

# GIURISPRUDENZA PENALE D'IMPRESA

a cura di GIANMARIA CHIARAVIGLIO e LUCA TROYER

*Società — Interesse di gruppo — Reati fallimentari (art. 2634 c.c.).*

Non è sufficiente, al fine di escludere la riconducibilità di un'operazione di diminuzione patrimoniale senza apparente corrispettivo ai fatti di distrazione o dissipazione incriminabili, la mera ipotesi della sussistenza dei vantaggi compensativi, ma occorre che gli ipotizzati benefici indiretti della fallita risultino, non solo effettivamente connessi ad un vantaggio complessivo del gruppo, ma altresì idonei a compensare efficacemente gli effetti immediatamente negativi dell'operazione compiuta: in guisa tale da non renderla capace di incidere (perlomeno nella ragionevole previsione dell'agente) sulle ragioni dei creditori della società. Le valutazioni afferenti alla conduzione del gruppo nel suo insieme non possono mai comportare che vengano in tal modo pregiudicati ingiustificatamente gli interessi delle singole società e, per quel che precipuamente rileva ai fini dei reati fallimentari, dei creditori di ciascuna di loro: il pregiudizio arrecato alla singola società non può, dunque, ritenersi « compensato » nell'ambito di una vicenda concorsuale da un vantaggio di altra società del gruppo, neppure se si tratta della controllante, giacché può riconoscersi valore compensativo solo al vantaggio che refluisca sulla società cui affinisce l'atto dispositivo. L'eventualità che un atto lesivo del patrimonio della società trovi compensazione nei vantaggi derivanti dall'appartenenza al gruppo non può essere posta in termini meramente ipotetici, ma occorre che l'amministratore ne dia una prova. Non può, viceversa, sostenersi che la mera appartenenza della società ad un gruppo renda plausibile l'esistenza dei « benefici compensativi ».

Cass. pen., Sez. V, 24 maggio 2006 (dep. 7 novembre 2006), n. 36764, massima non ufficiale, sent. pubblicata da *Juris data online*, Milano.

\* \* \*

*Infedeltà patrimoniale — Fattispecie penale della infedeltà patrimoniale di cui all'art. 2634 c.c. — Soggetto passivo del reato — Legittimazione a proporre querela.*

La nuova fattispecie penale della infedeltà patrimoniale di cui all'art.

2634 c.c. è posta a tutela del patrimonio sociale e, quindi non vi è dubbio che parte lesa di tale reato sia la società stessa. Tuttavia la condotta dell'amministratore infedele è diretta a danneggiare certamente la società, ma principalmente i soci o quotisti della stessa che per la infedele attività dell'amministratore vedono depauperarsi il proprio patrimonio. In siffatta situazione non può negarsi al singolo socio di diritto di querelarsi contro il presunto responsabile della infedeltà proprio perché deve allo stesso riconoscersi non solo la qualifica di danneggiato dal reato, ma anche quella di vera e propria parte lesa, qualifica che consente la proposizione della querela ai sensi dell'art. 120 c.p.

Cass. pen., Sez. V, 16 giugno 2006, n. 37033, Pres. Nardi, Rel. Marasca, ric. S.N., massima non ufficiale, sent. pubblicata da *Juris data online*, Milano, Giuffrè.

\* \* \*

*Società — Infedeltà patrimoniale — Fallimento — Profitto della società collegata o del gruppo in relazione ai vantaggi conseguiti o fondatamente prevedibili derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo (art. 2634, comma 3, c.c.).*

Il collegamento operativo o di controllo tra diverse società ha natura meramente economica e non scalfisce il principio di autonomia della singola persona giuridica, soprattutto nel contesto concorsuale: pertanto, l'unico referente per apprezzare il pregiudizio sotteso dal delitto è il ceto creditorio relativo all'organismo dichiarato insolvente. È, peraltro, necessario ai fini dell'applicazione della fattispecie di cui all'art. 2634, comma 3, c.c., una precisa e compiuta dimostrazione del vantaggio derivato alla fallita.

Cass. pen., Sez. V, 19 dicembre 2006 (dep. 23 gennaio 2007), Pres. Nardi, Rel. Sandrelli, ric. V. e altri, massima non ufficiale, sent. inedita.

\* \* \*

### **Abusi del patrimonio sociale, tutela delle minoranze e resilienza dell'ordinamento giuridico (parte I) (di LUCA TROYER).**

1. Gli abusi dei poteri amministrativi o di controllo nell'esercizio dell'attività economica in forma di impresa collettiva, costituiscono un fenomeno di assoluto rilievo nelle società capitalistiche, stante l'inevitabile processo storico di dissociazione tra proprietà e controllo della ricchez-

za<sup>(1)</sup>, e la constatazione che nell'economia — ormai globalizzata — di mercato « *molti manager spesso perseguono i propri obbiettivi ed interessi piuttosto che quelli della società e dei suoi azionisti* »<sup>(2)</sup>, Come ha recentemente notato un illustre studioso « *Il conflitto di interessi è connaturato al capitalismo finanziario* »<sup>(3)</sup>.

Nel nostro ordinamento, tuttavia, differentemente da gran parte degli ordinamenti stranieri, nonostante la dottrina ne avesse segnalato l'esigenza sin dagli anni '40 del secolo scorso<sup>(4)</sup>, il legislatore si è inspiegabilmente disinteressato del fenomeno sino alla recente riforma del diritto penale societario.

Anteriormente a tale riforma, infatti, esisteva solamente l'art. 2631 c.c., norma considerata unanimemente di scarsa efficacia applicativa e praticamente desueta nella prassi giudiziale<sup>(5)</sup>, in quanto si trattava di una norma di mera condotta, imperniata sulla statica contrapposizione di interessi personali dell'amministratore o di terzi estranei con l'intesse societario ed inoltre aveva come suo presupposto una preesistente situazione rigidamente tipizzata di conflitto, consistente nell'omessa astensione dal partecipare alla deliberazione del consiglio o del comitato ristretto<sup>(6)</sup>.

Successivamente era stato introdotto il reato di *gestione infedele*, dall'art. 38 del d.lgs. n. 415/1996, poi riprodotto dall'art. 167 del d.lgs. n. 58/1998, il c.d. Testo Unico sull'intermediazione finanziaria: si tratta, tuttavia, di una norma che si indirizza specificamente ai titolari del servizio di gestione di investimento su base individuale, ovvero del servizio di gestione collettiva del risparmio<sup>(7)</sup>.

---

(1) Si veda sul punto, G. MARINUCCI-M. ROMANO, *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in *Il diritto penale delle società commerciali*, ricerca diretta da P. NUVOLONE, Milano, Giuffrè, 1971, 114, nonché L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniali e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa*, Milano, 1997, 5.

(2) R. SABATINI, *L'Ocse promuove gli hedge found*, in *Il Sole 24 Ore*, inserto *Finanza & mercati*, 6 giugno 2007, 39.

(3) G. ROSSI, *Il conflitto epidemico*, Milano, Adelphi, 2003, 27.

(4) P. NUVOLONE, *L'infedeltà patrimoniale nel diritto penale*, Milano, 1941, 2, denunciava la « *profonda necessità sentita dalla coscienza giuridica di non affidare soltanto alle garanzie civili, spesso illusorie e inefficaci, il compito di assicurare dai più gravi abusi il patrimonio di coloro che, per necessità assoluta o contingente o per un apprezzabile criterio di utilità, devono lasciare in tutto o in parte ad altre persone la condotta dei loro affari* »; si veda inoltre il fondamentale contributo di C. PEDRAZZI, *Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1953, 580 ss.

(5) G. SANDRELLI, *L'infedeltà patrimoniale*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di S. AMBROSINI, Torino, 2005, vol. II, 489.

(6) E. MEZZETTI, *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, 194.

(7) « *Gestione infedele. - I. Salvo che il fatto costituisca reato più grave, chi,*

D'altra parte nella prassi veniva utilizzata la norma generale dell'*appropriazione indebita* (art. 646 c.p.) per reprimere le non infrequenti condotte di reato che non rientravano nel perimetro applicativo dell'art. 2631 c.c.

Tuttavia, poiché tale fattispecie di reato richiede che l'abuso del patrimonio sociale si risolva in una condotta appropriativa, la giurisprudenza aveva dilatato la nozione di appropriazione fino a comprendervi « ogni e qualsiasi destinazione latu sensu illegittima della cosa posseduta » suscitando così vivaci e giustificate critiche da parte della dottrina<sup>(8)</sup>.

Il d.lgs. n. 61/2002, peraltro in un contesto di destrutturazione<sup>(9)</sup> del diritto penale societario — ispirato ad un discutibile progetto di privatizzazione della tutela penale, che passa dalla protezione di « *macrobeni pubblicistici* » a beni di singoli soggetti o di categorie di individui a scapito dell'informazione e della trasparenza societaria<sup>(10)</sup> — ha introdotto due nuove fattispecie di reato che nelle dichiarate intenzioni del legislatore avrebbero dovuto colmare — finalmente — le evidenti lacune esistenti nella tutela penale del patrimonio societario.

Si tratta dell'*infedeltà patrimoniale*<sup>(11)</sup> (art. 2634 c.c.) e dell'*infedeltà*

---

*nella prestazione del servizio di gestione di portafogli di investimento su base individuale o del servizio di gestione collettiva del risparmio, in violazione delle disposizioni regolanti i conflitti di interesse, pone in essere operazioni che arrecano danno agli investitori, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, è punito con l'arresto da sei mesi a tre anni e con l'ammenda da € 5.164 a € 103.291 ».*

<sup>(8)</sup> Cfr. per tutti G. CHIARAVIGLIO, *Appropriazione indebita e infedeltà patrimoniale*, in questa *Rivista*, 2005, 1164.

<sup>(9)</sup> In proposito vale la pena di riportare le parole di G. ROSSI, *Il conflitto epidemico*, Milano, Adelphi, 2003, 67 e 68: « Questo non vuol dire che abbia senso l'opzione contraria, e cioè l'abolizione delle più rilevanti fattispecie di reati societari, a partire dal falso in bilancio. Del resto nessun legislatore occidentale lo pensa, a eccezione di quello italiano, che come si sa ha imboccato precisamente questa strada. Una decisione estremamente pericolosa soprattutto se si accompagna ad una riforma del diritto societario che umilia i diritti degli azionisti minoritari a favore degli amministratori e dei gruppi di controllo ».

<sup>(10)</sup> Così E. MEZZETTI, *L'infedeltà*, cit., 214.

<sup>(11)</sup> « Gli amministratori, i direttori generali e i liquidatori, che, avendo un interesse in conflitto con quello della società, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o altro vantaggio, compiono o concorrono a deliberare atti di disposizione dei beni sociali, cagionando intenzionalmente alla società un danno patrimoniale, sono puniti con la reclusione da sei mesi a tre anni.

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

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

a seguito di dazione o promessa di utilità<sup>(12)</sup> (art. 2635 c.c.) entrambi incentrate sull'abuso del potere e sulla violazione dei doveri inerenti alla carica societaria.

Il bene giuridico tutelato da entrambe tali nuove fattispecie è il patrimonio sociale ovvero, nel caso di beni posseduti dalla società per conto terzi ex art. 2634, comma 2, c.c., la ricchezza ad essa disponibile<sup>(13)</sup>.

2. Entrambi le fattispecie sono a soggettività propria e cioè possono essere compiute solo da un novero ristretto di soggetti predeterminati dal legislatore: Amministratori, direttori generali e liquidatori per la fattispecie di *infedeltà patrimoniale*.

Amministratori, direttori generali, dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, sindaci, liquidatori e responsabili della revisione per il reato di *infedeltà patrimoniale a seguito di dazione o promessa di utilità*.

La categoria dei « *dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari* » è stata introdotta nella norma di cui all'art. 2635 c.c. solo successivamente dall'art. 15, comma 1, lett. b), della legge 28 dicembre 2005, n. 262, la cosiddetta legge sul « risparmio », a fronte delle critiche avanzate in dottrina circa la limitazione della responsabilità agli organi sociali, quando invece normalmente sono proprio alcune categorie di dipendenti, nella pratica, i maggiori beneficiari di arricchimenti in frode agli interessi societari<sup>(14)</sup>. Tuttavia la novella normativa non risulta certo risolutiva, in quanto tra « *i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili* » non rientrano, per esempio, i direttori dell'ufficio acquisti, ovvero i direttori del comparto commerciale ed i direttori amministrativi.

D'altra parte l'inserimento è stato effettuato solo nella norma di cui all'art. 2635, probabilmente per il rilievo che non vi è in capo ai dipendenti un autonomo potere deliberativo, ovvero di attuazione dell'indirizzo:

---

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

<sup>(12)</sup> « *Gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci, i liquidatori e i responsabili della revisione, i quali, a seguito della dazione o della promessa di utilità, compiono od omettono atti, in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio, cagionando nocumento alla società, sono puniti con la reclusione sino a tre anni.*

*La stessa pena si applica a chi dà o promette utilità.*

*La pena è raddoppiata se si tratta di società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altri Stati dell'Unione europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell'articolo 16 del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998 n. 52 ».*

Si procede a querela della persona offesa.

<sup>(13)</sup> G. SANDRELLI, *L'infedeltà*, cit., 493.

<sup>(14)</sup> G. SANDRELLI, *ibidem*, 518.

rimane il fatto, tuttavia, che sono i dirigenti di società, nell'esperienza quotidiana, i maggiori accusati di condotte di slealtà: nella prassi anche tali dirigenti possono compiere atti di disposizione dei beni sociali in conflitto con gli interessi della società (per esempio l'acquisto da un fornitore parente o amico di beni o servizi eccedenti i prezzi di mercato).

Insieme ai soggetti attivi qualificati sono punibili anche coloro i quali hanno eseguito la dazione o promesso l'utilità.

3. La condotta punibile nel reato di infedeltà patrimoniale consiste innanzitutto nella deliberazione o anche solo nel compimento di un atto di disposizione di un bene sociale: tale duplice previsione risponde all'esigenza di colmare la lacuna esistente nella previgente fattispecie di *conflitto di interessi* (art. 2631 c.c. nella precedente formulazione), per la quale la sanzione era applicabile solo all'omessa astensione dalla partecipazione alle deliberazioni del consiglio, e dunque, in concreto, risultava applicabile solo alle società in cui vi fossero organi collegiale e non invece in quelle — assai diffuse nel settore della piccola e media impresa — in cui vi fosse un amministratore unico.

Non è più prevista la rilevanza dei meri comportamenti omissivi, come nella previgente disciplina: si pensi ad esempio al caso della mancata richiesta giudiziale di prestazione dovuta verso il debitore, persona legata all'autore da vincoli di parentela od interesse, ovvero la mancata interruzione della prescrizione di un diritto della società, oppure, infine, l'omesso doveroso intervento per interrompere l'atto lesivo per la società posto in essere da un soggetto legato all'autore del fatto<sup>(15)</sup>. Si tratta di casi tutt'altro che infrequenti, ma il legislatore, con una decisione conforme a quanto a suo tempo concluso, dopo lunghi dibattiti, dalla Commissione Mirone<sup>(16)</sup>, ha preferito non attribuire a tali condotte rilevanza penale temendo una eccessiva dilatazione dell'area applicativa dell'illecito, in ragione dell'estrema varietà e genericità degli obblighi che fanno capo ad amministratori sindaci e direttori generali.

Non vi è dubbio, invece, che vi rientrino tutte le delibere ovvero le attività che determinino un atto dispositivo del patrimonio sociale, comprese le condotte di assunzione di obbligazioni di garanzia a favore di terzi ed a carico della società, senza che ve ne sia una ragionevole contropartita<sup>(17)</sup>.

Occorre, tuttavia, che le condotte siano formalmente riferibili alla società e, congiuntamente, espressione dei poteri di rappresentanza del suo

<sup>(15)</sup> L'esemplificazione è tratta da G. SANDRELLI, *L'infedeltà*, cit., 500.

<sup>(16)</sup> A.L. MACCARI, *Infedeltà patrimoniale*, in *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, a cura di F. GIUNTA, Torino, 2002, 156.

<sup>(17)</sup> G. SANDRELLI, *ibidem*, 500.

autore, giacché, diversamente, per i comportamenti che si risolvano in mere attività distrattive dei cespiti patrimoniali della società al di fuori dei limiti statutari, dell'oggetto sociale, ovvero di ogni interesse riferibile all'attività sociale anche se con spendita di poteri amministrativi, quali la sottoscrizione di un assegno da parte di chi abbia il potere di firma sui conti correnti della società in favore di un terzo ovvero per un prelievo abusivo, sarà invece configurabile il reato di *appropriazione indebita*.

Il danno espressamente richiesto per il perfezionamento della nuova fattispecie delittuosa deve essere esclusivamente di natura patrimoniale e appare configurabile unicamente nella forma del danno emergente quale perdita patrimoniale derivante dalla condotta di reato<sup>(18)</sup>.

Non si può che convenire con chi ha osservato che di fronte all'emergere di molteplici gravissimi abusi caratterizzati da « rapace avidità »<sup>(19)</sup> da parte di organi societari sia a livello nazionale che internazionale, sarebbe parso maggiormente auspicabile a livello di politica criminale individuare una « nuova frontiera di resistenza » posizionata in una fase anteriore rispetto alla verifica del danno al patrimonio sociale<sup>(20)</sup>. Come vedremo più avanti, nella seconda parte dell'articolo, fattispecie di *omessa comunicazione del conflitto di interessi*, di cui all'art. 2629-bis c.c., frettolosamente introdotta dalla legge n. 262/2005 a tutela del risparmio, non può sopperire a tali esigenze in quanto è stata strutturata come un reato di danno, anziché, come sarebbe stato auspicabile, quale reato di pericolo concreto.

4. La condotta del reato di *infedeltà patrimoniale a seguito di dazione o promessa di utilità* si articola in tre fasi: la dazione o la promessa di utilità — ovvero sia di un compenso in denaro di un qualsiasi bene o servizio o di un qualsiasi vantaggio economico indebito e cioè senza corrispettivo o ad un prezzo antieconomico per il cedente<sup>(21)</sup> —, il compimento o l'omissione di atti in violazione degli obblighi inerenti all'ufficio ed infine la causazione di un danno alla società. Questi tre momenti dell'iter materiale debbono essere legati tra di loro da un duplice nesso di causalità: la dazione o la promessa deve aver determinato il compimento

<sup>(18)</sup> A.L. MACCARI, *Infedeltà*, cit., 157.

<sup>(19)</sup> L'espressione appartiene ad Alan Greenspan ed è riportata da E. MEZZETTI, *L'infedeltà*, cit., 215.

<sup>(20)</sup> E. MEZZETTI, *ibidem*.

<sup>(21)</sup> Secondo A. L. MACCARI, *Infedeltà*, cit., 175, rientrano nel concetto di « utilità » in via esemplificativa anche la remissione di un debito o una dilazione di un pagamento, l'uso gratuito o semigratuito di un'abitazione ed in genere ogni sorta di beneficio dato o promesso che sia valutabile come retribuzione dell'illecita patuitazione. Il destinatario dell'utilità può anche essere un terzo, purché ne derivi comunque un vantaggio per il corrotto.

degli atti indebiti o l'omissione di quelli dovuti e tali condotte debbono a loro volta aver cagionato il nocumento per la società.

Non è prevista, invece, alcuna forma vincolata per la condotta che avrà rilevanza penale sia che si tratti di una proposta esplicita, che di un comportamento concludente; così pure l'iniziativa può essere presa tanto dal soggetto qualificato (intraneo) che dal corruttore, eventualmente anche per mezzo di un intermediario.

Per essere penalmente perseguibile l'accordo deve avere ad oggetto il compimento di atti contrari agli obblighi d'ufficio, ovvero l'astensione da atti previsti dai suddetti doveri d'ufficio. È sicuramente preferibile un'interpretazione restrittiva della nozione degli obblighi d'ufficio, che debbono pertanto essere individuati esclusivamente in quegli obblighi che derivano da regole positivizzate e cioè trasfuse in norme nel nostro ordinamento, senza attribuire invece rilevanza all'inosservanza di generali doveri di fedeltà, lealtà o correttezza<sup>(22)</sup>.

5. La fattispecie della *infedeltà patrimoniale* ha come suo presupposto una situazione di conflitto di interessi, concomitante o preesistente con l'illecita disposizione patrimoniale. Si è giustamente osservato che ricorre una situazione di conflitto di interessi quando con riferimento ad una determinata operazione economica, l'interesse della società e quello dell'amministratore o direttore generale o liquidatore, si trovino in un rapporto di obiettivo antagonismo<sup>(23)</sup>. La situazione di conflitto, secondo un consolidato indirizzo dottrinale che ha recepito le indicazioni della giurisprudenza<sup>(24)</sup> in materia del vecchio reato di *conflitto di interessi* (art. 2631 c.c. nel testo previgente) deve essere caratterizzata da oggettività, effettività ed attualità<sup>(25)</sup>. La connotazione dell'oggettività si risolve nell'esigenza che il conflitto non abbia ad oggetto aspetti di mero antagonismo psicologico e soggettivo, ma solo ed esclusivamente una natura economico-patrimoniale, conformemente alla previsione della necessità di un evento di danno patrimoniale. Per attualità si intende invece l'esigenza che la situazione di conflitto sia presente ed attuale, al momento del compimento dell'atto dispositivo o all'assunzione della delibera, senza che possa aver alcun rilievo una situazione potenziale o futura<sup>(26)</sup> ovvero di

<sup>(22)</sup> A.L. MACCARI, *Infedeltà*, cit., 177.

<sup>(23)</sup> A.L. MACCARI, *Infedeltà*, cit., 158.

<sup>(24)</sup> Cass. pen., Sez. III, 25 febbraio 1959, Pres. Loschiavo, rel. Frisoli, Ric. S ed a., in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1960, 945, con nota di F. STELLA, *Profili penali del conflitto di interessi degli amministratori di società commerciali*.

<sup>(25)</sup> E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, Milano, 2002, 140.

<sup>(26)</sup> Cfr. G.u.p. Trib. Roma, 22 dicembre 1997, est. Landi, imp. P. ed altri, in *Cass. pen.*, 1998, 2187, m. 1263.



pericolo di conflitto<sup>(27)</sup>: è stato giustamente notato che ciò implica che l'esistenza di un interesse extrasociale non potrà mai essere presunta per via dell'esistenza di un pregiudizio patrimoniale<sup>(28)</sup>. Infine il requisito dell'effettività del conflitto, che deve essere effettivo e reale e non soltanto formale, discende dalla espressa previsione di un danno patrimoniale. Ne consegue, anche, che occorre che vi sia una prova rigorosa della correlazione da un lato tra la situazione di conflitto con l'atto di disposizione patrimoniale, dall'altro con il pregiudizio per il patrimonio societario<sup>(29)</sup>.

Esulano, dunque, dal perimetro applicativo della norma in esame, tutti gli atti che incidono sull'organizzazione della società come l'aumento di capitale, la fusione o scissione di società in quanto non implicano conseguenze sul patrimonio sociale<sup>(30)</sup>.

L'atto di disposizione deve riguardare dei beni sociali: rientrano in tale disposizione sia i beni materiali che immateriali ed anche i diritti di credito ovvero i diritti di esclusiva e più in generale qualsiasi diritto sia reale che scaturente da un'obbligazione. L'atto di disposizione può riguardare non solamente il distacco definitivo del bene dal patrimonio della società, ma anche la perdita economica del suo godimento come avverrebbe, per esempio nel caso della conclusione di un contratto di locazione a condizioni svantaggiose per la società<sup>(31)</sup>. La natura dispositiva della condotta implica che il bene sia disponibile per la società e pertanto non vi rientrano i casi in cui la condotta si risolve nella mancata acquisizione dello stesso, come per esempio, qualora si pervenga ad una delibera di non acquistare un certo immobile, ovvero di non partecipare ad una determinata pubblica gara, ancorché tale comportamento si risolva in un danno per la società.

Il danno derivante dall'atto di disposizione — configurato quale evento del reato — deve essere, per espressa previsione della norma, esclusivamente patrimoniale: ne consegue che deve trattarsi di un nocumento che pregiudica direttamente il patrimonio societario, come la distrazione di un cespite ovvero anche un lucro cessante, quale quello derivante dalla risoluzione di un contratto produttivo di utili per la società. Non potrà, invece, avere alcun rilievo un pregiudizio non suscettibile di una commisurazione patrimoniale, come un generico discredito o la perdita di una mera aspettativa<sup>(32)</sup>.

La norma, al comma 2, equipara l'illecita disposizione dei beni costi-

(27) G. SANDRELLI, *L'infedeltà*, cit., 498.

(28) A.L. MACCARI, *Infedeltà*, cit., 159; cfr. inoltre E. MUSCO, *I nuovi reati*, 142.

(29) G. SANDRELLI, *ibidem*, 498.

(30) V. MILITELLO, *L'infedeltà patrimoniale*, in *I nuovi reati societari: diritti e processo*, a cura di A. GIARDA-S. SEMINARA, Padova, 2002, 483.

(31) G. SANDRELLI, *L'infedeltà*, cit., 501.

(32) Cfr. G. SANDRELLI, *L'infedeltà*, cit., 503.

tuenti il patrimonio sociale a quella compiuta sui beni posseduti o amministrati dalla società per conto terzi: ovviamente in tal caso il danno patrimoniale è quello che ricade su tali ultimi soggetti. Si tratta di una previsione destinata ad operare con riferimento all'attività di gestione dei patrimoni altrui, per esempio i servizi di gestione del risparmio ovvero le condotte di *mala gestio* poste in essere nell'ambito di società fiduciarie o *trust*.

6. Il reato di *infedeltà patrimoniale* ex art. 2634 c.c., richiede per la sua integrazione che l'agente abbia operato al fine di procurare a sé un ingiusto profitto o altro vantaggio, cagionando « *intenzionalmente* » un danno alla società. Il legislatore ha delineato una fattispecie a dolo intenzionale, caratterizzata — come nel caso del reato di abuso d'ufficio, dall'effettivo verificarsi dell'elemento oggettivo dell'intenzione<sup>(33)</sup>.

Per ingiusto profitto si intende qualunque profitto non tutelato né garantito, neppure indirettamente dall'ordinamento giuridico, sia per legge che per effetto della volontà delle parti<sup>(34)</sup>. Sostanzialmente ci troviamo in presenza della previsione di un duplice coefficiente soggettivo giacché occorre un dolo specifico in termini di profitto, nonché un dolo qualificato in termini di intenzione di causazione dell'evento<sup>(35)</sup>. Appare evidente non solo il fine di delimitare con precisione il perimetro di applicabilità della norma entro i confini dei profili di offensività della condotta, onde evitare che la fattispecie si presti ad essere utilizzata nella prassi applicativa quale norma « grimaldello » per rimediare alla caduta di efficienza del sistema repressivo dovuta al contestuale depotenziamento della fattispecie di falso in bilancio, ma anche quello di escludere che il reato possa essere addebitato a titolo di dolo eventuale: la volontà del soggetto agente deve essere intenzionalmente diretta alla causazione del danno patrimoniale alla società e non solamente all'accettazione del rischio del possibile verificarsi del danno. In tal modo vengono esclusi dallo spettro di incriminazione della norma non solo atteggiamenti riportabili alla categoria del dolo eventuale, ma persino condotte sorrette dal dolo diretto: dunque non possono rientrare nell'ambito applicativo della norma tutte le attività a rischio d'impresa, anche qualora il rischio appaia assolutamente sproporzionato, in cui l'evento dannoso per la società sia rappresentato come

<sup>(33)</sup> C. BENUSSI, *Vantaggi*, cit., 2206.

<sup>(34)</sup> F. MUCCIARELLI, *Il ruolo dei « vantaggi compensativi » nell'economia del delitto di infedeltà patrimoniale degli amministratori*, relazione presentata alla tavola rotonda *Gruppi di società e criterio dei vantaggi compensativi nella riforma del diritto societario*, organizzata dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università dell'Insubria e tenutasi a Como il giorno 11 maggio 2002, pubblicata in *Giur. comm.*, 2002, I, 631.

<sup>(35)</sup> V. MILITELLO, *ibidem*, 485.

di sicura verificaione, ma non assurda, tuttavia, a vero e proprio obiettivo della condotta<sup>(36)</sup>.

È stato giustamente osservato<sup>(37)</sup> che l'inserimento di un dolo intenzionale in un reato ad evento naturalistico è una scelta alquanto discutibile sotto un profilo di politica criminale. Più in particolare ben difficilmente l'ordinario, infedele operatore economico è interessato a produrre un danno alla società che gestisce, normalmente persegue un proprio e personale utile in conflitto con la società, senza curarsi specificamente di danneggiarla<sup>(38)</sup>. D'altra parte non è dato di comprendere per quale motivo l'amministratore di una società, pur conscio della situazione di conflitto di interessi e rappresentandosi il nocumento alla società come conseguenza possibile o anche molto probabile — secondo anche come certa<sup>(39)</sup> — della propria condotta dispositiva del patrimonio societario, illecitamente preordinata a conseguire un ingiusto profitto, non dovrebbe essere penalmente perseguito nel caso in cui abbia compiuto ugualmente l'operazione cagionando un pregiudizio alla società. Sicuramente per come la norma è stata congegnata la maggior parte dei comportamenti abusivi pregiudizievoli per la società, rimarranno impuniti. D'altra parte è stato anche notato che nel caso in cui l'infedeltà concerne beni di proprietà di terzi, ma a disposizione della società, non essendovi alcun riferimento all'intenzionalità del danno, il reato risulta configurabile anche in caso di dolo eventuale, con una incomprensibile sperequazione che contraddice la scelta di mirare l'incriminazione in questione soprattutto all'ambito societario, avvertendo come prevalenti le esigenze di tutela patrimoniale compiute nell'ambito sociale rispetto ai comportamenti di infedeltà<sup>(40)</sup>.

<sup>(36)</sup> E. MEZZETTI, *L'infedeltà*, cit., 228.

<sup>(37)</sup> A.L. MACCARI, *Infedeltà*, cit., 161.

<sup>(38)</sup> L'acuta osservazione è di G. SANDRELLI, *L'infedeltà*, cit., 503.

<sup>(39)</sup> Così E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, Milano, 2007, 220. *Contra* ALDROVANDI, *Articolo 2634 c.c.*, in *I nuovi reati societari*, (Commentario al d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61, a cura di LANZI-CADOPPI, Padova, 2003, 141, il quale afferma « Occorre, infatti considerare che, in presenza di dolo diretto, pur se l'offesa non è voluta in senso stretto (non costituisce cioè il fine perseguito dall'agente), nondimeno l'atteggiamento mentale dell'agente è assai prossimo, quanto ad adesione al fatto realizzato, a quello di chi agisca con vero e proprio dolo intenzionale, giacché egli si rappresenta l'offesa come inscindibilmente connessa alla propria condotta: in forza di tale considerazione, ci pare non possa a priori escludersi la possibilità di interpretare (probabilmente in sintonia con lo scopo perseguito dal legislatore) il concetto di intenzione in senso estensivo, consentendo ad esso di abbracciare tali ipotesi, ed evitando così di far dipendere la punibilità o meno di una condotta da quella che è una linea di discriminazione forse più quantitativa che realmente qualitativa (cioè, in assenza di qualsiasi indicazione normativa) dalla dottrina in relazione a problematiche differenti da quelle che vengono in considerazione nella presente sede ».

<sup>(40)</sup> V. MILITELLO, *L'infedeltà*, cit., 488.

7. Il reato di *infedeltà patrimoniale a seguito di dazione o promessa di utilità* è punito a titolo di dolo generico: il soggetto qualificato corrotto — *l'intraneus* — deve essere consapevole di ricevere l'utilità o la promessa in relazione al futuro compimento di un atto contrario ai suoi doveri di ufficio ovvero all'omissione di un atto contemplato da tali doveri e deve, altresì, volere il conseguente nocumento alla società. Simmetricamente occorrerà accertare in capo al corruttore privato — *l'extraneus* — la consapevolezza di dare o promettere un'utilità allo scopo di far commettere un atto contrario ai doveri d'ufficio ovvero omettere un atto d'ufficio, con la consapevolezza del correlativo danno patrimoniale derivante alla società. È importante osservare che, poiché è assolutamente pacifico che i titoli di responsabilità di corrotto e corruttore siano indipendenti, ancorché il reato sia una fattispecie necessariamente plurisoggettiva, se l'intraneo accetta l'utilità o la promessa, senza alcuna intenzione di accondiscendere al patto illecito, bensì all'unico scopo di denunciare o smascherare l'illecito comportamento del corruttore, solo questi sarà punibile a titolo di tentativo; qualora, al contrario, sia l'estraneo che dia o prometta l'utilità dietro richiesta del corrotto e con l'intenzione — la c.d. riserva mentale — di denunciarlo, solo tale soggetto risponderà a titolo di tentativo del reato <sup>(41)</sup>.

8. Il comma 3 dell'art. 2634 c.c. dispone che « *In ogni caso non è ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo, se compensato da vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo* ». Si tratta di un inciso di fondamentale importanza, che, per la prima volta ha riconosciuto l'importanza del fenomeno dei gruppi di società nel nostro ordinamento. Il legislatore penale, infatti, pur con una discutibile anticipazione della riforma in materia di diritto civile societario che è stata successivamente introdotta dal d.lgs. n. 6/2003, ha dato giuridica rilevanza all'interesse di gruppo, quale interesse che la società controllata o dipendente può legittimamente perseguire escludendo che la reazione punitiva possa aver luogo qualora l'atto dispositivo, in sé dannoso per una delle società del gruppo e vantaggioso per un'altra, si inquadri in un contesto di scambi infragruppo che in realtà assicurano nella sostanza il riequilibrio interno dei rapporti. In tal modo, è stato giustamente osservato, è stato assicurato uno « spazio di liceità » per le operazioni infragruppo, con l'indicazione dei limiti entro i quali la capogruppo — la *holding* — può imporre sacrifici alle società controllate e dipendenti <sup>(42)</sup>.

Si tratta di un'innovazione che era stata da lungo tempo auspicata

<sup>(41)</sup> A.L. MACCARI, *Infedeltà*, cit., 179.

<sup>(42)</sup> C. BENUSSI, *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale nei gruppi di*

dalla dottrina<sup>(43)</sup>, a fronte di un atteggiamento interpretativo molto restrittivo da parte della giurisprudenza sia in materia penale con riguardo alla previgente fattispecie di *conflitto di interessi ex art. 2631 c.c.*<sup>(44)</sup>, ovvero al delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione<sup>(45)</sup>, sia in materia civile<sup>(46)</sup>. In sostanza è stata recepita dal legislatore delegato la teoria dei vantaggi compensativi, elaborata dalla dottrina civilistica sino dagli anni '80 del secolo scorso<sup>(47)</sup> e che, peraltro, era già stata abbozzata dalla giurisprudenza penale in una fondamentale, ancorché rimasta isolata, pronuncia della Suprema Corte di legittimità: « *È di tutta evidenza, infatti, che quando le varie società siano collegate ed interdipendenti, la sfavorevole attuazione di un'operazione nell'ambito di una di esse può costituire la contropartita di un più cospicuo o più concreto risultato, raggiunto nel seno di un'altra* »<sup>(48)</sup>. Alla base di tale teoria vi è la presa d'atto dell'evoluzione organizzativa dell'impresa moderna e dei vantaggi che sul piano organizzativo, produttivo e commerciale e finanziario derivano dalla strutturazione dell'impresa in forma di gruppo<sup>(49)</sup>. In tal senso, si è efficacemente affermato, il diritto delle società è uscito dall'« età atomica » per entrare in quella « molecolare »<sup>(50)</sup>.

Il legislatore penale, dunque, ha escluso l'ingiustizia del profitto, tutte le volte che si determini una compensazione tra lo svantaggio patrimoniale ed i benefici « *conseguiti o fondatamente prevedibili* » derivanti dal

---

società: limite scriminante o « esegetico »?, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. DOLCINI e C.E. PALIERO, Milano, 2006, 2184.

<sup>(43)</sup> C. PEDRAZZI, voce *Società commerciali (disciplina penale)*, in *Noviss. dig.*, Torino, 1997, 391; cfr. inoltre P. MANGANO, *L'infedeltà patrimoniale degli amministratori nei gruppi di imprese*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1989, 1014.

<sup>(44)</sup> Cass. pen., Sez. V, 3 maggio 1990, Ric. G., CED 184219, in *Cass. pen.*, 1991, I, 307; Cass. pen., Sez. V, 21 ottobre, 1985, n. 9421, Ric. B., in *Riv. pen.*, 1986, 743; *contra* Cass. pen., Sez. III, 25 febbraio 1959, Ric. S. e a., in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p. 939, con nota di F. STELLA, cit.

<sup>(45)</sup> Cfr. da ultimo, Cass. pen., Sez. V, 20 agosto 2002, n. 29896, Ric. A., in *Cass. pen.*, 2003, 2789; Trib. Piacenza, 9 giugno 2003, imp. B. e A. e altro, in *Riv. pen.*, 2003, 1018.

<sup>(46)</sup> Si veda in proposito l'ampia rassegna di giurisprudenza fatta da C. BENUSSI, *Vantaggi*, cit., 2186, n. 62.

<sup>(47)</sup> Si veda per tutti, P. MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Guir. comm.*, 1995, 731 ss.

<sup>(48)</sup> Cass. pen., Sez. III, 25 febbraio 1959, cit., 944.

<sup>(49)</sup> S. ROSSI, *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, relazione introduttiva alla tavola rotonda *Gruppi di società e criterio dei vantaggi compensativi nella riforma del diritto societario*, organizzata dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università dell'Insubria e tenutasi a Como il giorno 11 maggio 2002, pubblicata in *Giur. comm.*, 5, 613.

<sup>(50)</sup> L'espressione è di R. RODIÈRE, *La protection des minorités dans les groupes des sociétés: sur la proposition de loi n. 1055 du 9 avril 1970*, in *Rev. Soc.*, 1970, 243.

collegamento o dall'appartenenza al gruppo. In dottrina si è lungamente discusso in merito alla natura giuridica di tale previsione. Secondo alcuni si tratterebbe di una clausola individuante il limite del dolo richiesto dalla norma incriminatrice, nel senso che quando lo scopo dell'azione sia un programma compatibile con la logica del gruppo, non sarebbe rinvenibile il fine di « *procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o altro vantaggio* »<sup>(51)</sup>. Altri, ancora hanno sostenuto che saremmo in presenza di una vera e propria esimente, giacché la clausola reca in sé « *la stigmatizzazione della scriminante* », stabilendo che « *non è ingiusto (e dunque contra ius) il profitto che abbia le caratteristiche indicate dal medesimo comma 3* » e, pertanto, « *sarebbe difficile negare ad un siffatto estremo di fattispecie, che qualifica "non contra ius" una determinata situazione lo statuto di scriminante e dunque di circostanza che elide l'antigiuridicità del fatto tipico* »<sup>(52)</sup>.

Altri, infine, in base ad una approfondita disamina della norma, ritengono che la clausola in questione rappresenti un « *limite esegetico* » dell'offesa al bene tutelato dalla norma incriminatrice e cioè un limite posto dalla norma incriminatrice alla struttura del fatto che incarna l'offesa al bene<sup>(53)</sup>.

In questa sede non interessa approfondire ulteriormente la questione dell'inquadramento dogmatico della clausola in questione, bensì di verificare quale siano i limiti operativi della clausola stessa. In dottrina sono state avanzate numerose critiche alla formulazione della norma sia sotto il profilo tecnico che sul piano della formulazione lessicale. Riporterò, di seguito, sintetizzandole, quelle che mi paiono di maggior momento rinviando per le altre a studi maggiormente approfonditi<sup>(54)</sup>.

Si è rilevato, anzitutto che la norma, prevedendo che possa derivare un vantaggio alla controllata anche dalla sua mera appartenenza o dal suo collegamento al gruppo, ha introdotto apprezzamenti venati da un'eccessiva valutazione soggettivistica che come tali non sono facilmente compatibili con le esigenze di precisione proprie di una norma penale<sup>(55)</sup>. In secondo luogo si è eccepito che se il termine « *compensazione* » è piuttosto generico, lo è ancor di più quello di « *vantaggio* », che notoriamente si di-

---

<sup>(51)</sup> Si veda in tal senso G. SANDRELLI, *L'infedeltà*, cit., 506; cfr. inoltre, E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, Milano, 2007, 226.

<sup>(52)</sup> F. MUCCIARELLI, *Il ruolo dei vantaggi compensativi nell'economia del delitto di infedeltà patrimoniale degli amministratori*, in *Gruppi di società e criterio dei vantaggi compensativi nella riforma del diritto societario* tavola rotonda organizzata dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università dell'Insubria e tenutasi a Como il giorno 11 maggio 2002, pubblicata in *Giur. comm.*, 633.

<sup>(53)</sup> C. BENUSSI, *Vantaggi*, cit., 2207.

<sup>(54)</sup> Cfr. in proposito C. BENUSSI, *ibidem*, 2197 ss.

<sup>(55)</sup> G. SANDRELLI, *L'infedeltà*, cit., 509.

scosta da parametri di stretta ponderabilità economica. Inoltre si è affermato che l'espressione « *vantaggi conseguiti o fondatamente prevedibili* », collocata nel contesto di una norma che richiede sotto il profilo soggettivo un dolo intenzionale, restringe eccessivamente l'area penalmente rilevante, consentendo all'agente la facile dimostrazione di aver agito confidando, magari temerariamente, in un ritorno di utilità, ma senza la certezza e quindi l'intenzionalità di cagionare un danno alla società<sup>(56)</sup> con la conseguenza che rimarranno punibili solo casi marginali e cioè quelli in cui sarà possibile affermare che la previsione del ritorno di utilità è del tutto irragionevole. Ancora si è anche lamentato che la previsione che i vantaggi, qualora non ancora conseguiti siano « *fondatamente prevedibili* » è tanto generico da risultare in contrasto con il principio di legalità. Infine, si è osservato che è assolutamente incongrua la scelta di porre come termine di paragone per la compensazione il profitto della società collegata o del gruppo e non il danno della singola società sacrificata, giacché in tal modo rischierebbe di meno, sotto il profilo penale, il gruppo programmaticamente inefficiente e cioè quello che pur penalizzando l'interesse penale della singola società, non riveli lo scopo di perseguire, ovvero la capacità di produrre alcun profitto<sup>(57)</sup>.

Ognuna di queste critiche ha indubbiamente un fondamento di verità, giacché la norma avrebbe dovuto certamente essere formulata in modo migliore, ma una lettura approfondita e costituzionalmente orientata, permette di rendere a tale disposizione un senso compiuto. Il danno patito da una società controllata in seguito ad un'operazione interna al gruppo deve essere compensato non certamente con il profitto di altra società affiliata o del gruppo, ma solo con un vantaggio che la società sacrificata ha conseguito o che potrà fondatamente conseguire in un futuro non lontano<sup>(58)</sup>. In proposito la Suprema Corte ha recentemente specificato con riferimento ad un'ipotesi di bancarotta per distrazione che « *non è sufficiente, al fine di escludere la riconducibilità di un'operazione di diminuzione patrimoniale senza apparente corrispettivo ai fatti di distrazione o dissipazione incriminabili, la mera ipotesi della sussistenza dei vantaggi compensativi, ma occorre che gli ipotizzati benefici indiretti della fallita risultino, non solo effettivamente connessi ad un vantaggio complessivo del*

<sup>(56)</sup> Cfr. C. BENUSSI, *Vantaggi*, cit., 2197, nonché SANDRELLI, *L'infedeltà*, cit., 510.

<sup>(57)</sup> L. FOFFANI, *Le infedeltà*, in *Il nuovo diritto penale delle società. D.lgs. 11 aprile 2002 n. 61*, a cura di A. ALESSANDRI, Milano, 2002, 360.

<sup>(58)</sup> Tale era la soluzione prescelta nel Progetto di riforma al codice penale proposto dalla Commissione Pagliaro, che — peraltro nel contesto di una figura generale d'infedeltà, inserita nel codice penale all'art. 112 — prevedeva che il beneficiario di tali vantaggi dovesse identificarsi nella società per conto della quale l'atto dispositivo era stato compiuto.

*gruppo, ma altresì idonei a compensare efficacemente gli effetti immediatamente negativi dell'operazione compiuta: in guisa tale da non renderla capace di incidere (perlomeno nella ragionevole previsione dell'agente) sulle ragioni dei creditori della società. Le valutazioni afferenti alla conduzione del gruppo nel suo insieme non possono mai comportare che vengano in tal modo pregiudicati ingiustificatamente gli interessi delle singole società e, per quel che precipuamente rileva ai fini dei reati fallimentari, dei creditori di ciascuna di loro: il pregiudizio arrecato alla singola società non può, dunque, ritenersi "compensato" nell'ambito di una vicenda concorsuale da un vantaggio di altra società del gruppo, neppure se si tratta della controllante, giacché può riconoscersi valore compensativo solo al vantaggio che refluisca sulla società cui conferisce l'atto dispositivo. L'eventualità che un atto lesivo del patrimonio della società trovi compensazione nei vantaggi derivanti dall'appartenenza al gruppo non può essere posta in termini meramente ipotetici, ma occorre che l'amministratore ne dia una prova. Non può, viceversa, sostenersi che la mera appartenenza della società ad un gruppo renda plausibile l'esistenza dei "benefici compensativi" » (59).*

Con tale importante pronuncia la Corte di cassazione, innanzitutto, mostra di condividere l'applicazione della teoria dei vantaggi compensativi anche alla fattispecie di bancarotta fraudolenta, ribaltando, in tal modo un precedente orientamento della Corte stessa (60). Si tratta di un orientamento indubbiamente condivisibile, infatti, il delitto di infedeltà patrimoniale, una volta intervenuto il fallimento della società, pur attratto nell'orbita della nuova fattispecie di bancarotta « *da reato societario* », così come per gli altri reati richiamati dall'art. 223 L.F. — si pensi alle soglie di rilevanza del falso in bilancio —, non può che conservare le sue caratteristiche strutturali sia sul piano materiale che su quello psicologico: pertanto, anche la clausola dei vantaggi compensativi che opera come limite

(59) Cass. pen., Sez. V, 24 maggio 2006, più sopra riportata in massima.

(60) Cfr. da ultimo Cass. pen., Sez. V, 27 maggio 2003, Ric. Tavecchia, CED 224952, in *Riv. pen.*, 2004, 265, nella quale si trovava l'affermazione che « *la bancarotta fraudolenta prescinde dalla considerazione degli interessi del gruppo societario, unitariamente apprezzato: una volta intervenuto il fallimento, viene in evidenza la tutela dei creditori, poiché il fenomeno del collegamento societario non vulnera il principio dell'autonomia soggettiva di ciascuna società facente parte del gruppo* », pertanto « *solo ai fini del reato di cui all'art. 2634 c.c., il legislatore impone la valutazione degli interessi antagonisti delle società del gruppo per escludere l'ingiustizia del profitto dell'agente ove il danno della società sacrificata sia compensato dai vantaggi conseguiti o fondatamente previsti a beneficio del gruppo stesso* ». Si veda in tal senso anche la successiva Cass. pen., Sez. V, 19 dicembre 2006 (dep. 23 gennaio 2007), più sopra riportata in massima. Sembra, dunque, esistere un contrasto interpretativo all'interno della V Sezione della Corte di Cassazione.



interno della struttura del fatto che identifica l'offesa al bene protetto, entra sicuramente a far parte dei connotati di tipicità della fattispecie di bancarotta « *da reato societario* »<sup>(61)</sup>.

In secondo luogo la Suprema Corte fissa i limiti entro cui la compensazione può determinare l'irrilevanza penale del fatto: come già prefigurato in sede interpretativa, la compensazione deve operare tra il danno subito dalla società controllata in seguito all'atto dispositivo e il vantaggio che sia refluito alla società stessa dal gruppo.

Non si considera, dunque, ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo qualora il danno patito a seguito di tale operazione da altra società del gruppo sia compensato da vantaggi derivanti a tale ultima società dall'appartenenza al gruppo: si deve trattare, però, di vantaggi concreti: l'eventualità che un atto lesivo del patrimonio della società trovi compensazione nei vantaggi derivanti dall'appartenenza al gruppo non può essere posta in termini meramente ipotetici, ma occorre che l'amministratore dimostri che si tratta di benefici, non solo effettivamente connessi ad un vantaggio complessivo del gruppo, ma altresì idonei a compensare efficacemente gli effetti immediatamente negativi dell'operazione compiuta: in guisa tale da non renderla capace di incidere — quanto meno nella ragionevole previsione dell'agente — sulle ragioni dei creditori della società. L'avverbio « *fondatamente* » che accompagna nel testo della norma il termine « *prevedibili* » implica che non sarà sufficiente una mera prevedibilità del vantaggio, che potrà avere rilievo se non già conseguito, solo se ne sia stato esattamente preventivato e stimato il ragionevole grado di prevedibilità, tenendo conto anche degli eventuali rischi che la politica del gruppo costringe a correre: dunque la fondata previsione di un profitto non può certo risolversi in « *mere supposizioni o peggio ancora in auspici impalpabili, momenti che sono estranei ai doveri oggettivi di buona amministrazione* »<sup>(62)</sup>. Non potrà, pertanto, certamente sostenersi che la mera appartenenza della società ad un gruppo renda plausibile l'esistenza dei vantaggi compensativi: l'amministratore dovrà, al contrario, dare prova del beneficio concretamente conseguito dalla società sacrificata o della ragionevolezza della sua previsione del ritorno di un vantaggio per la società stessa in un futuro non lontano, utilizzando canoni predittivi riconducibili alle regole aziendali, economiche o finanziarie applicabili allo specifico contesto<sup>(63)</sup>.

---

(61) C. BENUSSI, *Vantaggi*, cit., 2189; si veda, inoltre, anche se con un ragionamento parzialmente differente, E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, Milano, 2007, 226; sostanzialmente contraria, ma con perplessità, è la posizione di G. SANDRELLI, *L'infedeltà*, cit., 516.

(62) G. SANDRELLI, *L'infedeltà*, cit., 510.

(63) Così F. MUCCIARELLI, *Il ruolo dei « vantaggi compensativi »*, cit., 634.

Il controllo del giudice circa la fondatezza di tale valutazione prognostica, dovrà essere condotto secondo il noto metodo della c.d. « prognosi postuma », di modo che la prevedibilità del vantaggio dovrà essere misurata sulla base delle conoscenze e degli elementi di valutazione disponibili nel momento in cui fu deliberato ovvero compiuto l'atto dannoso per il patrimonio societario<sup>(64)</sup>.

Non si potrà pretendere, invece, sia con riguardo ai vantaggi già conseguiti che, a maggior ragione, in relazione a quelli prevedibili, che la compensazione tra sacrifici e vantaggi sia valutata con stretto calcolo aritmetico, come peraltro espressamente previsto nella Relazione che accompagnava il progetto Mirone<sup>(65)</sup>, giacché la stessa formulazione letterale della norma contrapponendo il vantaggio già conseguito a quelli futuri, lascia intendere che i benefici già conseguiti non devono corrispondere aritmeticamente al danno verificatosi, in quanto se così fosse non potrebbe neppure parlarsi di un danno, dal momento che lo stesso sarebbe già stato eliso nel momento stesso del suo realizzarsi, dal corrispondente beneficio<sup>(66)</sup>. In ogni caso il profitto non potrà essere manifestamente irrisorio, giacché altrimenti non potrebbe certamente essere considerato un vantaggio « compensativo ».

9. Entrambi i delitti sono procedibili a querela della persona offesa. Si tratta della naturale conseguenza della logica di « privatizzazione » del diritto penale societario, attuata dal legislatore. Secondo un unanime indirizzo dottrinale — condiviso anche da interpreti imparziali<sup>(67)</sup> — la persona offesa legittimata a proporre querela è unicamente la società il cui patrimonio è stato pregiudicato dall'illecito operato del gestore in conflitto. Ovviamente — ma questo era probabilmente proprio il fine del legislatore — una siffatta restrizione comporta che tali reati diventino di rara applicazione, giacché, salvo i casi di cambiamenti di maggioranza, in un contesto di ricatti incrociati e sistemazioni sotto banco « *di partite esterne alla logica della punizione penale, e con totale assenza di riguardo per gli interessi dei soci di minoranza* »<sup>(68)</sup>, appare ben difficile pensare che la società decida di procedere contro l'amministratore infedele, espressione

<sup>(64)</sup> F. MUCCIARELLI, *ibidem*.

<sup>(65)</sup> *Riv. soc.*, 2000, 25 ss.

<sup>(66)</sup> F. MUCCIARELLI, *Il ruolo dei « vantaggi compensativi »*, cit., 632.

<sup>(67)</sup> Cfr. G. SANDRELLI, *L'infedeltà*, cit., 512. L'espressione interpreti imparziali è presa da D. PULITANÒ, *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, vol. I, 663, che così definisce i giuristi teorici, liberi da interesse di parte. Scusandomi con l'autore per la banalizzazione del concetto, ritengo che tale definizione si adatti bene ad un giurista che sebbene non sia un teorico puro, non è né avvocato né pubblico ministero, bensì un Giudice della Corte di Cassazione.

<sup>(68)</sup> G. SANDRELLI, *ibidem*.

della maggioranza azionaria. Tra l'altro tale situazione di minorata difesa delle posizioni soggettive interne alla compagine societaria, determinata dal regime di procedibilità provoca un effetto del tutto iniquo e paradossale: la posizione delle minoranze viene tutelata meno di quella di coloro i quali sono estranei alla società, giacché *ex art. 2634*, comma 2 c.c., qualora l'amministratore abbia danneggiato beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi, agli stessi spetta il diritto di querela<sup>(69)</sup>. Senza alcun dubbio la limitazione alla procedibilità costituisce il maggior ostacolo all'utilizzazione di tali norme quali strumento di una effettiva tutela « socializzata » del patrimonio sociale nel suo rilievo pubblicistico<sup>(70)</sup>.

A sparigliare, almeno parzialmente, le carte è intervenuta ora la Corte di cassazione, la quale ha affermato che « *La nuova fattispecie penale della infedeltà patrimoniale di cui all'art. 2634 c.c. è posta a tutela del patrimonio sociale e, quindi non vi è dubbio che parte lesa di tale reato sia la società stessa. Tuttavia la condotta dell'amministratore infedele è diretta a danneggiare certamente la società, ma principalmente i soci o quotisti della stessa che per la infedele attività dell'amministratore vedono depauperarsi il proprio patrimonio. In siffatta situazione non può negarsi al singolo socio di diritto di querelarsi contro il presunto responsabile della infedeltà proprio perché deve allo stesso riconoscersi non solo la qualifica di danneggiato dal reato, ma anche quella di vera e propria parte lesa, qualifica che consente la proposizione della querela ai sensi dell'art. 120 c.p.* »<sup>(71)</sup>.

Pur apprezzando lo spirito di equità sostanziale in difesa delle minoranze — non partecipi degli illeciti accordi spartitori con gli amministratori — che anima tale opzione ermeneutica dei Giudici della Suprema Corte, non è possibile ritenerne condivisibile l'interpretazione: infatti, l'ovvia circostanza che il danno cagionato al patrimonio della società si riverbera necessariamente anche sui soci non può avere l'effetto di trasformare gli stessi da terzi danneggiati in parte lesa<sup>(72)</sup>, considerato il divieto di interpretazione analogica in materia penale ai sensi dell'art. 14 delle Disposizioni sulla legge in generale.

La pronuncia in questione della Suprema Corte, deve essere inquadrata, a mio parere, in un più generale fenomeno di « resilienza » dell'ordinamento giuridico. La resilienza è un proprietà fisica dei corpi che si sostanzia nella capacità di un materiale di resistere agli urti improvvisi

<sup>(69)</sup> Cfr. V. MILITELLO, *L'infedeltà*, cit., 489.

<sup>(70)</sup> V. RAINONE, *Il delitto di infedeltà patrimoniale tra modernità e post-modernità penalistica*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2006, I, 458. Si legga per alcune considerazioni in merito, E. MUSCO, *I reati societari*, cit., 199.

<sup>(71)</sup> Cass. pen., Sez. V, 16 giugno 2006, n. 37033, più sopra riportata in massima.

<sup>(72)</sup> Cfr. V. MILITELLO, *L'infedeltà*, cit., 490.

senza spezzarsi<sup>(73)</sup>. Il concetto viene anche utilizzato nelle scienze criminologiche per definire la peculiare capacità di determinati individui di resistere a condizioni ambientali sfavorevoli e criminogenetiche, adattandosi senza passare all'atto, ovvero porre in essere comportamenti delinquenziali<sup>(74)</sup>. Orbene a me pare che un siffatto fenomeno di adattamento sia riscontrabile, da ultimo, anche nell'ordinamento giuridico: tutte le volte in cui il legislatore procedendo in modo estemporaneo, frammentario e contrario al comune senso giuridico — indifferentemente in materia di diritto penale sostanziale o di diritto procedurale — ha determinato un improvviso trauma nell'ordinamento giuridico, cagionando un varco nella tutela di interessi generali, abbiamo assistito ad una sorta di reazione dell'ordinamento giuridico, giacché coloro che dovrebbero essere interpreti e decisorio imparziali della legge — i giudicanti — si sono fatti creatori, restaurando — ovvero cercando di restaurare — la situazione di equilibrio precedente<sup>(75)</sup>, *sub specie* di semplice razionalizzazione intrasistemica di scelte politiche del legislatore, ovvero di adeguamento a soluzioni costituzionalmente obbligate. Naturalmente si tratta, di una mera osservazione empirica, destituita di qualsivoglia pretesa di scientificità.

È un fenomeno, tuttavia, cui abbiamo assistito spesso di recente: si pensi alle interpretazioni date alla legge sulle rogatorie<sup>(76)</sup> ovvero all'interpretazioni abrogative delle modifiche introdotte dalla legge Pecorella in materia di ampliamento dei limiti del ricorso per cassazione per travisamento della prova<sup>(77)</sup> oppure alla singolare interpretazione data dalla

---

<sup>(73)</sup> N. ZINGARELLI, *Vocabolario della lingua italiana*, Bologna, Zanichelli, 1995, 1506.

<sup>(74)</sup> G. ZARA, *Le carriere criminali*, Milano, 2005, 28.

<sup>(75)</sup> Si veda per una sostanziale rivendicazione di tale ruolo A. NAPPI, *Specificità per specificazione e specialità per aggiunta nella successione di norme penali*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 9/2004, 1069 il quale — valentissimo magistrato in servizio presso la Corte di Cassazione — sostiene apertamente che « *Lo schema culturale e istituzionale dello stato di diritto non è messo in discussione dal riconoscimento della funzione creativa dell'interprete, ma dalla sua dissimulazione ideologica* ». Ci si permette di dissentire. Si veda per una approfondita analisi del ruolo della giurisprudenza nell'interpretazione, G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della cassazione*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, Milano, 2006, vol. I, 239 ss.

<sup>(76)</sup> Legge n. 367 del 5 ottobre 2001. La prima (di una lunga serie) di sentenze volte a minimizzarne il peraltro discutibile significato è Cass. pen., Sez. II, 8 marzo 2002, n. 20100, in *Cass. pen.*, 2003, 449.

<sup>(77)</sup> Si legga in proposito l'articolo di A. NAPPI, *La riforma dell'art. 606 c.p.p. e il sindacato di legittimità sulla motivazione incompleta*, in *Cass. pen.*, 2006, 2375, vero e proprio manifesto della magistratura resiliente, ove l'autore afferma che « *Questa impostazione, che è frutto di una lunga tradizione ed è sostanzialmente comune anche alla giurisprudenza civile, non può risultare superata in ragione della modifica apportata all'art. 606, comma 1, lett. e), c.p.p., dall'art. 8 legge 20*

Corte di cassazione<sup>(78)</sup> alla suddetta legge in materia di obbligo del P.M. di richiedere l'archiviazione nel caso in cui la Corte di cassazione si è pronunciata in ordine alla sussistenza di gravi indizi di colpevolezza, oppure, infine, alla stessa pronuncia con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità della legge Pecorella — utilizzando un criterio poco formalizzato e molto valutativo, come il giudizio di ragionevolezza — laddove aboliva la possibilità per il pubblico ministero di appellare contro le sentenze di proscioglimento. L'impatto potenzialmente assai rilevante di tutte le suddette iniziative del legislatore — alcune delle quali sicuramente fortemente discutibili — è stato assorbito « elasticamente » dall'ordinamento giuridico, che ha ripristinato grosso modo la situazione *quo ante*. Elasticamente, tuttavia, non significa in modo indolore, in quanto, ne rimane sacrificata sicuramente, soprattutto nelle fasi di « assestamento », la certezza del diritto e, dunque, in definitiva la posizione del comune cittadino, stretto tra interventi del legislatore ispirati da logiche estemporanee e particolaristiche e interpretazioni creative di certa magistratura che si sente investita da una salvifica funzione di supplenza. Come è stato efficacemente osservato « *non è venuto in mente a nessuno che, al fondo di tutte queste sperimentazioni legislative, soffriranno le persone che vivono quotidianamente il dramma del processo penale: esso incide nella vita individuale, familiare, professionale, sociale, magari in modo irreversibile e alla fine si può produrre solo ceneri con le quali si confeziona una sentenza di non luogo a procedere o una sentenza di assoluzione* »<sup>(79)</sup>. E neppure per tutti.

Non spetta certo ad un interprete parziale, e cioè un avvocato, stabilire chi ha ragione e chi torto, ma sicuramente nell'interesse comune sarebbe auspicabile — per usare un'espressione di moda — che tutti facessero un passo indietro, cominciando dal legislatore in materia penale, che dovrebbe operare in maniera più meditata, evitando riforme apparentemente ispirate da contingenze politiche, se non addirittura da vicende personali.

---

febbraio 2006, n. 46, con la previsione che il vizio di motivazione può essere dedotto quando risulti non solo dal testo del provvedimento impugnato ma anche “da altri atti del processo specificamente indicati nei motivi di gravame” e conclude con un'esortazione « È auspicabile dunque che in questa prospettiva si muova senza esitazioni la giurisprudenza, con un tempestivo intervento delle Sezioni unite della Corte di cassazione, che si ricolleggi a una tradizione interpretativa ormai ben sperimentata e affinata da una lunga elaborazione ».

<sup>(78)</sup> Cass. pen., Sez. II, 7 giugno 2006 (21 aprile 2006), n. 19578, Ric. P., in *Dir. pen. e proc.*, n. 6/2007, 790, con commento di A. GUERRIERO.

<sup>(79)</sup> A. GIARDA, *Processo penale: sussulti di una legislatura al tramonto*, in *Corr. mer.*, 2006, n. 2, 213.

