, come si evince dal diverso trattamento sanzionatorio. Tuttavia, ciò non basta, perché, al di là della previsione di pena, concentrandosi su

tutelato, mentre indica piuttosto l'esigenza che lo stesso fatto sia riconducibile sia alla norma generale sia alla norma speciale; in secondo luogo si sottolinea che nessuna ragione di tipo logico si oppone al considerare norma speciale una norma che tutela un bene diverso dal bene tutelato dalla norma generale. V., *ex plurimis*, Cassazione penale Sezioni Unite, 13 settembre 1995, secondo cui è necessaria l'identità del bene giuridico tutelato, che discende dall'identità di oggetto giuridico in quanto norme regolanti la stessa materia.

¹⁰³⁴ Con argomenti simili, riguardo ai rapporti tra infedeltà patrimoniale e obbligazioni degli esponenti bancari, v. ZAMBUSI Angelo (2005), *L'infedeltà patrimoniale interna degli operatori bancari*, Padova, CEDAM, 278-280, dalle cui riflessioni si è tratto spunto per sviluppare il tema in esame.

¹⁰³⁵ «Fallace appare la pretesa di ricondurre alla disciplina dell'articolo 15 del codice penale le ipotesi di cosiddetta specialità reciproca, cioè i casi in cui due norme descrivono fatti di un reato che, accanto ad un nucleo di elementi comuni, presenta elementi specifici ed elementi generici rispetto ai corrispondenti elementi dell'altra», MARINUCCI Giorgio e DOLCINI Emilio (2004), *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, Giuffrè, 295. Per un altro peculiare caso di specialità reciproca v. anche ZAMBUSI Angelo (2005), *L'infedeltà patrimoniale interna degli operatori bancari*, Padova, CEDAM, 281, nota 114.

¹⁰³⁶ La dottrina, in effetti, ha espresso critiche nei confronti della figura della specialità reciproca proprio sulla base dell'osservazione che essa esprime una relazione che non ha nulla a che vedere con il rapporto di specialità cui allude l'articolo 15 del codice penale, mentre destano perplessità i disparati criteri volti a determinare quale fra le due fattispecie dovrebbe prevalere, come, ad esempio, la presenza in una delle due fattispecie, di un soggetto qualificato o l'inserimento di una delle norme in un complesso legislativo più specifico. V. in proposito, nella dottrina più recente, AMBROSETTI Enrico Mario (2006), *Materia regolata da più leggi penali o da più disposizioni della medesima legge penale. Il principio di specialità*, in *La legge penale, Fonti, tempo, spazio, persone*, opera diretta da RONCO Mauro, Bologna, Zanichelli, 351.

condotta ed elemento soggettivo, appare più grave l'infedeltà patrimoniale, che, oltretutto, tutela un bene ulteriore, cioè il patrimonio, che l'omessa comunicazione del conflitto tutt'al più mette solo in pericolo. A meno che non si guardi all'ambito di applicazione, perché allora si potrebbe pensare che norma principale sia il 2629-bis¹⁰³⁷. In effetti una previsione viene considerata sussidiaria nei confronti di un'altra, che definiamo principale, allorché quest'ultima protegga, oltre all'interesse tutelato dalla prima, uno o più interessi ulteriori, oppure contrasti un attacco più intenso allo stesso interesse¹⁰³⁸, ovvero rappresenti uno stadio di offesa più intensa allo stesso bene giuridico.

Non si dimostra maggiormente efficace il criterio di consunzione, il quale dovrebbe permettere di individuare i casi in cui la commissione di un reato sia strettamente funzionale ad un altro più grave reato, sicché la disposizione che sanziona quest'ultimo "consuma", cioè assorbe in sé, l'intero disvalore del fatto concreto¹⁰³⁹. Infatti, anche accettando questo criterio non appare possibile configurare come concorso apparente tra norme quello che intercorre tra i delitti di cui agli articolo 2629-bis e 2634, dal momento che configurare la condotta dell'omessa comunicazione come funzionale alla commissione di un'infedeltà patrimoniale costituirebbe un'evidente forzatura. Oltretutto, non si terrebbe adeguatamente conto del regime sanzionatorio, dal momento che la norma "consumata" è punita in misura considerevolmente più grave e sarebbe, pertanto, illogico che tale maggior sanzione venga meno quando il reato sia finalizzato al compimento

¹⁰³⁷ Ma vedremo in seguito come con questo dato sarà più agevole argomentare un diverso tipo di conclusione.

¹⁰³⁸ ZAMBUSI Angelo (2005), *L'infedeltà patrimoniale interna degli operatori bancari*, Padova, CEDAM, 276.

¹⁰³⁹ L'idea della consunzione sta alla base della disciplina del reato complesso, che è delineata nell'articolo 84 del codice penale, il quale dispone che «le disposizioni degli articoli precedenti (cioè quelle relative al concorso di reati) non si applicano quando la legge considera come elementi costitutivi, o come circostanze aggravanti di un solo reato, fatti che costituirebbero per se stessi reato». Questa norma potrebbe apparire, a prima vista, una pleonastica applicazione del principio di specialità, ma cessa di essere superflua, se la si interpreta come enunciazione espressa del principio di consunzione.

di un ulteriore reato¹⁰⁴⁰.

È, quindi, chiaro che le due norme, per la loro conformazione, afferiscono a differenti ambiti di protezione, oltre che diversi ambiti di applicazione. Le due incriminazioni hanno spazi di manovra differenti, che non si risolvono in un concorso apparente, bensì all'opposto sembrano configurare un vero e proprio concorso di reati¹⁰⁴¹.

D'altro canto, esigenze di equità e certezza del diritto impediscono di addossare all'autore lo stesso fatto più di una volta, quand'anche esso corrisponda al contenuto di più norme incriminatrici, e ciò anche nel caso di specialità reciproca, senza clausole di riserva.

Qualora manchino, nella lettera della legge, indicazioni sufficienti per risolvere il concorso apparente¹⁰⁴² tra norme, nel senso di stabilire quale effettivamente sia speciale, occorre, perciò, continuare l'analisi delle disposizioni, cercando di trarne elementi utili per supportare un'interpretazione sistematica. Nel caso specifico, emergono, tuttavia, ancora una volta, elementi discordanti: innanzitutto è difficile inquadrare sul piano sistematico i rapporti tra articolo 2634 e articolo 2629-bis, dal momento che, pur se quest'ultimo appare incentrarsi sul momento del proposito criminoso, entrambi contemplanò il danno, sicché non è chiaro

¹⁰⁴⁰ Tale illogicità risulta soprattutto se consideriamo la presenza nell'ordinamento della circostanza aggravante comune del nesso teleologico, che *ex* articolo 61 n. 2 del codice penale ricorre allorché un reato sia commesso allo scopo di eseguirne un altro. Con la conseguenza che il giudice, quando escluda la sussistenza di un reato eventualmente complesso, ravvisando concorso di reati, dovrà ritenere il reato-mezzo aggravato *ex* articolo 61 n. 2 del codice penale. Se in effetti l'esempio classico è quello dell'omicidio commesso attraverso un danneggiamento, poniamo, degli abiti della vittima, è chiaro che, se non lo si considera assorbito, si può astrattamente, ma non molto ragionevolmente, configurare il danneggiamento come aggravato dalla finalità di compiere un omicidio. Quello che però preme sottolineare, riguardo alle norme in esame, è che il trattamento sanzionatorio maggiore è riservato a quello che si può considerare il reato-mezzo, sicché l'illogicità non starebbe tanto nell'applicazione dell'aggravante, quanto piuttosto nell'assorbimento.

¹⁰⁴¹ Con argomenti simili viene escluso il concorso apparente tra norme anche tra 2634 del codice civile e 136 T.U.B.. V. in proposito ZAMBUSI Angelo (2005), *L'infedeltà patrimoniale interna degli operatori bancari*, Padova, CEDAM, 275 e seguenti.

¹⁰⁴² Nel senso che, come nel diritto processuale esiste un esplicito richiamo al *ne bis in idem* nel disposto di cui all'articolo 649 del codice di procedura penale, allo stesso modo numerosi dati normativi confermano l'esistenza del medesimo principio anche nel diritto sostanziale, v. AMBROSETTI Enrico Mario (2006), *Materia regolata da più leggi penali o da più disposizioni della medesima legge penale. Il principio di specialità*, in *La legge penale, Fonti, tempo, spazio, persone*, opera diretta da RONCO Mauro, Bologna, Zanichelli, 335-336.

come potrebbe configurarsi una progressione criminosa, dall'una all'altra fattispecie. A una simile ricostruzione osta, per di più, il confronto tra il trattamento sanzionatorio dell'una e dell'altra: l'articolo 2629-bis prevede la reclusione da uno a tre anni, mentre il 2634 da sei mesi a tre anni, cioè l'omessa comunicazione ha un minimo edittale più elevato. A ciò si aggiunga che mentre la nuova fattispecie è procedibile d'ufficio, per il delitto di infedeltà patrimoniale è necessaria la querela.

Ecco allora che il quadro si presenta in tutta la sua complessità. Il concorso apparente tra norme si verifica, in effetti, nel caso in cui un amministratore, che rientri nel novero dei soggetti attivi del reato di omessa comunicazione, non informi gli altri amministratori ed il collegio sindacale e poi partecipi alla deliberazione di un atto di disposizione dei beni sociali, causando intenzionalmente un danno, col fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto.

Da questo punto di vista emerge come la disposizione sull'infedeltà patrimoniale sia maggiormente tassativa e, tuttavia, preveda una pena inferiore nel minimo rispetto alla fattispecie di omessa comunicazione, che dunque, punendo più gravemente una fattispecie meno qualificata, sarebbe sospetta di incostituzionalità alla luce dei principi di eguaglianza e ragionevolezza. Occorre, tuttavia, considerare come l'articolo 2629-bis sia rivolto a un novero più limitato di soggetti attivi, rispetto all'articolo 2634, e si tratti, dunque, di una fattispecie rivolta a settori che necessitano di una tutela penale differenziata e più rigorosa. In proposito, possono richiamarsi le considerazioni espresse dalla Corte costituzionale quando venne chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dell'articolo 136 del testo unico bancario, all'indomani dell'entrata in vigore proprio dell'articolo 2634 del codice civile. Il riferimento è alla sentenza n. 364 del 17 novembre 2004¹⁰⁴³, che

¹⁰⁴³ Riportata in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 2004, 1235 e seguenti, nonché *Banca Borsa Titoli di Credito*, vol. LVIII, maggio-giugno 2005, 231-238, con relativo commento di

dichiarò non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 8 del decreto legislativo 11 aprile 2002, n. 61, sollevata¹⁰⁴⁴ in relazione all'articolo 3 della Costituzione, nella parte in cui non prevedeva l'abrogazione dell'articolo 136 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385.

La pronuncia della Consulta¹⁰⁴⁵ si è posta in linea con la maggior considerazione, in termini di bisogno di tutela, attribuita al settore creditizio¹⁰⁴⁶, ma anche con la direttrice di tutela tracciata dalle disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari¹⁰⁴⁷.

Analogo discorso si può svolgere, dunque, per il delitto di omessa comunicazione del conflitto di interessi, salvo, semmai, continuare a domandarci perché sia previsto all'articolo 2629-bis del codice civile, anziché essere inserito nel T.U.F.¹⁰⁴⁸ o nel T.U.B.. La risposta più probabile,

SEMINARA Sergio.

¹⁰⁴⁴ Ad avviso del giudice rimettente, infatti, la perdurante vigenza dell'articolo 136 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, pur dopo l'abrogazione dell'articolo 2424 del codice civile, con la riforma dei reati societari, avrebbe realizzato un'irragionevole disparità di trattamento in danno dei titolari di poteri di amministrazione in società creditizie, che continuano a essere sottoposti alla disciplina sancita dalla norma bancaria, pur essendo venuto meno il precetto generale prima vigente per le società non creditizie. Una volta mutato il principio generale che informa la disciplina - per cui il momento di rilevanza penale non è più rappresentato dal semplice agire in conflitto di interessi, ma dalla causazione di un danno all'ente attraverso quell'agire - l'articolo 136 si sarebbe trasformato in una norma «arbitrariamente gravatrice». La Corte costituzionale respinse però tale impostazione, argomentando che non risulta irragionevole la scelta legislativa di salvaguardare penalmente gli interessi coinvolti dall'attività bancaria attraverso la previsione di un reato di pericolo presunto, avente ad oggetto situazioni di conflitto di interessi tra la banca e i componenti dei suoi organi amministrativi, direttivi e di controllo.

¹⁰⁴⁵ Se ne riporta qui un passaggio saliente: «Costituisce, infatti, frutto di una valutazione discrezionale del legislatore, non manifestamente irragionevole, riservare alla fattispecie di mero pericolo relativa agli esponenti bancari un trattamento penale più severo [...] rispetto a quello stabilito per la fattispecie di danno (infedeltà patrimoniale), concernente la generalità delle società. Quest'ultima fattispecie - proprio per il suo carattere generale - trova, infatti, applicazione anche in rapporto a società di modesto rilievo (ad esempio, società di persone a base familiare), la cui corretta gestione può non coinvolgere interessi pubblici comparabili a quelli tipicamente investiti dall'attività bancaria». Si rinvia a SEMINARA Sergio (2005), *Note sul reato di illeciti rapporti patrimoniali tra dirigenza e banca (articolo 136, T.U.B.)*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, vol. LVIII, maggio-giugno 2005, 239.

¹⁰⁴⁶ ZAMBUSI Angelo (2005), *L'infedeltà patrimoniale interna degli operatori bancari*, Padova, CEDAM, 273.

¹⁰⁴⁷ Cioè della legge 28 dicembre 2005, n. 262, che, tra l'altro, all'articolo 39 (aumento delle sanzioni penali e amministrative) prevede il raddoppio delle pene stabilite dal decreto legislativo 385 del 1993 e del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, compreso quindi delitto di cui all'articolo 136, con buona pace di qualsivoglia armonizzazione e con netta affermazione del maggiore rilievo conferito ai settori bancario e finanziario, piuttosto che l'ambito presidiato dal titolo XI, libro V del codice civile.

¹⁰⁴⁸ V. ARENA Maurizio (2004), *Responsabilità e sanzioni nel disegno di legge sulla tutela del risparmio*, in *Penale.it diritto, procedura e pratica penale*, <<http://www.penale.it/page.asp?mode=1&IDPag=63>>; e PALMIERI Renato (2006), *Tutela del risparmio: riflessi penali sulla materia societaria*, in *Diritto e*

a tal proposito, sta nella considerazione che, pur esistendo una disciplina di settore sia per le società quotate sia per le banche, non è, tuttavia, riscontrabile un testo legislativo di riferimento che tratti trasversalmente tutti i settori cui appartengono i soggetti attivi del delitto di cui oggi all'articolo 2629-bis. Ecco, dunque, la ragione dell'inserimento della norma nel codice civile: contenitore generale e, al tempo stesso, in materia societaria, calderone in cui rinvenire la disciplina residuale, delle società con azioni non diffuse in maniera rilevante tra il pubblico¹⁰⁴⁹ e comunque di quanto non disciplinato altrove.

In conclusione, solo se si considera l'articolo 2629-bis come volto a disciplinare un particolare settore economico, in cui sia esclusa l'applicabilità dell'articolo 2634, si giunge a un risultato interpretativo soddisfacente. Infatti non sarebbe, viceversa, ammissibile l'esistenza di un sistema in cui un amministratore, poniamo ad esempio di società per azioni quotata, solo per aver omesso di comunicare un interesse proprio, quando si sia verificato un danno alla società, venga punito più gravemente di un altro amministratore, anch'egli di società quotata, il quale, oltre a non aver comunicato il suo conflitto di interessi, abbia cagionato, intenzionalmente un danno alla propria società, al fine di trarre un profitto ingiusto.

Orbene, immaginiamo, per meglio comprendere l'assurdità della situazione che si verificherebbe, la possibile difesa del primo amministratore: egli potrebbe confessare di aver intenzionalmente voluto danneggiare la società, preferendo un'imputazione *ex* articolo 2634, piuttosto che una *ex* articolo 2629-bis. Anche perché, come più volte evidenziato, l'infedeltà patrimoniale è perseguibile a querela e non è poi così scontato che essa venga

Pratica delle Società, Il Sole 24 Ore, n. 4, marzo, 9.

¹⁰⁴⁹ Per una ricognizione sull'emergere del nuovo "tipo" di società quotata, a cavallo tra complessi rinvii normativi, v. MONTALENTI Paolo (2004), *La società quotata*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da COTTINO Gastone, Padova, CEDAM, vol. IV, 50 e seguenti

proposta¹⁰⁵⁰.

Per evitare, dunque, che si realizzi un simile scenario, la soluzione proponibile è considerare che l'avvento della nuova disposizione, di cui all'articolo 2629-bis, abbia implicitamente comportato l'abrogazione del 2634, per l'ambito di applicazione del delitto di omessa comunicazione.

Infatti, dall'insanabile contrasto con la norma precedente, è possibile ricavare che ci si trovi di fronte un fenomeno di abrogazione implicita. O, meglio, si tratterebbe di un caso di deroga, dal momento che la nuova norma contrasta con la precedente non nel senso di farla venire meno in generale e in tutti i casi, ma nel senso di disciplinare in modo diverso solo determinati casi, che pure rientrerebbero nella previsione della prima.

¹⁰⁵⁰ Un tale, surreale, quadro, non sarebbe peraltro un *unicum* nel sistema. Il legislatore, in effetti, recentemente si è dimostrato propenso a favorire il verificarsi di simili situazioni, quando si tratti di coordinare il "nuovissimo" con il "nuovo". In proposito si può notare come una sorta di "teatrino" sia infatti immaginabile anche rispetto all'infedeltà a seguito di dazione o promessa, compiuta dai revisori contabili, come messo in evidenza da PALIERO Carlo Enrico (2006), *La riforma della riforma penale del risparmio: continuità e fratture nella politica criminale in materia economica*, in *Il corriere del merito*, n. 5, 619. Questo Autore, commentando l'articolo 174-ter del T.U.F., disposizione che non prevede, a differenza del 2635 del codice civile, né un documento, né la querela, pur comminando una sanzione più grave. Ecco allora, immaginiamo, gli autori del reato "che pietiscono le vittime la presentazione di una querela contro di loro" e difensori "che mobilitano prestigiosi colleghi peritali per dimostrare l'esistenza e la rilevanza del danno prodotto dal proprio assistito".

Conclusioni

1. L'emergere di alcuni punti di riflessione. **2.** Gli esiti della ricerca comparatistica. 2.1. La disciplina francese. 2.2. La disciplina spagnola. 2.3. La disciplina inglese. 2.4. Alcune osservazioni. **3.** Le problematiche insite nella disciplina italiana. 3.1. Il sostrato civilistico. 3.2. L'evoluzione dei modelli di tutela penale conosciuti nell'ordinamento italiano. 3.3. Aspetti problematici e prospettive di riforma. **4.** Considerazioni conclusive.

1. L'emergere di alcuni punti di riflessione.

La presente analisi ha consentito di approfondire, concedendo loro uno spazio espositivo che indubbiamente meritano, diverse problematiche. Se a volte si sono presentate come piuttosto distanti le une dalle altre, esse sono peraltro tutte accomunate dall'attinenza ad una medesima tematica, ovvero quella della disciplina del fenomeno del conflitto di interessi dei gestori sociali e della repressione dei risvolti patologici dello stesso.

Tale approfondimento comportava, giocoforza, la necessità di porre dei confini all'ambito di ricerca. Il conflitto di interessi può, in effetti, manifestarsi e, conseguentemente, essere disciplinato, in una serie molto variegata di contesti. Si consideri che il diritto stesso è, talora, definito come un ordinamento volto a regolare interessi tra loro confliggenti.

Si è, dunque, preferito concentrare l'attenzione su una serie di fattispecie che sanzionano, in particolare, le violazioni dell'obbligo di fedeltà che fa capo ai gestori di società. Nel contempo, è stato evidenziato il ruolo svolto dalla fattispecie comune dell'appropriazione indebita, in funzione di tutela, tanto del patrimonio, che delle relazioni fiduciarie.

Va sottolineato che gli attuali reati societari non si presentano di facile applicazione e ciò è tanto più vero proprio per le fattispecie di infedeltà

patrimoniale e omessa comunicazione del conflitto di interessi. Ci si è trovati, pertanto, nella prospettiva di ravvisare alternativamente, in un'ampia serie di ipotesi, un vuoto di tutela ovvero un ruolo di supplenza da parte di disposizioni estranee allo specifico contesto societario. Ciò ha sollevato la questione se non sia, in effetti, opportuno, al di là di delineare interpretativamente i rispettivi spazi di applicazione delle fattispecie attualmente esistenti e gestire al meglio la loro attuale compresenza, verificare l'utilità, *de iure condendo*, di una rivalutazione del diritto penale comune, come efficace strumento di repressione di fenomeni, che manifestano la propria gravità anche, con un certo peso, nel campo delle società.

La materia che forma oggetto del presente lavoro spazia, dunque, da problematiche di diritto propriamente commerciale societario, ad altre, proprie del diritto penale comune.

Il fine è stato quello di comprendere al meglio l'interazione tra rami del diritto che devono necessariamente armonizzarsi, al fine di offrire un'efficace interpretazione di una disciplina che, entro certi limiti, deve dimostrarsi necessariamente integrata.

2. Gli esiti della ricerca comparatistica.

È evidente come la disciplina attualmente vigente in Italia sia, in larga parte, debitrice tanto di decenni di riflessioni sviluppatesi riguardo alle previgenti fattispecie, quanto, soprattutto, di modelli di tutela conosciuti da altri ordinamenti. Si è, pertanto, scelto di dare largo spazio anche all'analisi comparatistica.

In particolare, si è cercato di esaminare tre ordinamenti, nei quali, accanto a disposizioni che regolano e sanzionano situazioni di conflitto di interessi, all'interno del diritto societario, si registra la contemporanea presenza di fattispecie comuni, le quali reprimono ipotesi delittuose riconducibili al

medesimo fenomeno. Anche le problematiche connesse all'interazione tra norme hanno, dunque, trovato approfondimento.

Nel complesso, comunque, si è potuto verificare quale importante ruolo svolga soprattutto l'esistenza di un'interpretazione condivisa, sul cui sviluppo, nei diversi Paesi presi ad oggetto della presente ricerca, si è ritenuto opportuno soffermare l'attenzione.

2.1. La disciplina francese.

In primo luogo, si è scelto di esaminare il modello di tutela prospettato dall'ordinamento francese, il quale contempla una disciplina integrata del conflitto di interessi, ovvero composta da norme sia civili, che penali, sviluppatesi congiuntamente ed entrambe contenute nel *Code de commerce*.

In particolare, si è dato ampio spazio, al di là delle prescrizioni di diritto commerciale, al delitto di *abus des biens sociaux*¹⁰⁵¹, il quale è disciplinato da una disposizione nata, nel 1935, per fronteggiare situazioni che il delitto comune dell'*abus de confiance* si era dimostrato inadeguato a reprimere.

Nonostante la risalente origine, si è visto come si tratti una fattispecie di perdurante attualità, il che è indubbiamente dovuto alla particolare duttilità della stessa.

In effetti, per come è formulata la norma, risulta chiaro che ci si trova di fronte a un reato di condotta. La soglia dell'intervento penale è raggiunta senza che sia necessario che l'utilizzo dei beni di proprietà della società abbia prodotto né un risultato vantaggioso per il soggetto agente, né, tanto meno, che la società abbia subito un danno. È, invece, sufficiente che la volontà dell'agente sia rivolta, al momento dell'azione, alla realizzazione di un proprio interesse e che, in concreto, questo interesse risulti contrario a quello della società.

¹⁰⁵¹ Si è dato conto di come, per semplicità espositiva, si sia esaminata la fattispecie prevista in relazione alle sole società anonime, dal momento che, pur non essendovi una disposizione unitaria, il modello sia sostanzialmente uno solo.

La condotta, consistente nel semplice uso, termine di per sé neutro, è infatti sanzionata nella misura in cui essa assume un disvalore, che deriva dall'elemento soggettivo, che l'accompagna. Inoltre, un certo peso assume la circostanza che il semplice uso non implica alcuna appropriazione, sicché il delitto di abuso sussiste indipendentemente da una qualsivoglia appropriazione dei beni che ne formano oggetto¹⁰⁵².

È, dunque, chiaro come la fattispecie incriminatrice francese ricomprenda un novero più ampio di ipotesi, rispetto al delitto di infedeltà patrimoniale, di cui all'articolo 2634 del codice civile italiano, caratterizzato dall'atto di disposizione.

D'altro canto, una tale ampiezza della fattispecie di *abus de biens sociaux* ha condotto ad osservare come il legame con il contesto societario sia estremamente labile. Per giunta, a seguito della riforma del delitto comune di *abus de confiance*¹⁰⁵³, si è dubitato che sussista ancora una ragione, per la quale debba sussistere una specifica incriminazione in materia societaria, dal momento che l'ambito di applicazione delle due disposizioni ha ormai finito per coincidere. In effetti, condotte analoghe a quelle di *abus de biens sociaux* e riconducibili al medesimo contesto, ma poste in essere da soggetti diversi, quali ad esempio i dipendenti o i soci della società, sono oggi tranquillamente sanzionate in base alla fattispecie comune in tema di *abus de confiance*.

Le istanze di abrogazione della fattispecie societaria, tuttavia, non hanno ad oggi trovato accoglimento, dal momento che il delitto societario si connota, pur sempre, per un regime sanzionatorio maggiormente severo, il che induce

¹⁰⁵² Secondo quanto osserva REBUT Didier (2002), *Abus de biens sociaux*, in *Répertoire Dalloz de droit pénal*, 2, paragrafo 17, «*l'usage est une notion qui se suffit à elle-même, en ce sens qu'elle n'implique aucune appropriation de la chose utilisée. C'est pourquoi le délit d'abus de biens sociaux existe indépendamment de toute appropriation*».

¹⁰⁵³ Che corrisponde grossomodo alla figura italica dell'appropriazione indebita e che, attualmente, sanziona il distrarre, con altrui pregiudizio, dei fondi, dei valori o qualunque bene che sia stato consegnato con l'obbligo di restituirli, amministrarli o di farne un uso determinato. Una differenza dell'*abus de biens et du crédit social* rispetto all'*abus de confiance*, è, tuttavia, il fatto che oggetto dell'atto fraudolento può essere un bene immobile.

a non ritenere superflua la norma in materia di *abus de biens sociaux*.

2.2. La disciplina spagnola.

Si è, successivamente, dato conto di come disposizione fondamentale, alla base dell'intera disciplina del conflitto di interessi nell'ordinamento spagnolo sia l'articolo 1719 del *código civil* ovvero una norma dettata in tema di mandato. In particolare, essa stabilisce che, nella esecuzione del proprio incarico, il mandatario debba agire secondo le istruzioni del mandante e che, in mancanza di esse, dovrà fare quello che, secondo la natura del negozio, farebbe un buon padre di famiglia.

Il collegamento con la disciplina penale, volta a sanzionare i risvolti patologici del fenomeno in esame, è stato evidenziato dallo stesso Tribunale Supremo Penale¹⁰⁵⁴, il quale ha indicato nella *administración desleal* il delitto posto a presidio del corretto adempimento delle obbligazioni, che incombono su ogni amministratore¹⁰⁵⁵.

Il rimprovero mosso dal diritto penale è, infatti, radicato essenzialmente nell'abuso delle funzioni proprie dell'incarico ricevuto, indicato dal riferimento alla infedeltà gestoria.

L'esperienza penalistica spagnola risente, peraltro, della relativa novità della fattispecie incriminatrice dell'*administración desleal*. Quest'ultima è stata, infatti, introdotta nel 1995 nel nuovo codice penale, anche se destinata specificamente ai soli soggetti operanti nell'ambito delle società commerciali. Fino ad allora non era, inoltre, ravvisabile alcuna analoga fattispecie nella legislazione spagnola. La mancanza di un'interpretazione condivisa della norma, che si sia consolidata nel corso dei decenni, unitamente ad una non propriamente agile stesura del testo, influenzano,

¹⁰⁵⁴ Sentenza 867/2002 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) 29.7.2002, RJA 6357, sul caso Banesto.

¹⁰⁵⁵ In generale ai sensi dell'articolo 1719 del *Código Civil* e più specificamente in ragione dell'articolo 127 del testo novellato della *Ley de Sociedades Anónimas*.

dunque, in senso non del tutto positivo¹⁰⁵⁶, la valutazione della figura delittuosa.

È, dunque, apprezzabile il recupero della centralità del codice penale e l'affermazione, in tale contesto, di una nuova tavola di beni giuridici, quali la buona fede e la correttezza, che costituiscono principi fondamentali dell'ordinamento¹⁰⁵⁷. In tal modo è stata, peraltro, introdotta una fattispecie che, se da un lato si caratterizza per la rottura della speciale relazione di fiducia esistente fra l'autore e colui che subisce la lesione del patrimonio¹⁰⁵⁸, dall'altro ha un campo d'applicazione limitato al contesto societario, il che priva l'ordinamento penale spagnolo di una figura generale di gestione infedele.

È degno di nota, poi, come non vi sia, nella disposizione sanzionatoria, alcun riferimento alla posizione di conflitto di interessi, in cui versino gli amministratori o i soci, che costituiscono i soggetti attivi del delitto. La condotta tipica consiste infatti, alternativamente, nel disporre di beni o nel contrarre obbligazioni a carico della società, con abuso delle funzioni proprie della carica¹⁰⁵⁹.

Il termine “disporre” allude, ad ogni modo, al porre in essere negozi, da cui derivi l'alienazione di elementi del patrimonio societario, agendo come se il soggetto agente ne fosse il titolare, oltre che con abuso della propria

¹⁰⁵⁶ In effetti, la formulazione della norma presenta non poche imperfezioni, tali da suscitare notevoli difficoltà interpretative. Tanto per esemplificare, notevoli perplessità suscita l'osservazione che tra i soggetti passivi non sia inclusa la società, il che è tanto più strano proprio perché oggetto della tutela sembrerebbero essere i beni della società, dal momento che proprio su di essi va a incidere la condotta infedele. V. in proposito MARTÍNEZ BUJAN PEREZ Carlos (1998), *Derecho penal económico*, Valencia, 270. Sintetico, ma particolarmente incisivo anche DEL ROSAL BLASCO Bernardo (1998) *Los delitos societarios en el código penal de 1995*, Valencia, Tirant lo Blanch, 137: «*El legislador de 1995 no ha cuidado suficientemente su tipificación, cometiendo errores tan absurdos como, por ejemplo, la referencia a los “depositarios” que, necesariamente, habrá de entenderse a los “depositantes”, o dejando sin aclarar si el delito se comete sólo perjudicando el patrimonio de los socios o, también, el patrimonio social real y optando, además, de forma inexplicable, por un tipo de lesión que, con toda probabilidad, será muy difícil de aplicar*».

¹⁰⁵⁷ D'altro lato, però, si è svincolato il diritto penale dell'impresa dalle più rigorose nozioni, elaborate all'interno del diritto commerciale.

¹⁰⁵⁸ FERNÁNDEZ TERUELO Javier Gustavo (1998), *Los delitos societarios en el Código penal español*, Madrid, 329.

¹⁰⁵⁹ MOYA JIMÉNEZ Antonio (2007), *La responsabilidad penal de los administradores: delitos societarios y otras formas delictivas*, Barcellona, Bosch, 142.

funzione, ciò che avvicina la fattispecie al delitto di appropriazione indebita¹⁰⁶⁰.

Quanto, poi, alla circostanza che il delitto di *administración desleal* non sia stato costruito come un reato di pericolo, bensì come fattispecie di danno, a detta di parte della dottrina non impedisce che, attraverso la sanzione dei medesimi comportamenti, descritti dalla norma, a livello di tentativo, si puniscano anche ipotesi in cui il pericolo non si concretizzi in una lesione¹⁰⁶¹.

È emersa, infine, la questione, che si propone in termini analoghi anche all'interno dell'ordinamento italiano¹⁰⁶², se il delitto di *administración desleal* abbia introdotto, nell'ambito societario, la sanzione di un comportamento che si pone ai margini dell'appropriazione o se, invece, si limiti a contemplare, in quest'ambito, una modalità di appropriazione indebita per distrazione. Quest'ultima posizione, seguita dalla giurisprudenza del Tribunale Supremo, comporta, tuttavia, un problema di concorso tra norme¹⁰⁶³. In generale, si rileva come il delitto previsto

¹⁰⁶⁰ D'altro lato, la disposizione di beni deve realizzarsi in modo fraudolento, formulazione che, quand'anche espressamente valorizzata, non va riferita alla presenza di inganni, bensì unicamente all'abuso di fiducia. Tale comportamento abusivo costituisce, infatti, un inadempimento del dovere di lealtà che incombe sugli amministratori, nella misura in cui la disposizione presuppone l'esistenza di un conflitto di interessi, diretto o indiretto, tra amministratore e società.

¹⁰⁶¹ Si veda RODRÍGUEZ MONTAÑÉS Teresa (1997), *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, McGraw-Hill Interamericana de España, 145; nonché MARTÍNEZ BUJAN PEREZ Carlos (2001), *El delito societario de administración desleal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 77, che evidenzia il ruolo svolto dall'incriminazione anche solo a livello di tentativo nel dare rilievo anche a condotte che pongono in pericolo il patrimonio sociale. GOMEZ BENITEZ José Manuel (1997), *El delito de administración desleal: criterios diferenciadores con la apropiación indebida y los ilícitos mercantiles*, in *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. 1, 2056, considera, peraltro, che la punibilità del tentativo di *administración desleal* rende poco chiari i limiti con l'illecito civile e con le violazioni di semplici norme di condotta.

¹⁰⁶² Il riferimento è ai rapporti intercorrenti tra infedeltà patrimoniale e appropriazione indebita.

¹⁰⁶³ In proposito, attenta dottrina ha osservato che il concetto di patrimonio è più ampio di quello di proprietà, poiché non è riferito solo a cose suscettibili di appropriazione, e, in questi termini, proprio la distinzione tra delitti contro la proprietà e delitti contro il patrimonio permetterebbe di dividere con chiarezza il delitto di appropriazione indebita da quello di amministrazione infedele. Si veda BACIGALUPO ZAPATER Enrique (2007), *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, Barcellona, Marcial Pons, 123, il quale sottolinea come con la riforma del 1995 si sia commesso il grave errore di non armonizzare i delitti di appropriazione indebita e di amministrazione infedele, distinguendo cioè l'oggetto di protezione di ciascuno. L'Autore addita poi come ulteriormente problematica l'eventuale introduzione, prevista da un progetto del governo, di un nuovo tipo di amministrazione infedele, all'articolo 254-bis. Per un'illustrazione di tale nuova fattispecie, si veda a pagina 238. Secondo altra parte della dottrina, invece, considera che, da un lato, quella degli

dall'articolo 295 sembri essere intervenuto a coprire fatti, i quali non potrebbero integrare l'appropriazione indebita, in quanto realizzano non un vero e proprio atto di appropriazione, bensì semplicemente un uso illecito, comunque in grado di provocare un pregiudizio patrimoniale al soggetto amministrato.

2.3. La disciplina inglese.

Infine, la ricerca all'interno dell'ordinamento inglese si è rivelata particolarmente complessa, ma, al contempo, fruttuosa, in ragione della distanza che separa l'esperienza del diritto di *common law* da quelle degli ordinamenti continentali, tra i quali è più agevole un'opera di assimilazione e di confronto.

In primo luogo, si è osservato come siano pressoché inesistenti studi dottrinari dedicati alla specifica materia penale societaria. Ciononostante, si è potuto verificare come le regole, tanto di fonte giurisprudenziale che legislativo-statutaria, si intreccino a comporre, in modo singolarmente efficace, una fitta rete di vincoli e cautele contro i possibili abusi da conflitto di interessi.

È stato, peraltro, necessario, dapprima un attento studio delle regole di *Equity*, la quale, si può dire, costituisce un ordinamento a sé stante, e in seguito una verifica delle disposizioni contenute nel *Companies Act*, oltretutto riformato assai recentemente, per andare, infine, ad esaminare la normativa prettamente penalistica, essenzialmente in tema di *theft* e *fraud*.

In tal modo, si è potuto apprezzare come, alla figura dell'amministratore,

amministratori con la società è una relazione fiduciaria, e la fiducia si basa sul dovere legale che l'amministratore curi gli interessi della società, con la dovuta diligenza e nel perseguimento degli scopi della società stessa; dall'altro, perché sia integrata la fattispecie di reato in esame non è sufficiente una mera violazione della regola di diligenza, tuttavia si tratterebbe di una peculiarità propria del delitto di *administración desleal*, che lo distinguerebbe dalla fattispecie di appropriazione indebita. In proposito v. MOYA JIMÉNEZ Antonio (2007), *La responsabilidad penal de los administradores: delitos societarios y otras formas delictivas*, Barcellona, Bosch, 142.

siano applicabili i principi in materia di *agency*¹⁰⁶⁴, per i quali l'agente ha, nei confronti del *principal*, un *fiduciary duty*; tale dovere implica, poi, il divieto di trarre dall'esecuzione dell'incarico un *secret profit*, ossia un vantaggio patrimoniale, che non sia stato concordato con il *principal* ovvero da questi autorizzato, previa informazione su tutti i fatti rilevanti¹⁰⁶⁵.

Così, se anche concetti quali il *constructive trust*¹⁰⁶⁶ appartengono, in tutta la loro straordinaria complessità, a un modello di tutela inimitabile e totalmente non riproponibile all'interno del diritto di altri Paesi, dalle differenti esperienze legislative, si sono potuti trarre interessanti spunti all'interno delle regole di diritto societario e, soprattutto, di diritto penale comune.

In effetti, se all'applicazione dei principi di *no-conflict* e *no-profit* segue, da un lato, la serie di inflessibili rimedi propri dell'*Equity*¹⁰⁶⁷, dall'altro ad essi fa eco, nel *Companies Act*, lo sviluppo della *proper purpose doctrine*, nonché di quella della *corporate opportunity*, oltre a una serie di regole, estremamente precise, circa il contenuto degli obblighi di comunicazione e astensione¹⁰⁶⁸.

Quanto alle sanzioni penali previste, si segnala una netta bipartizione.

¹⁰⁶⁴ Seppure con la precisazione che gli amministratori non sono mandatari dei soci.

¹⁰⁶⁵ Quale contrappeso all'ampiezza del principio, la giurisprudenza delle corti inglesi si è orientata nel senso di ritenere che trovi applicazione solo laddove sia ravvisabile un conflitto di interessi reale e non solo teorico.

¹⁰⁶⁶ Si tenga, infatti, presente, solo per compiere un breve accenno, il quale postula, comunque, di trarre alla mente le riflessioni svolte riguardo all'istituto del *trust*, che se il mondo fosse semplice, il *trustee* di un *constructive trust* sarebbe un *constructive trustee*, ma così non è. Il *constructive trust*, infatti, è un vero e proprio *trust*, sicché il suo *trustee* è un vero e proprio *trustee*, che tiene la proprietà in *trust*. Il *constructive trustee*, d'altro canto, per quello che abbiamo detto, non è affatto un *trustee* che tiene dei beni in *trust*.

¹⁰⁶⁷ Si rammenti, in proposito, il recente caso *Murad v. Al Saraj*, con le note posizioni espresse, a riguardo, dalla giurisprudenza inglese.

¹⁰⁶⁸ In particolare, il comma uno della *section 175* stabilisce che l'amministratore di una società deve evitare ogni situazione in cui abbia o possa avere un interesse, diretto o indiretto, che confligga o possa confliggere con gli interessi della società. Tale disposizione prende espressamente il posto del generale obbligo di *Equity* e, pertanto, ne discende che gli amministratori debbano rispondere di ogni profitto ottenuto in situazioni nelle quali i propri interessi possano confliggere con il loro dovere nei confronti della società. La severità della regola è agevolmente rilevabile, poiché la stessa formulazione legislativa porta a considerare il conflitto in termini di possibilità, prima ancora che di attualità. Il testo della disposizione prevede, peraltro, che il dovere di evitare situazioni di conflitto di interessi non si applichi qualora la situazione, in concreto, non possa ragionevolmente essere considerata tale da far apparire probabile un conflitto di interessi

Nell'ambito del diritto societario, il *Companies Act* 2006 contiene, infatti, delle disposizioni penali. Tra di esse, per quanto attiene al nostro campo d'indagine, la principale è costituita dalla sanzione della multa per l'amministratore, che venga meno all'obbligo di comunicazione di un proprio interesse, in una trattativa o un contratto in cui è parte la società. Estremamente originale si presenta, d'altro lato, l'ambito di applicazione del diritto penale comune, che contempla, specie a seguito dei recenti interventi di codificazione¹⁰⁶⁹, figure di reato contro il patrimonio, le quali, per l'efficace formulazione che le caratterizza, unitamente ad una qual certa duttilità delle stesse, giungono a sanzionare anche ipotesi proprie del contesto societario.

In effetti, basti considerare che, secondo il *Theft Act*, è colpevole di furto chi disonestamente si appropria di proprietà appartenente ad un terzo, con l'intenzione di privarlo permanentemente di essa. Ne consegue, semplificando notevolmente le riflessioni svolte, che sia soprattutto l'elemento soggettivo a caratterizzare il disvalore del delitto¹⁰⁷⁰. Inoltre, oggetto di furto può essere la *property* genericamente intesa¹⁰⁷¹, ma il concetto di appropriazione è inteso in senso assai lato. Esso indica, infatti, «*the assumption of any of the rights of the owner*», ovvero di anche di uno solo di quei diritti e facoltà che ineriscono al diritto di proprietà. Ad ampliare ulteriormente l'applicabilità della fattispecie, la giurisprudenza è intervenuta precisando non solo che l'*actus reus* del furto può concretizzarsi anche in una condotta appropriativa senza alcuna interferenza fisica con il

¹⁰⁶⁹ Si tenga, comunque, presente che seppure l'esistenza di definizioni statutarie, per i delitti considerati, possa indurre a ritenere che l'analisi delle fattispecie astratte di reato possa svolgersi senza un massiccio riferimento a casi giurisprudenziali, una simile illazione è, invece, totalmente erronea.

¹⁰⁷⁰ Ciò pure significa, come è stato osservato, che è venuto meno un livello minimo di oggettività della fattispecie, sicché è rimesso a magistrati e giurie stabilire, caso per caso, quando un dato comportamento sia disonesto, senza che sia richiesta una condotta che possa essere percepita come carica di disvalore.

¹⁰⁷¹ Il che comprende un'ampia varietà di beni che possono essere rubati. *Property*, dispone la norma, esemplificando, include il denaro e ogni altra proprietà, reale o personale, incluse le *things in action* e altre proprietà intangibili.

bene che ne è oggetto; ma anche che il consenso è irrilevante quanto alla questione della sussistenza di un'appropriazione e che può, dunque, aversi appropriazione anche qualora vi sia il consenso del proprietario. Si tratta, quindi, di statuizioni, che agevolano l'estensione del furto anche al contesto degli abusi commessi dai gestori sociali sul patrimonio della società da essi amministrata.

Al quadro sin qui delineato si aggiunge, inoltre, il *Fraud Act* 2006, il quale ha rinnovato la disciplina degli illeciti commessi attraverso la *deception*, ovvero l'inganno, termine dal significato più vasto di quello proprio degli artifici o raggiri che caratterizzano la fattispecie italiana della truffa. Ne emergono interessanti figure delittuose, all'interno delle quali, per giunta, all'elemento della *deception* è stato sostituito il concetto di falsa rappresentazione, il che semplifica notevolmente la struttura degli illeciti¹⁰⁷². Non può, in ogni caso, mancarsi di rilevare l'originalità della fattispecie di *fraud by failing to disclose information* o di quella *fraud by abuse of position*.

Quanto alla prima, la condotta consiste nell'omessa comunicazione di informazioni, di cui si abbia un obbligo giuridico¹⁰⁷³ di rivelazione. Tale obbligo può derivare dalla legge, la cosiddetta *statute law*, come avviene per le previsioni di diritto societario, da un contratto, dagli usi commerciali¹⁰⁷⁴ ovvero ancora dall'esistenza di una relazione fiduciaria tra le parti.

¹⁰⁷² Se, infatti, il concetto di inganno implica che vi sia un'attività del soggetto agente, tale da indurre in errore la vittima, la novellata *fraud*, basandosi solo sull'errore della vittima, non richiede più che sussista alcuna influenza, da parte dell'agente, tale da causare l'errore stesso. La condotta di tali illeciti, pertanto, consiste oggi nel mero dare una falsa rappresentazione della realtà. Si ritiene, peraltro, che nella *fraud by false representation* assuma rilievo anche il silenzio, nella misura in cui l'atteggiamento dell'agente abbia agevolato la percezione del silenzio come significativo.

¹⁰⁷³ Tale limitazione, peraltro, è avvenuta nonostante le proposte della *Law Commission* fossero dirette nel senso di comprendere un più ampio dovere di rivelazione, esteso, oltre ai casi di obbligo giuridico, anche ad ogni ipotesi di relazione fiduciaria, dove cioè V confidi nella *disclosure* di D e sia al contempo ragionevole aspettarsi che D compia una simile *disclosure*. Ora, se è vero che in tal modo rimangono esclusi i doveri puramente morali, che pure la giurisprudenza non ha esitato a valorizzare, è altresì comprensibile come il legislatore inglese abbia cercato di limitare l'ambito dell'obbligo sanzionabile penalmente, al fine di limitare, soprattutto nell'ambito degli scambi commerciali, le incertezze che sarebbero inevitabilmente scaturite.

¹⁰⁷⁴ Si discute, a tale proposito, in quale categoria possano eventualmente rientrare le norme deontologiche, che regolano lo svolgimento delle attività professionali, in quanto non aventi carattere di legge.

Quanto, invece, all'abuso di posizione, dove cioè D rivesta una posizione privilegiata rispetto alla vittima, in forza della quale egli possa pregiudicarne il patrimonio, la peculiarità consiste qui nella mancanza di un comportamento della vittima. È, infatti, l'abusività¹⁰⁷⁵ stessa, l'approfittare di una situazione per ricavarne un vantaggio personale, ovvero con l'intenzione di causare un danno o un pericolo al patrimonio di altri, a caratterizzare questa tipologia di *fraud*. Da notare, peraltro, che la norma non appare caratterizzata da alcuna condotta, che possa essere qualificata, neppure latamente, come fraudolenta, né, tantomeno, ingannatoria¹⁰⁷⁶.

Per quanto al nostro tema d'esame, poi, tra le relazioni, che possono dare luogo alla posizione rappresentata, tra gli esempi svolti nella Relazione, che accompagnava il testo di legge, vi è proprio quella tra amministratore e società¹⁰⁷⁷.

2.4. Alcune osservazioni.

Dall'analisi dei tre diversi ordinamenti europei, che hanno costituito oggetto di indagine, è emerso come esistano diversi modelli di disciplina del fenomeno del conflitto di interessi degli amministratori di società, all'interno dei quali è, tuttavia, dato di ravvisare alcuni elementi di continuità.

Così, può dirsi che il riferimento al conflitto di interessi, seppure importante, non sia essenziale nella costruzione di una fattispecie incriminatrice. Ciò vale, in particolare, qualora si vada a delineare un reato d'evento, sanzionando, cioè, la causazione di un danno, la presenza del quale, all'interno degli elementi della fattispecie, renda superflua una

¹⁰⁷⁵ Peraltro, anche se la disposizione definisce la relazione tra D e V nel senso della salvaguardia degli interessi di quest'ultimo, o quantomeno del non andare contro tali interessi, è stato osservato che l'abuso riguarda esclusivamente la posizione occupata dall'agente, che ne approfitta, mentre non è richiesto che egli venga meno, nel contempo, ai doveri che tale relazione gli impone.

¹⁰⁷⁶ In questo senso, tuttavia, è pienamente comprensibile l'equiparazione, compiuta dalla sezione 4(2), della condotta omissiva a quella commissiva, se essa si risolva comunque in un abuso della propria posizione.

¹⁰⁷⁷ Così come quelle tra professionista e cliente, *principal* e *agent*, dipendente e datore di lavoro, *partners*.

concomitante forte caratterizzazione soggettiva, sia essa in termini di dolo intenzionale o specifico ovvero ancora attraverso il riferimento a una preesistente situazione conflittuale.

Per altro verso, è venuto ad emersione il ruolo svolto dalle norme di diritto comune, poste a tutela del patrimonio¹⁰⁷⁸, anche in ordinamenti che conoscono norme penali specificamente intese a presidiare l'ambito societario. Ciò costituisce un dato interessante, specialmente per il caso in cui, ragionando *de iure condendo*, si prospetti una revisione della disciplina italiana attualmente vigente, la quale, come si è dato conto, presenta alcuni notevoli difetti di coordinamento.

3. Le problematiche insite nella disciplina italiana.

Forti delle risultanze della ricerca comparatistica, si è potuto procedere all'analisi delle disposizioni, che vanno a comporre la disciplina italiana in materia di conflitto di interessi degli amministratori di società.

Si, è, peraltro, trattato di procedere, dapprima, alla fissazione di alcuni punti fermi, ricavabili dal diritto societario in senso stretto.

È stato, pertanto, investigato in cosa consista e come sia mutata la disciplina contenuta nella disposizione di cui all'articolo 2391 del codice civile, su cui ha inciso la riforma del diritto societario. È, infatti, proprio tale norma, nelle differenti versioni, anteriore e successiva alla novella del 2003, ad attirare l'attenzione del penalista, innanzitutto in forza del rinvio operato, un tempo, dall'articolo 2631 del codice civile e, attualmente, dall'articolo 2629-bis. D'altro canto, essa permette anche di chiarire, oggi come allora, in cosa consista il conflitto di interessi che le norme penali intendono, entro i limiti fissati dalle disposizioni incriminatrici, reprimere.

Successivamente, si è, quindi, proceduto a dare conto delle principali figure

¹⁰⁷⁸ Il riferimento è, naturalmente, all'appropriazione indebita, di cui si è cercato di ricostruire l'applicazione, nei diversi ordinamenti, proprio in relazione a ipotesi di amministrazione infedele.

delittuose, dirette a sanzionare condotte di infedeltà gestoria. Se da un lato si è, dunque, compiuto un richiamo all'abrogata disciplina, di cui al previgente articolo 2631 del codice civile, dall'altro si è limitato il campo d'azione a tre fattispecie vigenti, tra loro diverse e complementari, le quali non solo presentano, di per sé, spinose problematiche applicative, ma permettono, altresì, di sviluppare un'interessante riflessione circa il reciproco campo di applicazione.

3.1. Il sostrato civilistico.

Come si è visto, la precedente versione dell'articolo 2391 del codice civile, che recava la significativa rubrica di «conflitto di interessi», imponeva un rigoroso dovere di informazione e di astensione, in capo al singolo amministratore, che fosse portatore, per conto proprio o altrui, di un interesse in conflitto con quello della società.

L'interpretazione prevalente, fondata sul cosiddetto criterio di incompatibilità dell'interesse, aveva, peraltro, attribuito esclusiva rilevanza al carattere di contrarietà all'interesse sociale della deliberazione, sicché si riteneva che tale disposizione non impedisse, ad un amministratore di società di capitali, di porre in essere atti finalizzati al perseguimento del proprio esclusivo interesse, sebbene nei limiti invalicabili del divieto di agire in danno della società rappresentata.

D'altro canto, presupposto perché scattasse l'obbligo di comunicazione e astensione era che l'amministratore avesse un interesse in conflitto con quello della società, non essendo, invece, richiesto che egli perseguisse tale interesse. Ciò nondimeno, il conflitto non derivava da un'astratta contrapposizione formale di posizioni¹⁰⁷⁹: il conflitto era rilevato solo se il contenuto e le modalità dell'operazione fossero tali da determinare una

¹⁰⁷⁹ Ovvero rilevabile indipendentemente dalle effettive condizioni di una determinata operazione.

concreta divergenza d'interessi¹⁰⁸⁰.

L'attuale formulazione dell'articolo 2391 del codice civile impone, invece, all'amministratore, un obbligo di informazione all'apparenza assai più pregnante, connesso a una disciplina fondata sul valore della trasparenza.

Ciò porta a ritenere che questa disciplina sia caratterizzata da un maggior rigore, nel senso di escludere che qualsiasi amministratore, gestore di un patrimonio altrui, possa approfittare della propria posizione, al fine conseguire vantaggi diretti o indiretti, ma anche, e soprattutto, di evidenziare il valore della trasparenza nella gestione della società¹⁰⁸¹.

Dalla riforma del 2003 risulta, d'altro canto, altresì un quadro fortemente improntato ad una dimensione privatistica della società commerciale¹⁰⁸², in

¹⁰⁸⁰ La contraria opinione, secondo la quale il conflitto indicherebbe una relazione tipica di incompatibilità assoluta, sicché sarebbe sempre rilevabile indipendentemente dall'effettivo contenuto dell'atto, è stata sostenuta, con riferimento al divieto di voto imposto al socio dall'articolo 2373 del codice civile, da JAEGER Pier Giusto (1964), *L'interesse sociale*, Milano, Giuffrè, 209 e seguenti. Questa opinione, se riferita all'amministratore che avesse agito in conflitto di interessi, appariva però contestabile, perché avrebbe colpito anche quelle situazioni in cui l'operazione fosse stata vantaggiosa per la società, per avere l'amministratore concretamente perseguito l'interesse sociale; in queste ipotesi, si domandava BONELLI Franco (1992), *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, Giuffrè, 83, quale risarcimento si sarebbe potuto ottenere dagli amministratori, dato che la società non avrebbe subito alcun danno. A supporto della tesi orientata nel senso della necessità di considerare l'effettivo contenuto dell'operazione per poter affermare che l'amministratore ha violato il proprio obbligo di agire senza conflitto di interessi un riferimento veniva ravvisato nella pronuncia Cassazione penale, 25 febbraio 1959, in *Foro italiano*, 1960, II, 9, che, con riguardo all'articolo 2631 del codice civile (su cui *amplius infra*), aveva evidenziato che l'ipotesi di conflitto «non può minimamente realizzarsi ogni qual volta l'amministratore, magari dopo aver notiziato gli altri amministratori ed i sindaci del ritenuto conflitto di interessi, partecipi alla delibera sostenendo decisamente la soluzione favorevole alla società e votando per essa. Benché la lettera della disposizione incriminatrice sembri suffragare la contraria tesi, bisogna concludere che nell'ipotesi succitata l'illecito penale ex articolo 2631 non ricorre. Diversamente si avrebbe l'incongruenza che l'amministratore il quale si limita ad astenersi dalla deliberazione (che può ben concludersi nel senso da lui desiderato e quindi con danno potenziale per la società) andrebbe indenne da pena; mentre sarebbe passibile di sanzione punitiva l'amministratore che, in seno al consiglio, si sia battuto per il trionfo della tesi contraria al suo interesse privato ed abbia votato a favore della medesima». Si veda anche ACCINNI Giovanni Paolo (1991), *Profili penali del conflitto di interessi nei gruppi di società*, in *Rivista delle società*, 1016 e seguenti.

¹⁰⁸¹ MASULLO Maria Novella (2003), 2634, in *Le leggi penali d'udienza*, a cura di PADOVANI Tullio, Milano, Giuffrè, 1308.

¹⁰⁸² Il legislatore della riforma del 2003 non ha stravolto la società per azioni come tipo di società per capitali: la linea di riforma ha seguito un disegno volto a diversificare le sottofattispecie (da una parte la s.p.a. chiusa e dall'altra, tra le società aperte, quella quotata e quella con titoli diffusi), tendenzialmente prevedendo per le società chiuse una maggiore personalizzazione nel senso del riconoscimento dell'autonomia privata e, per tutte, norme più precise a tutela della correttezza dell'attività e dei procedimenti. In effetti la più evidente ragione di tale impostazione consisteva nel fatto che la tutela del pubblico risparmio risultava non sufficientemente garantita dalle capacità di discernimento e negoziazione delle parti sul mercato e dunque l'intervento del legislatore appariva necessario per tutelare la regolarità delle contrattazioni e degli scambi come riflesso della corretta *corporate governance* all'interno della società. V. meglio SANTOSUOSSO Daniele U. (2003) *Il nuovo diritto societario, I principi della legge delega e le linee guida della riforma*, Milano, Giuffrè,

cui la tutela degli interessi contrapposti viene affidata alla contrattazione¹⁰⁸³, analogamente a quanto si è registrato sul versante penalistico. Tale impostazione si riverbera, inevitabilmente, sulla nuova disciplina dell'interesse dell'amministratore, nella misura in cui essa, ormai priva dell'espresso riferimento a una situazione di conflitto di interessi, non solo abbraccia tutti gli interessi degli amministratori¹⁰⁸⁴, ma soprattutto trasforma quello, che prima era un mero obbligo di astensione, in un dovere di informazione¹⁰⁸⁵.

Dalla novella vengono affermati, così, il principio di trasparenza ed il principio di correttezza della *corporate governance* dal punto di vista gestionale. In questi termini, si comprende, pertanto, la ragione, per cui il legislatore del 2005 abbia ritenuto opportuno munire di sanzione il precetto civilistico, con l'introduzione nel codice civile di una disposizione quale l'articolo 2629-bis.

Non dissimile è, in effetti, il modo di procedere che caratterizza il *Companies Act*, che si è avuto modo di apprezzare. La fondamentale differenza risiede, tuttavia, nella semplice constatazione che il legislatore inglese ha previsto la mera sanzione della multa, per l'inosservanza delle prescrizioni civilistiche sugli obblighi di comunicazione, riservando un ben diverso trattamento sanzionatorio alle ipotesi di lesioni al patrimonio.

Sarebbe, pertanto, auspicabile, anche in Italia, una migliore gradazione nell'uso dello strumentario penale, che contemperi tanto l'esigenza di tutelare beni giuridici nuovi, quali la trasparenza gestionale¹⁰⁸⁶, quanto l'imprescindibile necessità di sanzionare più gravemente comportamenti

supplemento al fascicolo 9/2003 di Diritto & Giustizia, 3 e seguenti

¹⁰⁸³ Si vedano le osservazioni di ACQUAROLI Roberto (2004), *Alcune osservazioni sul reato di infedeltà patrimoniale alla luce del nuovo diritto societario*, in *La riforma dei reati societari, Atti del seminario, Macerata, 21 marzo 2003*, a cura di PIERGALLINI Carlo, Milano, Giuffrè, 175.

¹⁰⁸⁴ Quindi anche quelli concorrenti, non necessariamente in conflitto con l'interesse della società.

¹⁰⁸⁵ ACQUAROLI Roberto (2004), *Alcune osservazioni sul reato di infedeltà patrimoniale alla luce del nuovo diritto societario*, in *La riforma dei reati societari, Atti del seminario, Macerata, 21 marzo 2003*, a cura di PIERGALLINI Carlo, Milano, Giuffrè, 176-177.

¹⁰⁸⁶ Riguardo ai quali è lecito dubitare della assoluta necessità di una tutela che passi attraverso pene detentive.

carichi di un disvalore maggiore.

3.2. L'evoluzione dei modelli di tutela penale conosciuti nell'ordinamento italiano.

Come ricordato, prima della riforma del diritto penale societario del 2002, il nostro ordinamento contemplava una norma, l'articolo 2631 del codice civile, che, nelle intenzioni del legislatore, muniva di difesa penale l'esaminato articolo 2391¹⁰⁸⁷, ovvero l'ipotesi di conflitto di interessi dell'amministratore di società di capitali¹⁰⁸⁸.

Si puniva, dunque, con la pena della multa, l'amministratore che non si astenesse dal partecipare alla deliberazione relativa all'operazione in conflitto; alla multa si aggiungeva, poi, la pena della reclusione, se dalla deliberazione fosse derivato un pregiudizio alla società. Come evidenziato, il fine dell'incriminazione veniva, dunque, generalmente individuato nell'intento di evitare che un interesse conflittuale con quello della società potesse intervenire a turbare la fedeltà dell'organo amministrativo, ovvero a scongiurare il pericolo che un amministratore potesse far prevalere, in seno all'organo deliberante, il proprio interesse, a scapito dei corretti criteri di gestione.

¹⁰⁸⁷ Naturalmente nella versione vigente fino alla riforma del 2003. Per maggiori dettagli sulla portata innovativa della disciplina attualmente vigente, v. *supra*.

¹⁰⁸⁸ Era questa la figura criminosa maggiormente significativa in materia e non a caso è quella che viene presa in considerazione ai fini della presente trattazione. Si è, infatti, osservato come tale norma fosse «l'unica, fra le disposizioni penali societarie, che, in via del tutto generale - seppure restringendo, oggettivando la situazione-base, l'ambito di tutela - accentra la sua considerazione nel dominio naturale dell'abuso del patrimonio della società». ROMANO Mario (1967), *Profili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di S.p.A.*, *Raccolta studi di diritto penale*, 125; analogamente, PEDRAZZI Cesare (1953), *Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 543; BETTIOL Rodolfo (1971), *Conflitto d'interessi e deliberazione collegiale nell'ambito delle società di capitali e cooperative (art. 2631 del codice civile)*, in *Giurisprudenza di merito*, IV, 52; nonché FOFFANI Luigi (1987), *La tutela della società commerciale contro le infedeltà patrimoniali degli amministratori. Prima parte*, in *Giurisprudenza commerciale*, 94. Si trattava, in effetti, non già dell'unica disposizione a disciplinare situazioni di conflitto di interessi, quanto piuttosto la sola ad operare un'astrazione rispetto alle possibili condotte indicative di un simile conflitto, ciò che costituisce la ragione per cui è tale fattispecie a essere presa in considerazione ai fini del presente lavoro. Non si è, peraltro, taciuta l'esistenza di norme quali quelle di cui all'abrogato articolo 2624 del codice civile e all'articolo 136 del d.lgs 385 del 1993, anch'essa oggetto di ripetute novelle.

Si può, quindi, rilevare come l'introduzione del reato di omessa comunicazione si presenti come un elemento di continuità nel sistema. In questo senso, l'aver previsto che l'offensività sia insita nella mancata comunicazione, piuttosto che nella mancata astensione, anziché sanzionare un obbligo meramente formale, dà rilievo a quella condotta, nella quale realmente si annida l'infedeltà dell'amministratore.

Al contrario, è apparso chiaro come l'infedeltà patrimoniale abbia imposto una cesura, per quanto auspicata, rispetto a tale modello di tutela, giudicato, per molti versi a ragione, come eccessivamente formalistico¹⁰⁸⁹.

Al contempo, si è avuto modo di vedere quale ampia applicazione abbia avuto la fattispecie di appropriazione indebita, applicata alle condotte distrattive realizzate nel contesto societario.

È, dunque, apparso chiaro, dall'analisi svolta, come un modello di tutela precipuamente orientato alla protezione del patrimonio non si dimostri di ostacolo ad un'efficace repressione dell'infedeltà gestoria¹⁰⁹⁰, seppure con alcune precisazioni.

3.3. Aspetti problematici e prospettive di riforma.

In effetti, potrebbe dimostrarsi opportuno se il legislatore delineasse le condizioni di rilevanza della distrazione, al fine di evitare che il delitto di appropriazione indebita esorbiti in uno strumento penale, *prater legem*, di controllo della correttezza della gestione dell'economia e delle società.

¹⁰⁸⁹ A ben vedere, l'*abolitio criminis* riguarda, comunque, certamente l'ipotesi in cui alla partecipazione alla delibera dell'amministratore interessato non segua un danno. Per le restanti ipotesi, è, invece, d'uopo osservare come i due elementi del conflitto di interessi e della deliberazione rimangano fermi, a delineare la condotta e il presupposto del disvalore. In altre parole, sembra in una certa misura rimanere invariato l'oggetto del divieto penale.

¹⁰⁹⁰ In effetti, si è detto come l'essenza dell'appropriazione consista nel dare alla cosa una destinazione incompatibile con il titolo e le ragioni poste alla base del possesso. In questo senso, anche la distrazione può costituire una forma di appropriazione. Si tenga conto, altresì, che un amministratore è tenuto a rispettare l'altruità del bene di cui ha la gestione, ma, al tempo stesso, egli non ha bisogno di vuotare materialmente la cassa sociale. Sono, conseguentemente, emerse diverse ipotesi di dubbia rilevanza penale. Ciò è stato bene evidenziato già da già rilevava PEDRAZZI Cesare (1953), *Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 537 e seguenti, in particolare 542.

Analogamente, affinché un'ipotetica fattispecie di “distrazione indebita” si dimostri un presidio penale, atto a fronteggiare fenomeni di infedeltà all'interno delle relazioni fiduciarie, sarebbe necessario ridefinire l'oggetto del reato. Infatti, condotte abusive possono concretizzarsi con riguardo non solo a denaro e beni mobili, ma altresì diritti di credito, beni immobili e beni immateriali: in questo senso, utili indicazioni ci vengono dalle esaminate disposizioni conosciute dal diritto francese, spagnolo e inglese¹⁰⁹¹.

D'altro lato, argomentando *de iure condito*¹⁰⁹², si è, viceversa, posto l'interrogativo se, una volta introdotta la fattispecie di infedeltà patrimoniale, quest'ultima sia effettivamente in grado di assolvere l'onerosa funzione¹⁰⁹³ di reprimere il fenomeno criminoso della gestione infedele¹⁰⁹⁴.

Dall'analisi svolta, in effetti, è emerso come residui tuttora un notevole spazio applicativo per la fattispecie di appropriazione indebita, anche in relazione agli abusi commessi dai gestori di società.

Non sembra, peraltro, che si tratti di una conseguenza effettivamente voluta dal legislatore della riforma, bensì dell'effetto dell'incapacità, da parte della nuova norma, di costituire un presidio nell'area societaria, per la quale essa era stata formulata.

Infatti, vero è che, a differenza dell'abrogato delitto di conflitto di interessi, la tutela penale offerta dal delitto di infedeltà patrimoniale attua un

¹⁰⁹¹ Il riferimento è, naturalmente, alle fattispecie di *abus des biens sociaux et du crédit social*, *administración disleal*, nonché *theft*. La differenza tra la tutela del patrimonio e quella dei singoli beni oggetto di proprietà si presenta, tra l'altro, nei primi due ordinamenti esaminati, quale elemento di distinzione tra la fattispecie di infedeltà e quella, viceversa, appropriativa.

¹⁰⁹² Considerato che il delitto di cui all'articolo 646 del codice penale è stato, comunque, oggetto di una forzatura interpretativa compiuta, al fine di potervi ricondurre attività predatorie compiute sul patrimonio sociale da parte degli amministratori.

¹⁰⁹³ Tale la definisce, efficacemente, MEZZETTI Enrico (2004) *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario. Spunti critici su ratio dell'incriminazione e bene giuridico tutelato*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 1, 212.

¹⁰⁹⁴ La strumentalizzazione della qualifica soggettiva non sembra, peraltro, costituire, ad avviso del legislatore, un *surplus* di disvalore, secondo quanto appare dal confronto con le cornici edittali di pena previste per l'appropriazione indebita.

arretramento della tutela penale¹⁰⁹⁵, in favore di una patrimonializzazione della stessa¹⁰⁹⁶.

D'altro canto, è, comunque, innegabile che la formulazione adottata per delineare l'incriminazione dell'infedeltà nella gestione societaria mini fortemente l'efficacia della norma. Non solo la pericolosità dei comportamenti gestionali è stata, infatti, ancorata, a monte, alla sussistenza di una situazione di conflitto di interessi¹⁰⁹⁷; a valle, per giunta, è richiesto che dall'operazione compiuta sia intenzionalmente derivato un danno patrimoniale alla società¹⁰⁹⁸.

È stato, inoltre, evidenziato come vi sia un difetto di coordinamento tra il delitto di infedeltà patrimoniale e la attuale norma di cui all'articolo 2391 del codice civile. In effetti, per come è strutturata la norma penale, essa, lungi dal sanzionare l'inosservanza del precetto civilistico, disincentiva, invece, proprio la *disclosure*, resa obbligatoria dalla riforma del diritto societario¹⁰⁹⁹.

¹⁰⁹⁵ Si tratta di una precisa scelta di campo, compiuta conformemente al carattere di *extrema ratio* dello strumento penale e che sarebbe potuta risultare funzionale ad una maggiore effettività di tutela. Si condivide, peraltro, il giudizio di GROSSO Carlo Federico (2006), *Cinque anni di leggi penali: molte riforme (talune contestabili), nessun disegno organico*, in *Diritto Penale e processo*, 533-541, il quale, nel procedere ad un bilancio complessivo delle leggi penali sostanziali approvate nella XIV Legislatura, e in particolare della riforma introdotta con il d.lgs. 61/2002, sostiene che l'inserimento nel tessuto normativo del reato di infedeltà patrimoniale non sia in grado di impedire un giudizio complessivamente negativo riguardo alla riforma stessa.

¹⁰⁹⁶ Invero, la novità che la riforma ha comportato è stata quella di concepire una nuova forma di tutela penale, che si esprimesse in termini di infedeltà anziché di appropriazione. Al tempo stesso è, tuttavia, improprio parlare dell'infedeltà patrimoniale come di un'appropriazione indebita specializzata, atteso che è proprio nell'assenza del momento appropriativo che si concentra, a livello teorico, la differenza tra la condotta dell'una e dell'altra fattispecie.

¹⁰⁹⁷ Il che non è, di per sé, del tutto negativo. Infatti, il conflitto di interessi potrebbe, viceversa, ritagliarsi una funzione rilevante in una fattispecie di reato di danno al patrimonio sociale, se lo si riconoscesse quale elemento idoneo a filtrare la punibilità delle condotte dannose, nel senso di consentire la punizione di comportamenti dannosi, solo nella misura in cui essi siano connessi anche a una esplicita situazione di conflitto.

¹⁰⁹⁸ La situazione di conflitto di interessi, intesa a prescindere da qualsivoglia atto di disposizione, ha, dunque, perso la propria autonomia quale indice del disvalore della condotta. Non solo: comportamenti attuati, pur con la piena consapevolezza dell'impossibilità di un qualche teorico vantaggio per la società, non rientrano nell'area d'applicazione della disposizione, ciò che di fatto condanna la fattispecie in esame alla disapplicazione, salvo il caso, improbabile, di amministratori che, prima ancora di pensare al proprio profitto, programmino e attuino una politica intenzionalmente dannosa per la società gestita. Si dovrebbe, però, trattare di veri e propri sabotatori.

¹⁰⁹⁹ Perché, infatti, un amministratore dovrebbe divulgare i propri interessi, se è proprio la prova della loro preesistenza ad un'operazione rivelatasi dannosa alla società che potrebbe condurlo ad un'incriminazione per infedeltà patrimoniale? Il pensiero corre, evidentemente, non tanto all'ipotesi in cui l'amministratore taccia l'esistenza di una situazione di conflitto di interessi, quanto, piuttosto, a

Infine, una lunga serie di considerazioni si sono svolte con riguardo al delitto di omessa comunicazione del conflitto di interessi.

In primo luogo, si è osservato come la serie di rinvii, che delinea l'ambito di applicazione della fattispecie, non appaia in linea con le esigenze di tassatività proprie delle norme penali¹¹⁰⁰. In particolare, se l'intenzione del legislatore era di sanzionare la condotta omissiva dei gestori di enti, anche diversi dalle società per azioni, nell'ottica di una generalizzata tutela del risparmio, l'errore è stato quello di estendere, incautamente, a tutti tali soggetti un obbligo, che invece è contemplato solo dalla disciplina delle società per azioni.

Proprio in relazione agli obblighi di *disclosure*, è stato, peraltro, evidenziato come debba essere concepito il collegamento con l'attuale disciplina di cui all'articolo 2391 del codice civile. Essa contempla, infatti, un giudizio *ex ante* sull'esistenza di interessi, che possano rivelarsi in conflitto¹¹⁰¹; dunque, oggi come ieri, nonostante la modifica della rubrica, la disciplina civilistica concerne il conflitto di interessi e riguarda solo l'amministratore portatore di interessi in conflitto¹¹⁰².

quella in cui la presenza di un conflitto venisse rivelata al consiglio di amministrazione, il quale decida comunque di procedere, con esiti pregiudizievoli per la società. La possibilità di sanzionare penalmente la condotta dell'amministratore infedele che partecipi alla deliberazione non sembra, in tale ipotesi, del tutto scontata. Se così fosse, però, la disciplina civilistica sarebbe destinata a non trovare applicazione, perché nessun amministratore effettuerebbe una comunicazione che potrebbe diventare per lui una autodenuncia, in grado di fondare la sua responsabilità penale, per escludere quella di natura civilistica. Si veda altresì la riflessione di ACQUAROLI Roberto (2004), *Alcune osservazioni sul reato di infedeltà patrimoniale alla luce del nuovo diritto societario*, in *La riforma dei reati societari, Atti del seminario, Macerata, 21 marzo 2003*, a cura di PIERGALLINI Carlo, Milano, Giuffrè, 178. Si tenga poi conto che questa osservazione, molto realistica, se compiuta prima che all'orizzonte si profilasse un'incriminazione per omessa comunicazione del conflitto di interessi, mantiene comunque la propria validità, attesa la portata limitata di tale nuova disposizione penale.

¹¹⁰⁰ Che, naturalmente, mantengono la propria incidenza anche sullo statuto penale dell'impresa. Quest'ultima espressione è mutuata da BRICOLA Franco (1990), *Lo statuto penale dell'impresa: profili costituzionali*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, a cura di DI AMATO Astolfo, Padova, CEDAM, vol. I, 140 e seguenti.

¹¹⁰¹ Se non è possibile, infatti, giudicare *ex ante* circa la sussistenza di un conflitto tra l'interesse dell'amministratore e l'interesse della società, è, invece, possibile giudicare *ex ante* circa la sussistenza di un interesse dell'amministratore, accanto all'interesse sociale nell'operazione. Ciò non significa che la nuova disciplina non sia una disciplina del conflitto di interessi: lo è, perché la sua *ratio* è di prevenire il pericolo dell'incidenza sull'attività di un interesse dell'amministratore. Si rinvia ampiamente alla riflessione di MAFFEIS Daniele (2003), *Il nuovo conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni e di società a responsabilità limitata: (alcune) prime osservazioni*, in *Rivista di diritto privato*, n. 3, 522.

¹¹⁰² Si tratta solo di sgomberare il campo dalla vuota distinzione fra interessi in conflitto che

Ciò che rileva in ordine alla necessità di comunicazione è, quindi, essenzialmente la rilevanza sociale degli interessi, la quale è legata all'idoneità astratta di un dato interesse a interferire in modo significativo sulle decisioni societarie¹¹⁰³. Infatti, a partire dalla fattispecie archetipica di conflitto di interessi degli amministratori di società¹¹⁰⁴, possiamo affermare che non è possibile dedurre, dalla mera sussistenza di un interesse in capo ad un amministratore, la conseguenza di un conflitto di interessi. Questo conflitto si realizza, tuttavia, nell'ipotesi in cui l'interesse, di cui è latore l'amministratore, sia percepito come divergente rispetto a quello della società¹¹⁰⁵.

Ne consegue che l'attuale disciplina tracci un nuovo profilo del conflitto di interessi, la quale non tiene più conto della cavillosa distinzione tra interessi con maggiori o minori potenzialità di conflitto: se esiste un interesse in grado di orientare la decisione dell'amministratore, questo va comunicato.

Si può, d'altro canto, notare come, in quest'ottica, un danno alla società sia per lo più lungi dall'essere voluto dall'amministratore interessato. Eppure, la disposizione di cui all'articolo 2629-bis compie un espresso riferimento al danno. Si è, dunque, cercato di dimostrare come il legislatore abbia inteso introdurre nella fattispecie una condizione obiettiva di punibilità.

In questo senso, la mera omissione della *disclosure* costituisce e perfeziona

sarebbero realmente incompatibili ed interessi che seppure in conflitto sarebbero pur tuttavia convergenti. Ecco cosa significa la previsione del nuovo articolo 2391, in base al quale l'amministratore deve dare notizia di tutti gli interessi.

¹¹⁰³ In altre parole, ad attivare il dovere di informazione previsto dall'articolo 2391 è la potenzialità dell'interesse, che sia socialmente rilevante, a determinare una seria interferenza sul procedimento decisionale e non la presenza di qualunque interesse di un amministratore, che abbia anche solo un minimo collegamento all'operazione societaria.

¹¹⁰⁴ Quella dell'amministratore che contratta con la società; infatti il termine interesse ha in sé l'elemento del partecipare, dell'essere parte; quindi anche, ad evitare facili elusioni, l'esserne parte in senso sostanziale. V. ENRIQUES Luca (2000), *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, Giuffrè, 145.

¹¹⁰⁵ BLANDINI Antonio (2004), *Conflitto di interessi ed interessi degli amministratori di società per azioni: prime riflessioni*, in *Rivista di diritto civile*, n. 3, (maggio-giugno), 407 e seguenti. Occorre anche tener conto che il dovere di comunicazione nell'ambito della procedura di approvazione di una determinata operazione ha la funzione di evitare che la società possa subire un danno, ma non di escludere che l'amministratore tragga vantaggio da un'operazione del tutto conveniente anche per la società. In questo senso, DI BERNARDO Maurizio e MATTIA Salvatore (2005), *Il conflitto di interessi degli amministratori nella nuova s.p.a.*, in *Le società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n. 5, 561.

il reato, perché è considerato grave che un amministratore abbia un interesse e ne celi l'esistenza, mentre non è richiesto che egli voglia altresì arrecare un danno alla società.

La presenza del danno non trasformerebbe, quindi, la fattispecie prevista dall'articolo 2629-bis in un reato d'evento¹¹⁰⁶. Tuttavia, la scelta di porre il danno quale condizione di punibilità riduce il campo di applicazione di questo delitto¹¹⁰⁷. Infatti, ciò che il 2629-bis sanziona è, in primo luogo, l'inosservanza degli obblighi di cui al 2391, cioè di regole di trasparenza. Non per questo si deve, tuttavia, considerare che la norma tuteli un mero adempimento formale.

4. Considerazioni conclusive.

Dal presente lavoro di ricerca emerge, dunque, una lunga serie di spunti, su cui si è concentrato un intenso lavoro di approfondimento.

Una serie di essi è stata portata ad emersione, allo scopo di raggiungere una migliore comprensione della materia. Il riferimento è, naturalmente, *in primis* alla parte comparatistica, che caratterizza l'avvio di quest'opera. Analogo discorso può, peraltro, svolgersi anche con riguardo ai capitoli, in cui l'analisi si è soffermata sulle disposizioni di diritto commerciale.

Larga parte del presente lavoro si è, tuttavia, soffermata in particolare sulle

¹¹⁰⁶ Sul ruolo del nocumento, in relazione alla configurabilità di un reato aggravato dall'evento oppure di una fattispecie autonoma di reato, si è molto discusso in relazione alle sanzioni penali previste dalla legge 675 del 1996, sul trattamento dei dati personali. Sebbene si tratti di un campo diverso, in quanto con la riforma del regime di imputazione delle circostanze aggravanti l'evento deve comunque essere ascrivibile almeno a titolo di colpa (v. FIANDACA Giovanni e MUSCO Enzo (2001), *Diritto penale, Parte generale*, quarta edizione, Bologna, Zanichelli, 384 e seguenti), rimane interessante vedere come il legislatore abbia inserito l'evento in fattispecie costruite sullo schema del pericolo. V. in proposito VENEZIANI Paolo (1997), *Beni giuridici protetti e tecniche di tutela penale nella nuova legge sul trattamento dei dati personali*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 135-181 e SEMINARA Sergio (1998), *Appunti in tema di sanzioni penali nella legge sulla privacy*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 911-919.

¹¹⁰⁷ Rimane, comunque, alla radice, una configurazione propria di un reato di pericolo, analogamente all'abrogata fattispecie di cui all'articolo 2631 del codice civile. Il legislatore dimostrebbe, così, di ravvisare il disvalore della fattispecie soprattutto nel conflitto di interessi, sebbene la mancata osservanza di un semplice obbligo di *disclosure* non sia tale da legittimare, di per sé, la sanzione penale. Appare, comunque, maggiormente lineare tale interpretazione, che considera la punibilità dell'omessa comunicazione come limitata al caso in cui si realizzi un evento di danno, per cercare poi altrove il bene giuridico tutelato. Tanto, però, non significa che la fattispecie non giunga a tutelare il patrimonio della società, ma questo semmai avverrà in un momento successivo.

difficoltà applicative, che caratterizzano le fattispecie di infedeltà patrimoniale e di omessa comunicazione del conflitto di interessi. In proposito, sono stati ampiamente approfonditi diversi punti problematici, dando conto delle cospicue riflessioni dottrinali, che si sono sviluppate negli ultimi anni, e della giurisprudenza che si è nel frattempo sviluppata.

È evidente come non si possa chiedere ad una tesi di ricerca di trovare soluzioni definitive a questioni di respiro così ampio, da caratterizzare lo sviluppo stesso di una parte dell'ordinamento. Ciò è tanto più vero in relazione a una materia, in cui il legislatore, negli ultimi anni, ha ripetutamente ritenuto necessario intervenire.

Il tentativo compiuto attraverso questa tesi è stato, pertanto, quello di far emergere i punti fondamentali, sui quali dovrebbe fondarsi ogni tentativo di riforma in questo campo. Non è, infatti, necessario solo evitare, nei rapporti tra le diverse disposizioni, incongruenze, che ne pregiudichino l'efficacia. È, altresì, imprescindibile creare le basi di un modello di tutela, su cui possa innestarsi un'interpretazione condivisa, capace di consolidarsi attraverso la concreta applicazione.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV. (1998), *Estudios de derecho mercantil homenaje al Profesor Justino Duque Domínguez*, Valladolid, Secretariado de Publicaciones e intercambio científico
- AA. VV. (2006), *Droit pénal des affaires en Europe*, a cura di GIUDICELLI-DELAGE Geneviève, Paris, PUF
- AA. VV. (2006), *La legge penale, Fonti, tempo, spazio, persone*, opera diretta da RONCO Mauro, con la collaborazione di AMBROSETTI Enrico Mario e MEZZETTI Enrico, Bologna, Zanichelli
- AA.VV., *Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo*, (2006) a cura di ARROYO ZAPATERO Luis e NIETO MARTIN Adán, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca.
- ABBADESSA Pietro (2005), *La nuova riforma del diritto societario secondo il testo unificato dei progetti di legge per la tutela del risparmio*, in *Le Società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n. 3, 280-286
- ABRIANI (2006), *Sub artt. 2475-bis e 2475-ter*, in *Codice commentato delle Srl*, diretto da BENAZZO Paolo e PATRIARCA Sergio, Torino, UTET, 347-359
- ACCINNI Giovanni Paolo (1991), *Profili penali del conflitto di interessi nei gruppi di società*, in *Rivista delle società*, 1016-1070
- ACQUAROLI Roberto (2004), *Alcune osservazioni sul reato di infedeltà patrimoniale alla luce del nuovo diritto societario*, in *La riforma dei reati societari, Atti del seminario, Macerata, 21 marzo 2003*, a cura di PIERGALLINI Carlo, Milano, Giuffrè, 165-196
- ALAGNA Rocco (2003), *Note sul concetto penalistico di conflitto di interessi*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, 743 e ss.
- ALDROVANDI Paolo (2002), *Art. 2634 Infedeltà patrimoniale*, in *I nuovi reati societari*, a cura di LANZI Alessio e CADOPPI Alberto, Padova, CEDAM, 126-147
- ALDROVANDI Paolo (2007), *sub Art. 2634 C.C.*, in LANZI Alessio e CADOPPI Alberto, *I reati societari: commentario aggiornato alla legge 28 dicembre 2005 n. 262 sulla tutela del risparmio*, Padova, CEDAM, 179-209
- ALESSANDRI Alberto (1992), *I reati societari, Prospettive di rafforzamento e di riformulazione della tutela penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 483-509
- ALESSANDRI Alberto (2002a), *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci*, in *Manuale di diritto penale dell'impresa*, a cura di PEDRAZZI Cesare e altri, Bologna, Monduzzi, 85-94
- ALESSANDRI Alberto (2002b), *Alcune considerazioni generali sulla riforma*, in *Il nuovo diritto penale delle società* a cura di ALESSANDRI Alberto, Milano,

IPSOA, 3-25

- ALESSANDRI Alberto (2002c), *Corporate governance nelle società quotate: riflessi penalistici e nuovi reati societari*, in *Giurisprudenza commerciale*, 05, 521 e ss.
- ALESSANDRI Alberto (2002d), *La riforma dei reati societari: alcune considerazioni provvisorie*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 993-1024
- ALESSANDRI Alberto (2007), *Un esercizio di diritto penale simbolico: la c.d. tutela penale del risparmio*, in *La nuova legge di tutela del risparmio*, Milano, Giuffrè, 59-97
- ALONSO UREBA Alberto (2006), *Las leyes generales, la Ley*
- AMATI Enrico (2005), *Le infedeltà, Le singole fattispecie*, in *Reati societari*, a cura di ROSSI Alessandra, Torino, UTET Giuridica, 400-432
- AMATO Fausto Maria (1995), *Nota a sentenza Tribunale di Milano 28 aprile 1994*, in *Foro italiano*, 24-48
- AMBROSETTI Enrico Mario (2004), *Abolitio Criminis e modifica della fattispecie*, Padova, Cedam
- AMBROSETTI Enrico Mario (2005), *La mancata restituzione di beni costituiti in trust e il delitto di appropriazione indebita*, in *Dialoghi*, luglio dicembre, Cedam, 153-158
- AMBROSETTI Enrico Mario (2006), *La legge penale nel tempo*, in *La legge penale: fonti, tempo, spazio, persone*, in *Commentario sistematico al codice penale*, opera diretta da RONCO Mauro, con la collaborazione di AMBROSETTI Enrico Mario e MEZZETTI Enrico, Bologna, Zanichelli, 221-280
- AMBROSETTI Enrico Mario (2006), *Materia regolata da più leggi penali o da più disposizioni della medesima legge penale. Il principio di specialità*, in *La legge penale nel tempo, Fonti, tempo, spazio, persone*, in *Commentario sistematico al Codice Penale*, a cura di RONCO Mauro, con la collaborazione di AMBROSETTI Enrico Mario e MEZZETTI Enrico, Bologna, Bologna, 335-382
- AMBROSETTI Enrico Mario (2008), *La "trasparenza interna": le fattispecie a tutela del patrimonio della banca*, in AMBROSETTI Enrico Mario, MEZZETTI Enrico, RONCO Mauro, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, Zanichelli, 319-326
- AMBROSETTI Enrico Mario, MEZZETTI Enrico, RONCO Mauro (2008), *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, Zanichelli
- AMBROSETTI Enrico Mario, MEZZETTI Enrico, RONCO Mauro (2009), *Diritto penale dell'impresa*, II edizione, Bologna, Zanichelli
- ANGIONI Francesco (1983), *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, Giuffrè
- ANNETTA Massimiliano (2008), *Il nuovo delitto di omessa comunicazione del conflitto di interessi*, in *La disciplina penale del risparmio*, a cura di GIUNTA Fausto, Milano, Giuffrè, 29-40
- ANTOLISEI Francesco (1999), *Manuale di Diritto Penale, Leggi complementari, vol. I - I reati societari, bancari, di lavoro e previdenza*, undicesima

edizione, Milano, Giuffrè

ANTOLISEI Francesco (2002), *Manuale di Diritto Penale, Leggi complementari, vol. I - I reati societari, bancari, di lavoro e previdenza*, dodicesima edizione, Milano, Giuffrè

ANTOLISEI Francesco (2003), *Manuale di diritto penale. Parte generale*, a cura di CONTI Luigi, XV edizione, Milano, Giuffrè

ARDIZZONE Salvatore (2007), *Condizioni obiettive di punibilità*, in *Il reato*, in *Commentario sistematico al codice penale*, opera diretta da RONCO Mauro, Bologna, Zanichelli, 599-605

ARENA Maurizio (2004), *Responsabilità e sanzioni nel disegno di legge sulla tutela del risparmio*, in *Penale.it diritto, procedura e pratica penale*. <<http://www.penale.it/page.asp?mode=1&IDPag=63>>

ARROYO MARTÍNEZ Ignacio (1998), *La responsabilidad de los administradores en la sociedad de responsabilidad limitada*, in *Estudios de derecho mercantil homenaje al Profesor Justino Duque Domínguez*, Valladolid, Secretariado de Publicaciones e intercambio científico, vol. I, 163-177

ASHWORTH Andrew (2006), *Principles of Criminal Law*, 5th Edition, Oxford University Press

ATIBACK Aline (2007) *L'abus de biens sociaux dans le groupe de sociétés*, Paris, L'Harmattan

BACIGALUPO SAGGESE Silvana & SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES Javier (2006), *Cuestiones prácticas en el ámbito de los delitos de empresa*, Ediciones Experiencia, Barcelona

BACIGALUPO ZAPATER Enrique (1995), *La problemática de la administración desleal en el Derecho Penal español*, in *Hacia un derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann, 14-17 de octubre 1992*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 385-400

BACIGALUPO ZAPATER Enrique (1999), *La administración desleal*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, Consejo General del Poder Judicial

BACIGALUPO ZAPATER Enrique (2003), *“Diritto penale transnazionale” e conflitti di giurisdizione nel Corpus Iuris 2000 e nella Decisione quadro in relazione al diritto dell’ambiente*, in *La Giustizia penale nella Convenzione, La tutela degli interessi finanziari e dell’ambiente nell’Unione europea*, a cura di Ruggieri Francesca, Milano, Giuffrè, 213-222

BACIGALUPO ZAPATER Enrique (2007), *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, Barcellona, Marcial Pons

BACIGALUPO ZAPATER Enrique (2009), *El concepto de perjuicio patrimonial en el delito de administración desleal (Sobre la reciente jurisprudencia alemana en los casos Kanther/Weyrauch y Siemens-KWU)*, in *Diario La Ley*, N° 7295, Sección Doctrina, 1 Dicembre 2009

BELLACOSA Adriano (1997), *Il conflitto d'interessi dell'amministratore unico di società per azioni e l'art. 2391 c.c.*, in *Giurisprudenza commerciale*, I, 143-160

BELLACOSA Adriano (2007), *Sub Art. 2391*, in *Codice commentato delle S.p.A.*, diretto da FAUCEGLIA Giuseppe e SCHIANO DI PEPE Giorgio, tomo secondo, Torino, Utet, 717-748

- BELLACOSA Maurizio (2006), *Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e sanzioni penali*, Milano, Giuffrè, LUP
- BENUSSI Carlo (2007), *La Cassazione ad una svolta: la clausola dei vantaggi compensativi è esportabile nella bancarotta per distrazione*, (nota a cass. sez. v pen. 24 maggio 2006), in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, 424-431
- BENUSSI Carlo (2009), *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, Milano, Giuffrè
- BERTREL Jean-Pierre (1995), *Pour une normalisation de l'abus de biens sociaux*, *Droit et patrimoine*, settembre 1995, 3-4
- BIN Marino (2003), *Codice delle Assicurazioni*, seconda edizione, Milano, Giuffrè
- BIRKS Peter (2002), *Receipt*, in *Breach of Trust*, a cura di Peter BIRKS e Arianna PRETTO, Oxford, 213-240
- BIRKS Peter e PRETTO Arianna (2002), *Breach of Trust*, a cura di, Oxford
- BLANDINI Antonio (2004), *Conflitto di interessi ed interessi degli amministratori di società per azioni: prime riflessioni*, in *Rivista di diritto civile*, CEDAM, n. 3, (maggio-giugno), 405-428
- BONAFINI Anna Laura, CALANDRA BUONAURA Vincenzo (2008), *Società per azioni: amministrazione e rappresentanza*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1, 5-52
- BONELLI Franco (1992), *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, Giuffrè
- BONELLI Franco (1999), *Responsabilità per violazione del dovere di non agire in conflitto di interessi*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da COLOMBO Giovanni E. e PORTALE Giuseppe B., vol 4, Torino, Utet, 372-390
- BONELLI Franco (2004), *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, Giuffrè
- BONELLI Franco (2005), *La responsabilità degli amministratori*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di AMBROSINI Stefano, Torino, Giappichelli, vol. I, 245-266
- BOSQUET-DENIS Jean-Bernard (1997), *Droit pénal des Sociétés*, Paris, Economica,
- BOULOC Bernard (1973), *Note à Cour de Cassation (Chambre criminelle) 15 mars 1972*, in *Revue des sociétés*, 1973, 357-363
- BOULOC Bernard (1995), *Le dévoiement de l'abus de biens sociaux*, in *Revue de jurisprudence commerciale*, 301 e ss.
- BRAUD Alexandre (2005), *Droit pénal des affaires*, Paris, Ellipses
- BRICOLA Franco (1967), *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Novissimo digesto italiano*, Volume XIV, Torino, Utet, 588-602
- BRICOLA Franco (1990), *Lo statuto penale dell'impresa: profili costituzionali*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, a cura di DI AMATO Astolfo, Padova, CEDAM, vol. I, 139-153
- BRICOLA Franco (1997), *Lo statuto penale dell'impresa: profili costituzionali*, in *Diritto penale dell'economia*, Milano, Giuffrè

- BRUNETTA D'USSEAU Francesca (2006), *La notice nel diritto inglese*, in *Le situazioni affidanti*, a cura di LUPOI Maurizio, Giappichelli, Torino, 87-100
- BRUNO Sabrina (2004), *Profili del diritto societario inglese alla luce della riforma*, in *Rivista delle società*, 4, 897-961
- BUONOCORE Vincenzo (2004), *Etica degli affari e impresa etica*, in *Giurisprudenza commerciale*, 02, 181 e ss.
- CALÒ Raffaella (2006), *Infedeltà patrimoniale e appropriazione indebita: un problema di delimitazione reciproca*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1072-1096
- CAMPOBASSO Gian Franco (2002), *Diritto delle società. Diritto commerciale*, Vol. II, V edizione, Torino, Utet
- CAMPOBASSO Gian Franco (2004), *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, 2^a edizione a cura di CAMPOBASSO Mario, *Aggiornamento della 5^a edizione del Diritto commerciale 2. Diritto delle società*, Torino, UTET
- CANDELLERO Dario (2004), *Sub art. 2391, Interessi degli amministratori*, in *Il nuovo diritto societario, Artt. 2325-2409 c.c.*, diretto da COTTINO Gastone, BONFANTE Guido, CAGNASSO Oreste, MONTALENTI Paolo, Bologna, Zanichelli, 748-761
- CANTONE Raffaele (1997), *La formazione di riserve occulte da parte dell'impresa destinate all'illecito finanziamento di partiti politici. Profili di rilevanza penale*, in *Cassazione penale*, I, 278-285
- CARACCIOLI Ivo (2006), *Governance e responsabilità penale*, Milano, Ipsoa
- CARLETTI Elio (2003), *La corruzione nel settore privato: tra tutela penale e sanzioni civili*, in *La corruzione tra privati, esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, a cura di ACQUAROLI Roberto e FOFFANI Luigi, Milano, Giuffrè, 229-242
- CARRARA Cecilia e KHOUDJA Sonia (2002), *Il mandato nel diritto tedesco*, in *Archivio CERADI, Centro di ricerca per il diritto d'impresa* <http://www.archivioceradi.luiss.it/documenti/archivioceradi/impresa/corporate/mandato_germania.pdf>
- CASTELLANA Agata Maria (1989), *Profili di soggettività penale degli interventi pubblici nell'economia*, Padova, Cedam
- CASTELLANA Agata Maria (1991), *Riflessioni a margine degli orientamenti giurisprudenziali in punto di rilevanza penale dei fidi abusivi*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 65-91
- CERRATO Stefano (2001), *Nota a Corte D'Appello di Torino del 4 dicembre 2000*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1675 e ss.
- CIPOLLA Pieluigi (2005), *Brevi note in tema di rapporti tra l'appropriazione indebita e il nuovo reato di infedeltà patrimoniale societaria (art. 2634 c.c.)*, in *Cassazione Penale*, 467-473
- CONSTANTIN Alexis (2007), *Droit des sociétés, Droit commun et droit spécial des sociétés*, 3^o edizione, Paris, Dalloz
- CONTI Luigi (1980), *Reati ed illeciti depenalizzati in materia di società*, in *Diritto penale commerciale*, II edizione riveduta e aggiornata, Torino, UTET
- CONTI Luigi (1988), *Disposizioni penali in materia di società e consorzi. Art.*

- 2621-2642, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di GALGANO Francesco, III edizione, Bologna, Zanichelli
- CONTI Luigi (1995), *Responsabilità penali degli amministratori e politiche di gruppo*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 433-455
- CONTI Luigi (2001), *Il diritto penale dell'impresa*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, a cura di GALGANO Francesco, Padova, CEDAM
- CONTI Luigi (2004), *Disposizioni penali in materia di società e consorzi. Art. 2621-2642*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di GALGANO Francesco, IV edizione, Bologna, Zanichelli
- CORSINI Lorenzo (2006), *L'interesse dell'amministratore di società*, in *Le Società*, fascicolo 7, 848- 849
- CORSO Silvia (2005), *Il conflitto di interessi degli amministratori di s.r.l. e la collocazione del tipo*, in *Giurisprudenza commerciale*, Giuffrè, I, 653 e ss.
- CRISTIANI Antonio (2003), *Commentario di Diritto penale delle società e del credito*, Torino, Giappichelli
- CUERDA RIEZU Antonio (1995), *¿Ostentan «ius puniendi» las Comunidades Europeas?*, in *Hacia un drecho penal económico europeo, Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann, 14-17 de octubre 1992*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 621-635
- CURATOLA Pasquale (1961), *Condizioni di punibilità*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VIII, Milano, Giuffrè, 807-815
- CHAMBERS Robert (1997), *Resulting Trusts*, Oxford
- CHIAPPETTA Francesco (1991), *La partecipazione al voto e alla discussione dell'amministratore in conflitto d'interessi*, in *Giurisprudenza commerciale*, I, 265-274.
- CHIAPPETTA Francesco (2007), *Diritto del governo societario. La corporate governance delle società quotate*, Padova, CEDAM.
- CHILSTEIN David (2008), *L'abus de biens sociaux*, in *Les Petites Affiches*, 18 juin 2008 n° 122, 25
- CHULIÁ VICENT Francisco (2008), *Introducción al derecho mercantil*, Valencia, Tirant Lo Blanch
- D'AMICO Marilisa (2003), *Principio di legalità in materia penale e diritto penale europeo*, in *La Giustizia penale nella Convenzione, La tutela degli interessi finanziari e dell'ambiente nell'Unione europea*, a cura di RUGGIERI Francesca, Milano, Giuffrè, 55-64
- D'ASCOLA Vincenzo Nico (2004), *Reato e pena nell'analisi delle condizioni obiettive di punibilità*, Napoli, ESI
- D'ANGELO Antonino (2006), *L'affidamento nelle eccezioni alla mistake of law rule*, in *Le situazioni affidanti*, a cura di LUPOI Maurizio , Giappichelli, Torino, 175- 183
- DE FRANCESCO Giovannangelo (1994), *Nuove Frontiere negli studi di diritto comparato*, in *Giurisprudenza Italiana* , 10, 201-216

- DE LA CUESTA ARZAMENDI Josè Luis & BLANCO CORDERO Isidoro (2003), *La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sopranazionali e di diritto comparato*, Traduzione di FOFFANI Luigi, in *La corruzione tra privati, esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, a cura di ACQUAROLI Roberto e FOFFANI Luigi, Milano, Giuffrè, 43-74
- DEBERNARDI Giuseppe (2005), *Nota a Cass. pen. Sez. II, 22 dicembre 2004, n. 49301*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2378 e ss.
- DEL ROSAL BLASCO Bernardo (1998), *Los delitos societarios en el codigo penal de 1995*, Valencia, Tirant lo Blanch
- DELITALA Giacomo (1931), *I reati concernenti le società di commercio e la legge Rocco del 1930*, in *Rivista di diritto commerciale*, I, 176-185
- DELMAS-MARTY Mireille & SERVIDIO DELABRE Eileen (1988), *Il diritto penale delle società commerciali in Francia*, nella traduzione di G. Toso, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 599-632
- DELMAS-MARTY Mireille (1976), *Nota alla sentenza 16 dicembre 1975*, in *Gazette du Palais*, I, 298
- DELMAS-MARTY Mireille (1990), *Droit pénal des affaires, Partie générale: responsabilité, procédure, sanctions*, Tomo 1, Paris, PUF
- DELMAS-MARTY Mireille (1990), *Droit pénal des affaires, Partie spéciale: infractions*, Tomo 2, Paris, PUF
- DELMAS-MARTY Mireille (1997), *Verso un diritto penale comune europeo?*, traduzione dal Francese a cura di GAROFALO Chiara e VEGNI Annalisa, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 543-554
- DI AMATO Astolfo (1999), *Diritto penale dell'impresa*, Milano, Giuffrè
- DI AMATO Astolfo (2005), *Profili di possibile rilevanza penale del trust*, in *Trusts e attività fiduciarie*, ottobre, 497-499
- DI BERNARDO Maurizio & MATTIA Salvatore (2005), *Il conflitto di interessi degli amministratori nella nuova s.p.a.*, in *Le società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n.5, 557-564
- DI CHIARA Giuseppe (1995), *Nota a sentenza Tribunale di Milano 28 aprile 1994*, in *Foro italiano*, 50-58
- DIGNAM Alan & LOWRY John (2009), *Company Law*, 5th edition, Oxford
- DINE Janet (1995), *Criminal Law in the Company Context*, Aldershot, Dartmouth
- DODARO Giandomenico (2003), *L'orientamento del tribunale di Monza: discontinuità normativa tra conflitto di interessi e infedeltà patrimoniale*, in *Le Società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n. 12, 1651-1655
- DUCOULOUX-FAVARD Claude (1996), *Abus de biens sociaux, Une prescription butoir pour qui, pour quoi ?*, in *Les Petites Affiches*, n°20, 14 février
- DUCOULOUX-FAVARD Claude (1996), *Caisses noires et abus de biens sociaux*, in *Les Petites Affiches*, n.° 41, 03 avril
- DUCOULOUX-FAVARD Claude (1997), *De la corruption par abus de biens sociaux et «recel – consequent»*, in *Les Petites Affiches*, n°20, 14 février
- DUCOULOUX-FAVARD Claude (1997), *L'abuso dei beni e poteri sociali*

- nell'ordinamento francese, in Rivista di diritto commerciale, I, 973.*
- DUCOULOUX-FAVARD Claude (1997), *L'arret Carignon dans la ligne d'une jurisprudence sans revirement, ni devoiement, in Les Petites Affiches, n°134, 07 novembre*
- DUDDINGTON John (2007), *Equity and Trusts*, Pearson Education, Harlow
- ENRIQUES Luca (2000), *Il conflitto d'interessi nella gestione della società per azioni: spunti teorici e profili comparatistici in vista della riforma del diritto societario*, in *Rivista delle società*, 509-561
- ENRIQUES Luca (2000), *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, Giuffrè
- ENRIQUES Luca (2002), *Afef e la pulce della società per azioni*, intervento al Convegno di Varese del 20-21 settembre e reperibile in <www.associazionepreite.it>
- ENRIQUES Luca (2004), *Dum Romae consulitur... verso una nuova disciplina comunitaria del conflitto d'interessi nei servizi d'investimento*, in *Banca Impresa Società*, n. 3, 447-454
- ENRIQUES Luca (2005), in collaborazione con POMELLI Alessandro, *Art. 2391 (Interessi degli amministratori)*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di MAFFEI ALBERTI Alberto, Padova, CEDAM, 758-778
- EYRIGNAC Loïc (2007), *La protection penal du patrimoine de le société*, con prefazione di Bouloc Bernard e di Jeandidier Wilfrid, Paris, L.G.D.J.
- FAFINSKI Stefan & Finch Emily (2007), *English Legal System*, Pearson Education, Harlow
- FARALDO CABANA Patricia (1998), *Rasgos comunes a todos los delitos societarios. Los articulos 296 y 29 delCodigo penal de 1995*, in AA. VV., *El nuevo Codigo penal y los delitos societarios : ponencias de las Jornadas organizadas por la Fundación Caixa Galicia, octubre de 1996*, a cura di Areán Lalín Manuel e Martínez-Buján Pérez Carlos, 49-69
- FARREL Simon QC, YEO Nicholas, LADENBURG Guy (2007), *Blackstone's Guide to The Fraud Act 2006*, Oxford University Press
- FERNÁNDEZ TERUELO Javier Gustavo (1998), *Los delitos societarios en el Código penal español*, Madrid
- FERRÉ OLIVÉ Juan Carlos (1998), *Sujetos responsables en los delitos societarios*, in *Revista penal*, 21-29
- FERRO LUZZI Paolo (2006), *Dal conflitto di interessi agli interessi degli amministratori – Profili di sistema*, in *Rivista del diritto commerciale*, 10-11-12, 661-674
- FIANDACA Giovanni e MUSCO Enzo (2001), *Diritto penale, Parte generale*, IV edizione, Bologna, Zanichelli
- FIANDACA Giovanni e MUSCO Enzo (2007), *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, V edizione, Bologna, Zanichelli
- FOFFANI Luigi (1985), *Prospettive di riforma in tema di “Infedeltà patrimoniale”*, in *Indice penale*, 466-475
- FOFFANI Luigi (1987), *La tutela della società commerciale contro le infedeltà*

patrimoniali degli amministratori. Prima parte, in *Giurisprudenza commerciale*, 87-125

- FOFFANI Luigi (1987), *La tutela della società commerciale contro le infedeltà patrimoniali degli amministratori. Seconda parte: insufficienza della normativa vigente e prospettive di riforma*, in *Giurisprudenza commerciale*, 637-667
- FOFFANI Luigi (1992), *Infedeltà patrimoniale in diritto comparato*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, Utet, 398-418
- FOFFANI Luigi (1995), *L'infedeltà patrimoniale: verso una nuova fattispecie penale?*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, anno VIII - 1, 457-477
- FOFFANI Luigi (1997), *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, Giuffrè
- FOFFANI Luigi (1999), *I reati societari nel nuovo codice penale spagnolo del 1995*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 65-89
- FOFFANI Luigi (2000), *La tutela penale del corretto funzionamento degli organi sociali*, in *Manuale di diritto penale dell'impresa*, a cura di PEDRAZZI Cesare e altri, Bologna, Monduzzi, 360-373
- FOFFANI Luigi (2002), *Le infedeltà*, in *Il nuovo diritto penale delle società* a cura di ALESSANDRI Alberto, Milano, IPSOA, 345-380
- FOFFANI Luigi (2003a), *La «corruzione fra privati» nel nuovo diritto penale societario: un primo passo o un'occasione mancata?*, in *La corruzione tra privati, esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, a cura di ACQUAROLI Roberto e FOFFANI Luigi, Milano, Giuffrè, 377-403
- FOFFANI Luigi (2003b), *Voce «Società»*, 2634, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di PALAZZO Francesco e PALIERO Carlo Enrico, Padova, Breviaria iuris, CEDAM, 1875-1887
- FOFFANI Luigi (2007a), *Le infedeltà*, in *Diritto penale dell'impresa*, a cura di ALESSANDRI Alberto, Giappichelli, Torino, 534-555
- FOFFANI Luigi (2007b), *Tra patrimonio ed economia: la riforma dei reati d'impresa*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 20.4, 751-764
- FOFFANI Luigi e NIETO MARTÍN Adán (2006), *Corporate Governance y administración desleal: casos y problemas de derecho comparado europeo*, in *Revista penal*, n. 17, 110-141
- FONDAROLI Désirée (2005), *Introduzione ai delitti di infedeltà*, in *Reati societari*, a cura di ROSSI Alessandra, Torino, UTET Giuridica, 391-399
- FOSSATI Fabio (1997), *Il conflitto di interessi dell'amministratore*, in *Diritto penale delle società*, vol. 5, *Trattato teorico pratico delle società*, a cura di SCHIANO DI PEPE Giorgio, Milano, Ipsoa, 381-391
- FOX David (2002), *Overreaching*, in *Breach of Trust*, a cura di Peter BIRKS e Arianna PRETTO, Oxford, 95-110
- FRANCHI Antonio (2004), *La responsabilità degli amministratori di S.p.A. nel nuovo diritto societario*, in *Temi di diritto privato*, Milano, Giuffrè
- FRENCH Derek, MAYSON Stephen W. & RYAN Christopher (2007), *Mayson, French*

- & Ryan on Company Law 2007-2008, Oxford University Press
- FYFE Tom (2006), *Equity's inflexible rule under scrutiny: Murad v Al Saraj*, in *Trust and Trustees*, February, 28-31
- GABRIELLI Giovanni (2007), *Il conflitto di interessi autorizzato*, in *Contratto e impresa*, 1, 97-122
- GALGANO Francesco e GENGHINI Riccardo (2004), *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, CEDAM, vol. XXIX
- GIAVAZZI Stefania (2002a), *Le iniziative dell'Unione Europea*, in *Il nuovo diritto penale delle società* a cura di ALESSANDRI Alberto, Milano, IPSOA, 479-487
- GIAVAZZI Stefania (2002b), *I reati societari in Francia*, in *Il nuovo diritto penale delle società* a cura di ALESSANDRI Alberto, Milano, IPSOA, 488-516
- GIAVAZZI Stefania (2002c), *L'esperienza della Gran Bretagna*, in *Il nuovo diritto penale delle società* a cura di ALESSANDRI Alberto, Milano, IPSOA, 517-532
- GIAVAZZI Stefania (2004), *Insider trading: profili di incostituzionalità*, in *Le Società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n. 3 , 343-354
- GIAVAZZI Stefania (2005), *Insider trading: la prima condanna civile*, in *Le Società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n. 1, 116-125
- GIAVAZZI Stefania (2007), *Infedeltà patrimoniale e potere di querela*, in *Le Società*, 10, 1284-1289
- GIORDANENGO Guglielmo (2004), *Sub art. 2634, Infedeltà patrimoniale*, in *Il nuovo diritto societario, Artt. 2484-2548 c.c., norme di attuazione, disciplina processuale, artt. 2621-2614 c.c.*, diretto da COTTINO Gastone, BONFANTE Guido, CAGNASSO Oreste, MONTALENTI Paolo, Bologna, Zanichelli, 3148-3159
- GIOVANARDI Elisabetta (2005), *Sull'impossibilità di estendere i «vantaggi compensativi» ai reati fallimentari*, in *Cassazione penale*, fascicolo 4, 1366-1373
- GIUDICELLI-DELAGE Geneviève (2006), *Droit pénal des affaires*, 6° edizione, Paris, Dalloz
- GIULIANI BALESTRINO Ubaldo (1978), *I problemi generali nei reati societari*, Milano, Giuffrè
- GIUNTA Fausto (2009), *Il delitto di omessa comunicazione del conflitto di interessi*, in *Diritto e Pratica delle Società*, n. 11, 37-42
- GLAZEBROOK Peter R. (2007), *Criminal Law*, 17th edition, Oxford
- GOBERT James & PUNCH Maurice (2003), *Rethinking Corporate Crime*, London, Butterworths
- GODON Laurent (1997), *Abus de confiance et abus des biens et du crédit social*, in *Revue des sociétés*, aprile-giugno, 285-321
- GOMEZ BENITEZ José Manuel (1997), *El delito de administración desleal: criterios diferenciadores con la apropiación indebida y los ilícitos mercantiles*, in *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.

1, 2053-2056

- GOMEZ INIESTA Diego J. (1997), *La utilización abusiva de información privilegiada en el mercado de valores*, McGraw-Hill Interamericana de España,
- GOMEZ INIESTA Diego J. (2006), *Fraudes en el mercado de valores*, a cura di ARROYO ZAPATERO Luis e NIETO MARTIN Adán, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 159-204
- GRANELLI Carlo (2003), *L'organo di gestione nella società per azioni*, in *Corporate governance e nuovo diritto societario*, Milano, Ipsoa, 79-88
- GROSSO Carlo Federico (2006), *Cinque anni di leggi penali: molte riforme (talune contestabili), nessun disegno organico*, in *Diritto penale e processo*, n. 5, 533-541
- GUTIEREZ ZARZA Angeles (2006), *Espagne, in Droit pénal des affaires en Europe*, a cura di GIUDICELLI-DELAGE Geneviève, Paris, PUF
- HANNIGAN Brenda (2003), *Company Law*, Oxford
- HANSMANN Henry e KRAAKMAN Reinier (2000), *The Essential Role of Organizational Law*, in *Yale Law Journal*, December, 387-440
- HAYTON David (1995), *Equity's Identification Rules*, in *Laundering and Tracing*, a cura di Peter BIRKS, Oxford
- HAYTON David, *Overview* (2002), in *Breach of Trust*, a cura di Peter BIRKS e Arianna PRETTO, Oxford, 379-400
- HEATON Russel (2006), *Criminal Law*, Oxford.
- IACOVIELLO Francesco Mauro (1995), *La responsabilità degli amministratori nella formazione di fondi occulti*, in *Cassazione penale*, 3561-3569
- JEANDIDIER Wilfrid (2005), *Droit pénal des affaires*, Paris, Dalloz
- JÍMENEZ SÁNCHEZ Guillermo J. (2008), *Nociones de derecho mercantil*, Marcial Pons, Madrid
- LA ROSA Emanuele (2007), *Infedeltà patrimoniale e procedibilità a querela: anche il singolo socio è persona offesa?*, in *Giurisprudenza commerciale*, II, 1041-1061
- LA SPINA Pierfrancesco (1998), *Questioni in tema di abusi patrimoniali degli amministratori di società (in occasione della pronunzia definitiva sulle responsabilità penali di Sergio Cusani)*, in *Foro Italiano*, II, 517 e ss.
- LARGUIER Jean (1980), *Droit pénal des affaires*, Librairie Armand Colin, Paris
- LARGUIER Jean e LARGUIER Anne-Marie (1996), *Droit pénal spécial*, Paris, Dalloz
- LAW Jonathan (a cura di) (2006), *Oxford Dictionary of Law*, 6th edition, Oxford
- LEMME Fabrizio (2005), *Commento a Cass. pen. Sez. V, 27 maggio 2003, n. 23241*, in *Le Società*, fascicolo 6, 750-752
- LEPAGE Agathe, MAISTRE DU CHAMBON Patrick, SALOMON Renaud(2008), *Droit pénal des affaires*, Paris, LexisNexis Litec
- LOMBARDO Margherita (2006), *Commento a Cass. pen. Sez. II, 10 novembre 2005, n. 10175*, in *Giurisprudenza Italiana*, fascicolo luglio, 1480-1482

- LOMBARDO Margherita (2006), *Commento a Cass. pen. Sez. II, 10 novembre 2005, n. 10175*, in *Giurisprudenza Italiana*, fascicolo luglio, 1480-1482.
- LOWRY John & DIGNAM Alan (2008), *Company Law*, Oxford University Press
- LOWRY John e EDMUNDS Rod, Excuses (2002), in *Breach of Trust*, a cura di Peter BIRKS e Arianna PRETTO, Oxford, 269-295
- LUMINOSO Angelo (2007), *Il conflitto di interessi nel rapporto di gestione, (Relazione al convegno "il conflitto di interessi nei rapporti di gestione e di rappresentanza", Università di Pavia, Pavia, 13-14 ottobre 2006)*, in *Rivista di diritto civile*, 6, 739-768
- LUPOI Maurizio (2007), *Conflitto di interessi del fiduciario e obbligo di "account"*, in *Trusts e attività fiduciarie*, gennaio 71-81
- LUPOI Maurizio (2006), *Fides, fiducia e trust nella cornice delle situazioni affidanti*, in *Le situazioni affidanti*, Giappichelli, Torino, 1-13
- LUPOI Maurizio, *Trusts* (2001), Milano, Giuffrè
- LUZÓN PEÑA Diego-Manuel & ROSO CAÑADILLAS Raquel (2008a), *Administración Desleal*, in BOIX REIG Javier (Dir.) & LLORIA GARCÍA Paz (Coord.), *Diccionario de Derecho Penal económico*, Madrid, Iustel, 29-67.
- LUZÓN PEÑA Diego-Manuel & ROSO CAÑADILLAS Raquel (2008b), *Concurso entre apropiación indebida y administración desleal*, in BOIX REIG Javier (Dir.) & LLORIA GARCÍA Paz (Coord.), *Diccionario de Derecho Penal económico*, Madrid, Iustel, 181-203
- MACCARI Anna Lisa (2002), *Infedeltà patrimoniale*, in *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, a cura di GIUNTA Fausto, Giappichelli, Torino, 149-167
- MAFFEIS Daniele (2003), *Il nuovo conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni e di società a responsabilità limitata: (alcune) prime osservazioni*, in *Rivista di diritto privato*, n. 3, 517-539
- MAFFEIS Daniele (2002), *Conflitto di interessi nel contratto e rimedi*, Milano, Giuffrè
- MAFFEIS Daniele (2004), *Il "particolare rigore" della disciplina del conflitto di interessi nelle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società di capitali*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1053-1078
- MAGNANENSI Simona (1997), *L'intervento del diritto penale in materia economica: tecniche di tutela degli interessi protetti*, in *Diritto penale delle società*, vol. 5, *Trattato teorico pratico delle società*, a cura di SCHIANO DI PEPE Giorgio, Milano, Ipsoa, 3-16
- MAGNO Daniele (2001), *Il conflitto di interessi e l'abus de droit nel diritto societario francese*, in *Archivio CERADI*
http://www.archivoceradi.it/issidocuments/archivoceradi/impresa/corporate/confitto_magno.pdf
- MAGRI Piero (2007), *I delitti contro il patrimonio mediante frode*, Tomo II, in *Trattato di diritto penale – Parte speciale*, diretto da Giorgio MARINUCCI e Emilio DOLCINI, Milano, Giuffrè
- MALAVASI Marcello (2008), *I nuovi reati societari*, Torino, Utet
- MANGANO Pompeo (1989), *L'infedeltà patrimoniale degli amministratori nei gruppi di imprese*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*,

1003-1017

- MANNA Adelmo (2003), *Dalla riforma dei reati societari alla progettata riforma dei reati fallimentari*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 677-717
- MANNA Adelmo (2004a), *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, in *Itinerari di Diritto Penale*, Torino, Giappichelli
- MANNA Adelmo (2004b), *Nuove prospettive sulla diffamazione a mezzo stampa: i profili di diritto penale sostanziale*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, gennaio-febbraio, 1-19
- MANTOVANI Ferrando (1989), *Delitti contro il patrimonio*, *Diritto penale. Parte speciale*, Padova, CEDAM
- MANTOVANI Ferrando (2001), *Diritto penale, Parte generale*, quarta edizione, Padova, CEDAM
- MANZINI Vincenzo (1948), *Diritto penale*, Tomo IX, II edizione, Torino, Utet
- MARANO Pierpaolo (1996), *Sull'astensione degli amministratori di società di capitali*, in *Giurisprudenza commerciale*, 04, 622-629
- MARCHETTI Carlo (2004), *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni: i modelli di definizione di un problema in un'analisi economica comparata*, in *Giurisprudenza commerciale*, Giuffrè, 6, 1229 e ss.
- MARINI Consuelo (2008), *L'omessa comunicazione del conflitto di interessi*, in *La tutela del risparmio nella riforma dell'ordinamento finanziario*, a cura di DE ANGELIS Lorenzo e RONDINONE Nicola, Torino, Giappichelli, 605-617
- MARINI Consuelo (2008), *Soggetti attivi e procedibilità a querela del reato di infedeltà patrimoniale ex art. 2634 c.c., (nota a ord. c. cost. 19 dicembre 2006, n. 437)*, in *Le Società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, , 1, 109-115
- MARINUCCI Giorgio & PALIERO Carlo Enrico (2005), *Tutela del risparmio: soluzioni a metà sul nuovo assetto dei reati societari*, in *Guida al Diritto, Il Sole 24 ore*, n. 11, 13-14
- MARINUCCI Giorgio (2008), *Diritto penale dell'impresa: il futuro è già cominciato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, 2008, 1465-1483
- MARINUCCI Giorgio e DOLCINI Emilio (2004), *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, Giuffrè
- MARINUCCI Giorgio e ROMANO Mario (1971), *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in *Diritto penale delle società commerciali*, a cura di NUVOLONE Pietro, Milano, Giuffrè, 93-118
- MARTIELLO Gianfranco (2004), *Nota a Cass. pen. Sez. V, 7 ottobre 2003, n. 1236*, in *Studium Iuris*, fascicolo 3, 400-401
- MARTÍNEZ BUJAN PEREZ Carlos (1998), *Derecho penal económico*, Valencia, 270
- MARTÍNEZ BUJAN PEREZ Carlos (2001), *El delito societario de administración desleal*, Valencia, Tirant Lo Blanch
- MASUCCI Massimiliano (2004), *Vantaggi del gruppo e dell'impresa collegata nel governo penale degli abusi di gestione*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Penale*, 656, 885-923

- MASUCCI Massimiliano (2006), *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio nella disciplina penale dei gruppi di società*, Jovene, Napoli.
- MASULLO Maria Novella (2003), 2634, in *Le leggi penali d'udienza*, a cura di PADOVANI Tullio, Milano, Giuffrè, 1304-1314
- MAZZACUVA Nicola (2003), *Gli artt. 2634 e 2635 c.c.: Diritto penale 'simbolico' o necessaria 'frammentarietà' dell'intervento punitivo*, in *La corruzione tra privati, esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, a cura di ACQUAROLI Roberto e FOFFANI Luigi, Milano, Editore, 349-353
- MEDINA Annie (2001), *Abus des biens sociaux: Prévention, Détection, Poursuite*, Paris, Dalloz
- MESTRE Jacques, VELARDOCCHIO Dominique, BLACHARD-SEBASTIEN Christine (2000), *Lamy Sociétés commerciales*, Paris, Lamy
- MEZZETTI Enrico (1990), *L'appropriazione indebita nell'abuso di fido bancario*, in *La Giustizia penale*, fascicolo 4, 193 - 204
- MEZZETTI Enrico (2004) *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario. Spunti critici su ratio dell'incriminazione e bene giuridico tutelato*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 1, 193-241
- MIEDICO Melissa (2002a), *I reati societari in Germania*, in *Il nuovo diritto penale delle società* a cura di ALESSANDRI Alberto, Milano, IPSOA, 533-558
- MIEDICO Melissa (2002b), *I reati societari nel codice penale spagnolo del 1995*, in *Il nuovo diritto penale delle società* a cura di ALESSANDRI Alberto, Milano, IPSOA, 559-584
- MILANI Orsola (2004), *La nuova disciplina dei reati societari: problemi di diritto intertemporale*, in *dircomm.it il diritto commerciale oggi*, III.7-8. <<http://www.dircomm.it/2004/n.7.8/03.html>>
- MILANI Orsola (2006), *La riforma del risparmio: aspetti penalistici*, in *dircomm.it il diritto commerciale oggi*, V.2. <<http://www.dircomm.it/2006/n.2/02.html>>
- MILITELLO Vincenzo (2003), *Corruzione tra privati e scelte di incriminazione: le incertezze del nuovo reato societario*, in *La corruzione tra privati, esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, a cura di ACQUAROLI Roberto e FOFFANI Luigi, Milano, Giuffrè, 355-375
- MILITELLO Vincenzo (1989), *Aspetti penalistici dell'abusiva gestione nei gruppi societari: tra appropriazione indebita ed infedeltà patrimoniale (Nota a App. Roma 23 giugno 1988)*, in *Foro italiano*, 7-8, 421 – 439
- MILITELLO Vincenzo (1989), *Gruppi di società e diritto penale nell'esperienza francese*, in *Rivista delle Società*, 4, 729 – 798
- MILITELLO Vincenzo (2000), *Infedeltà patrimoniale e corruzione nel futuro del diritto societario*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 905-925
- MILITELLO Vincenzo (2002), *L'infedeltà patrimoniale (art. 2634)*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di GIARDA Angelo e SEMINARA Sergio, Padova, CEDAM, 471-491
- MINERVINI Gustavo (2006), *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2, 147-166

- MITHCELL Charles, *Assistance*, in *Breach of Trust*, a cura di Peter BIRKS e Arianna PRETTO (2002), Oxford, 139-212.
- MOLAN Michael (2001), *Sourcebook on Criminal Law*, London, Cavendish Publishing
- MOLLE Giacomo & DESIDERIO Luigi (2005), *Manuale di diritto bancario e dell'intermediazione finanziaria*, VII edizione, Milano, Giuffrè
- MONTALENTI Paolo (1995), *Conflitto di interessi nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giurisprudenza commerciale*, 710 e ss.
- MONTALENTI Paolo (1999), *Operazioni infragruppo e vantaggi compensativi: l'evoluzione giurisprudenziale*, *Nota a Cass. civ. Sez. I, 5 dicembre 1998*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2318 e ss.
- MONTALENTI Paolo (2004a), *Il conflitto di interessi nella riforma del diritto societario*, in *Rivista di Diritto Civile*, 243-255
- MONTALENTI Paolo (2004b), *La società quotata*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da COTTINO Gastone, Padova, CEDAM, vol. IV
- MOYA JIMÉNEZ Antonio (2007), *La responsabilidad penal de los administradores: delitos societarios y otras formas delictivas*, Barcellona, Bosch
- MUCCIARELLI FRANCESCO (1995), *Speculazione mobiliare e diritto penale*, Milano, Giuffrè.
- MUCCIARELLI Francesco (2002), *Il ruolo dei «vantaggi compensativi» nell'economia del delitto di infedeltà patrimoniale degli amministratori*, in *Giurisprudenza commerciale*, fascicolo 5, 630-634
- MUCCIARELLI Francesco (2005), *L'abuso di informazioni privilegiate: delitto e illecito amministrativo*, in *Diritto penale e processo*, n. 12, 1465-1474
- MUSCO Enzo (1994), *La società per azioni nella disciplina penalistica*, in *Trattato delle società per azioni, Profili internazionalprivatistici e profili penalistici*, diretto da COLOMBO E PORTALE
- MUSCO Enzo (2004), *I nuovi reati societari*, seconda edizione, Milano, Giuffrè Editore
- NAPOLEONI Valerio (1992), *Infedeltà ed abusi di potere*, Milano, Giuffrè
- NAPOLEONI Valerio (2005), *Geometrie parallele e bagliori corruschi del diritto penale dei gruppi (bancafallita infragruppo, infedeltà patrimoniale e «vantaggi compensativi»)*, in *Cassazione penale*, fascicolo 12, 3787-3815
- NAPOLEONI Valerio (2009), *Le mariages qui a mal tourné: lo strano caso dell'infedeltà patrimoniale e della bancafallita da reato societario*, in *Cassazione penale*, 2009 fasc. 1, 294-314
- NEPPI MODONA Guido (1988), *Condizioni obiettive di punibilità*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. VII, Milano, Giuffrè
- NIETO MARTÍN Adán (2004), *El programa político-criminal del Corporate Government (Derecho penal de la empresa y gobierno corporativo)*, in *Revista de derecho y proceso penal*, 11, 259-284
- NUVOLONE Pietro (1941), *L'infedeltà patrimoniale nel diritto penale*, Milano, Giuffrè
- NUVOLONE Pietro (1971), *Voce: Infedeltà patrimoniale*, in *Enciclopedia del*

- diritto*, vol. XXI Milano, 440-460
- ORMEROD David, HUW WILLIAMS David (2007), *Smith's Law of Theft*, Oxford University Press
- PAGLIARO Antonio (1995), *Límites a la unificación del Derecho Penal Europeo*, in *Hacia un derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann, 14-17 de octubre 1992*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 689-696
- PAGLIARO Antonio (2003), *Delitti contro il patrimonio. Principi di diritto penale, parte speciale, volume III*, Milano, Giuffrè
- PALIERO Carlo Enrico (2006), *La riforma della riforma penale del risparmio: continuità e fratture nella politica criminale in materia economica*, in *Il corriere del merito*, n. 5, 615-619
- PALMIERI Renato (2006), *Tutela del risparmio: riflessi penali sulla materia societaria*, in *Diritto e Pratica delle Società, Il Sole 24 Ore*, n. 4, marzo, 6-18
- PANNAIN Remo (1946), *Il possesso nel diritto penale*, Roma, Edizioni della Bussola
- PANZANI Luciano (2005), *Le linee guida della riforma della tutela del risparmio. Introduzione al dibattito*, in *Le Società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n. 3, 277-280
- PANZIRONI Valeria (2003), *Il conflitto di interessi dell'amministratore di s.p.a. nell'elaborazione di dottrina e giurisprudenza*, in Archivio CERADI <http://www.archivioceradi.luiss.it/documenti/archivioceradi/impresa/corporate/Valeria_conflitto.pdf>
- PANZIRONI Valeria (2004), *Interventi correttivi per la tutela del risparmio in materia di diritto societario*, in Archivio CERADI, (Materiale elaborato dal gruppo di lavoro del Centro di ricerca per il diritto d'impresa per l'audizione del direttore del centro, Febbraio 2004) <<http://www.archivioceradi.luiss.it/documenti/archivioceradi/impresa/banca/febbraio/Riformasoc-Panzironi.pdf>>
- PEDRAZZI Cesare (1953), *Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 529-583
- PEDRAZZI CESARE (1997), *Sui limiti dell'"appropriazione"*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, 1435 e ss.
- PEDRAZZI Cesare (2000), *Manuale di diritto penale dell'impresa*, seconda edizione aggiornata, Bologna, Monduzzi
- PEDRAZZI Cesare (2001), *In memoria del "falso in bilancio"*, in *Rivista delle società*, fascicolo 6, 1369-1373
- PEDRAZZI Cesare (2002), *Prefazione a Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di ALESSANDRI Alberto, Milano, IPSOA, XIX-XXIV
- PEDRAZZI Cesare (2003), *Appropriazione indebita*, in *Diritto Penale, II, Scritti di parte speciale. Reati contro il patrimonio, delitti contro la pubblica amministrazione*, vol 32, Milano, Giuffrè, 297-337
- PENNER James, Exemptions (2002), in *Breach of Trust*, a cura di BIRKS Peter e PRETTO Arianna, Oxford, 241-268

- PERINI Andrea (2006), *La legge sul risparmio: prima lettura delle modifiche apportate alla disciplina della responsabilità degli enti di cui al d.lgs. n. 231/2001*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*. <<http://www.rivista231.it/Pagine/Pagina.asp?Id=13>>
- PERINI Andrea (2006), *Prime osservazioni sui profili penali della nuova legge sul risparmio*, in *Giurisprudenza italiana*, 875-879
- PERONE Gianluca (2000), *Sub. Art. 2391*, in *Codice civile ipertestuale*, a cura di Bonilini, Confortini, Granelli, Torino, Utet, 3873-3878
- PETROCELLI Biagio (1933), *L'appropriazione indebita*, Napoli, Morano
- PHILLIPS Edward, WALSH Charlotte, DOBSON Paul(2001), *Law Relating to Theft*, London, Cavendish Publishing
- PIOVESAN Enrica (2007), *Orientamenti giurisprudenziali della Corte Cassazione in materia di infedeltà patrimoniale. Problemi e soluzioni prospettate sul tema della specialità reciproca con l'appropriazione indebita. Commento a Cassazione, Sez. II, 26 ottobre 2005 (dep. 10 novembre 2005) n. 10175*, in *Dialoghi*, Cedam, luglio-dicembre, 137-167
- PRINCIPE ANGELA (2008), *Il controllo giudiziario nel governo societario, Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, Giuffrè
- PULITANÒ Domenico (2002), *Problemi di diritto intertemporale*, in *Il nuovo diritto penale delle società* a cura di ALESSANDRI Alberto, Milano, IPSOA, 112-122
- QUINTERO OLIVARES Gonzalo (2006), *Fraudes y defraudaciones ante una reforma del código penal*, in *La reforma del Código Penal tras 10 años de Vigencia*, Aa.Vv., Centro de Estudios Jurídicos, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 81-102.
- RAINONE Valeria (2006), *Il delitto di infedeltà patrimoniale tra modernità e post-modernità penalsitica*, in *Banca borsa e titoli di credito*, fascicolo 4, 440-468
- REBUT Didier (2002), *Abus de biens sociaux*, in *Répertoire Dalloz de droit pénal*, Recueil, V Sociétés, paragrafi 1-230
- REBUT Didier (2005), *L'abus de biens sociaux*, en *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Dalloz, 2, 331-333
- REBUT Didier (2005), *L'abus de biens sociaux par abstention*, in *Recueil Dalloz*, 1290-1293
- REBUT Didier (2006), *Infractions relevant du droit des sociétés*, in *Revue de Science criminelle et de droit Pénal Comparé (RSC)*, Dalloz, n. 2, 331-333
- RENUCCI Jean-François & CARDIX Michel (1998), *L' Abus de biens sociaux, Que sais-je?*, Paris, PUF
- RENUCCI Jean-François (1998), *Abus de biens sociaux*, in *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 773-777
- RIBAS FERRER Vicenç (2004), *Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades*, tesi di dottorato, inedita
- RIONDATO Silvio (1996), *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, CEDAM
- RIONDATO Silvio (1997), *Profili di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*

- dell'economia («influenza», poteri del giudice penale, questione pregiudiziale ex art. 177 T. CE, questioni di costituzionalità), in Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia, fascicolo 4, 1135-1173*
- RODRÍGUEZ RAMOS Luis (1999), *La administración desleal del Artículo 295 del código penal*, in *Cuadernos de derecho judicial: la administración desleal*, a cura di BACIGALUPO ZAPATER Enrique, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 33-46
- RODRÍGUEZ RAMOS Luis (2001), *Secundariedad del derecho penal económico*, Madrid, Colex
- RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO Gonzalo (1999), *El bien jurídico protegido en los delitos societarios con especial referencia a la administración desleal*, in BACIGALUPO ZAPATER Enrique, *La administración desleal, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 11-31
- ROMANO Mario (1967), *Profili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di S.p.A., Raccolta studi di diritto penale*, Milano, Giuffrè
- RUBIO LARA Pedro Ángel (2006), *Parte especial de derecho penal económico español (una aproximación al estado de la cuestión en la Doctrina y Jurisprudencia españolas)*, Madrid, Dykinson
- SACCHI Roberto (2002), *Conclusioni all'articolo di MUCCIARELLI in Giurisprudenza commerciale*, fascicolo 5, 634-639
- SALAFIA Vincenzo (2006), *La legge sul risparmio, Le società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n.2, 137-144
- SALANITRO Niccolò (2003), *Gli interessi degli amministratori nelle società di capitali*, in *Rivista delle società*, 1, 47 e ss.
- SALINGER Lawrence M. (2004), (a cura di), *Encyclopedia of White-Collar & Corporate Crime*, Thousand Oaks, Sage publications
- SAMORÌ Samuele (1990), *Conflitto di interessi ed illeciti rapporti patrimoniali*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, a cura di Mazzacova Nicola, Padova, CEDAM, vol. II, 255-264
- SANDRELLI Gian Giacomo (2009), *Fallimento e vantaggi compensativi: due termini difficilmente compatibili. Commento a Cass. Pen., sez. V, 22 ottobre 2008, n. 39564*, in *Il Fallimento*, 3, 313-323
- SANDRELLI Giangiacomo (2005), *L'infedeltà patrimoniale a seguito di dazione o promessa*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di AMBROSINI Stefano, 2005, Torino, Giappichelli, vol. II, 518-521
- SANDRELLI GIANGIACOMO (2005), *L'infedeltà patrimoniale*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di Ambrosini Stefano, Torino, Giappichelli, vol. II, 488-517
- SANTAGATA Renato (2009), *Interlocking directorates ed interessi degli amministratori di società per azioni*, in *Rivista delle Società*, n. 2-3 marzo-giugno, 310-346
- SANTORIELLO Ciro (2003), *Il nuovo diritto penale delle società*, Torino, Utet
- SANTOSUOSSO Daniele U. (2003), *Il nuovo diritto societario, I principi della legge delega e le linee guida della riforma*, Milano, Giuffrè Editore, supplemento

al fascicolo 9/2003 di Diritto & Giustizia

- SANZ HERMIDA Ágata Maria (2004), *El futuro espacio europeo de justicia penal*, *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, CEDAM, vol. 50, n. 1-2 gennaio-giugno 2004, 253-263
- SCIUMBATA Gabriele (2008), *I reati societari*, Milano, Giuffrè
- SCÒPESI Enrico (1997), *Enti soggetti alle norme di diritto penale societario*, in *Diritto penale delle società*, vol. 5, *Trattato teorico pratico delle società*, Milano, Ipsoa, 17-21
- SCOPINARO Lucia (2003), *Infedeltà*, in *Diritto penale delle società*, vol. 5, *Trattato teorico pratico delle società*, a cura di SCHIANO DI PEPE Giorgio, Milano, Ipsoa, II edizione, 279-331
- SCOTTI CAMUZZI Sergio (2007), *I conflitti di interessi fra intermediari finanziari e clienti nella direttiva Mifid*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2, 121-132
- SCHIAVANO Giovanni (2004), *Riflessioni sull'infedeltà patrimoniale societaria*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 815 - 837
- SCHIAVANO Giovanni (2005), *Società. Reati societari. Bancarotta fraudolenta per infedeltà patrimoniale. Non ingiustizia del profitto di società collegata o del gruppo. Esclusione del reato. Condizioni*, (*Osservazioni a cass. sez. v pen. 18 febbraio 2005*), in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1-2, 563-564
- SCHLESINGER Piero (2005), *L'approvazione tempestiva della riforma della disciplina del risparmio rimane ancora incerta*, in *Il corriere giuridico: mensile di giurisprudenza, legislazione e opinione*, IPSOA, n. 12, 1633-1635
- SCHÜNEMANN Bernd (2002), *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Madrid, Tecnos
- SCHÜNEMANN Bernd (2004), *Organuntreue, Das Mannesmann-Verfahren als Exempel?*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag
- SEALY Len and WORTHINGTON Sarah (2008), *Cases and Material in Company Law*, 8th edition, Oxford
- SEMINARA Sergio (1998), *Appunti in tema di sanzioni penali nella legge sulla privacy*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 911-919
- SEMINARA Sergio (2004), *Considerazioni penalistiche sul disegno di legge in tema di tutela del risparmio*, in *Diritto penale e processo*, n. 4, 503-511
- SEMINARA Sergio (2005), *Note sul reato di illeciti rapporti patrimoniali tra dirigenza e banca (art.136, t.u.b.)*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, vol. LVIII, maggio-giugno 2005, 238-252
- SEMINARA Sergio (2006), *Nuovi illeciti penali e amministrativi nella legge sulla tutela del risparmio*, in *Diritto penale e processo*, n. 5, 549-563
- SIEBER Ulrich (1995), *Estado de la evolución y perspectivas del Derecho Penal Económico europeo*, in *Hacia un derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, 14-17 de octubre 1992, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 601-620
- SMITH A.T.H. (2001), *Theft or sharp practice: who cares now?*, in *The Cambridge Law Journal*, Volume 60, Issue 01, Mar 2001, 1-58

- SMITH A.T.H. (2004), *Criminal Law: The Future*, in *Criminal Law Review*, 50th Anniversary Edition, Thomson, London, 183-192
- SMITH John Cyril & HOGAN Brian (1993), *Criminal Law: cases and materials*, London Butterworths
- SMITH Lionel (1997), *The Law of Tracing*, Oxford University Press
- SMITH Lionel (1999), *Constructive trusts and constructive trustees*, in *Cambridge Law Journal*, 58(2), July, 294-302
- SMITH Lionel (2002), *Transfers*, in *Breach of Trust*, a cura di Peter BIRKS e Arianna PRETTO, Oxford, 111-138
- SPIOTTA Marina (2006), *Limiti al potere di gestione e conflitto di interessi: brevi note alla luce della riforma del diritto societario*, in *Giurisprudenza italiana*, 10, 1864-1867
- STALLA Giacomo (2005), *I reati societari come presupposto della responsabilità amministrativa delle società: aspetti comuni e differenze rispetto alla disciplina fondamentale del decreto legislativo 231/01, Relazione tenuta all'incontro di studi organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura in Roma l'11 marzo 2005*, in *Rivista 231, dicembre 2005*, <<http://www.rivista231.it/Pagine/Pagina.asp?Id=15>>
- STORTONI Luigi (1976), *L'abuso di potere nel diritto penale*, Milano, Giuffrè
- SWADLING William (2002), *Limitation*, in *Breach of Trust*, a cura di Peter BIRKS e Arianna PRETTO, Oxford, 319-352
- TICEHURST Rupert (2006), *Equity Under Attack?*, in *Trust e attività fiduciarie*, ottobre, 4, 520-523
- TIEDEMANN Klaus (1998), *L'europeizzazione del diritto penale*, traduzione italiana a cura di BERNARDI Anna Valentina, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3-21
- TOSATO Lorenza (2007), *Art. 2629-bis, Omessa comunicazione del conflitto di interessi*, in LANZI Alessio e CADOPPI Alberto, *I reati societari: commentario aggiornato alla legge 28 dicembre 2005 n. 262 sulla tutela del risparmio*, Padova, CEDAM, 140-145
- TROYER Luca (2004), *L'infedeltà patrimoniale al vaglio della giurisprudenza*, in *Rivista dei dottori commercialisti*, 1, 162-164
- TROYER Luca (2007), *Abusi del patrimonio sociale, tutela delle minoranze e resilienza dell'ordinamento giuridico (parte II)*, in *Rivista dei dottori commercialisti*, 5, 915-926
- VENEZIANI Paolo (1997), *Beni giuridici protetti e tecniche di tutela penale nella nuova legge sul trattamento dei dati personali*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 135-181
- VENEZIANI Paolo (2000), *I beni giuridici tutelati dalle norme penali in materia di riservatezza informatica e disciplina dei dati personali*, in *Indice penale*, fascicolo 1, 139-148
- VENTORUZZO Marco (2005), *Articolo 2391. Interessi degli amministratori*, in *Amministratori*, a cura di GHEZZI, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da MARCHETTI, Milano, Egea, 423-499
- VERON Michel (2008), *Droit pénal spécial*, 12° edizione, Paris, Dalloz

- VIETTI Michele (2005), *La tutela del risparmio e la riforma del diritto societario*, in *Le Società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n. 3, 286-290
- VINCIGUERRA Sergio e JESCHECK Hans-Heinrich (2003), *Il Codice penale tedesco*, seconda edizione aggiornata, Padova, CEDAM
- VISCONTI Costantino (1998), *Fondi extrabilancio, distrazione appropriativa e tutela giurisprudenziale della fiducia (Nota a Cass. 4 aprile 1997, Bussei)*, in *Foro Italiano*, II, 542-552
- VITALI Matteo (2007), *L'approvazione del Companies Act 2006*, in *Rivista delle società*, 2-3, 649-652
- VITALI Matteo (2008), *I doveri degli amministratori e la protezione degli azionisti alla luce del nuovo diritto societario inglese*, in *Rivista delle società*, 1, 210-251
- WEIGMANN Roberto (2005), *Nota a Cass. civ. Sez. I, 24 agosto 2004, n. 16707*, in *Giurisprudenza Italiana*, 72 e ss.
- ZAMBUSI Angelo (2005), *L'infedeltà patrimoniale interna degli operatori bancari*, Padova, CEDAM
- ZAMPERETTI Giorgio Maria (2005a), *Il «nuovo» conflitto di interessi degli amministratori di s.p.a.: profili sparsi di fattispecie e di disciplina*, in *Le società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n.9, 1085-1092
- ZAMPERETTI Giorgio Maria (2005b), *Il dovere di informazione endoconsigliare degli amministratori di s.p.a.*, in *Le società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n.12, 1465-1478
- ZAMPERETTI Giorgio Maria (2005c), *Il conflitto di interessi degli amministratori*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di AMBROSINI Stefano, Torino, Giappichelli, vol. I, 230-244
- ZANNOTTI Roberto (2006), *Il nuovo diritto penale dell'economia*, Milano, Giuffrè
- ZANNOTTI Roberto (2008), *Il nuovo diritto penale dell'economia*, II edizione, Milano, Giuffrè
- ZANOTTI Marco (1995), *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Vol. X, Torino, Utet, 534-551
- ZUCCALÀ Giuseppe (1961), *L'infedeltà nel diritto penale*, Padova, CEDAM
- ZUCCALÀ Giuseppe (2001), *La pretesa lesività delle condotte infedeli come offesa a un c.d. bene strumentale*, in *Il diritto penale dell'impresa*, a cura di CONTI Luigi, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da GALGANO Francesco, Padova, CEDAM